

CUADERNOS DE FAMILIA

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA

DE LA

ASOCIACIÓN JUDICIAL

FRANCISCO DE VITORIA

Director:

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Coordinador:

ALFONSO ALIAGA CASANOVA

www.ajfv.es



Síguenos en:



FEBRERO 2018

ÍNDICE DE CONTENIDOS

01 ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2017 POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PENSIÓN COMPENSATORIA

Virginia Miranzo Gambín,

Magistrada

Juzgado de Familia nº 6 de Elche

AJFV

02 EL CARÁCTER GANANCIAL DE UNA CLÍNICA DENTAL. *Comentario a la STS, Sala 1ª, de 10 de noviembre de 2017. N° 603/2017; N° de recurso: 1155/2015*

Concepción Monerri Guillén,

Doctora en Derecho

Universidad Politécnica de Cartagena

1.- ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2017 POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PENSIÓN COMPENSATORIA

Virginia Miranzo Gambín

Magistrada

Juzgado de Familia nº 6 de Elche

RESUMEN: *La autora realiza en este artículo un resumen útil e interesante de las sentencias dictadas el año pasado por el Tribunal Supremo en materia de pensión compensatoria, analizando la forma en que el Alto Tribunal ha abordado cuestiones tales como su duración, requisitos para su fijación, dies a quo para la obligación de pago o cómo debe tratarse dicha figura en el procedimiento de divorcio con una separación previa.*

VOCES: Pensión compensatoria, extinción, duración, requisitos, divorcio tras sentencia de separación.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo, no es otro que analizar las distintas sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo en el último año 2017, en relación con la pensión compensatoria, con la finalidad de tener una visión global de la línea jurisprudencial actual. En concreto durante el pasado año, s.e.u.o, el TS ha dictado diecinueve sentencias en las que resuelve cuestiones relativas a la pensión compensatoria. La mayoría de ellas abordan la duración de la pensión (13 de las 19), pero también se abordan otras cuestiones, aunque sea de forma tangencial, como: los requisitos para la fijación de la pensión compensatoria; el tratamiento de la pensión compensatoria en el procedimiento de Divorcio cuando se fijó la pensión en un procedimiento de separación previo; o el *Dies a quo* para el pago de la pensión cuando la Audiencia modifica el importe de la misma.

Analizaremos separadamente cada una de estas cuestiones, para tener una visión lo más sistemática posible, si bien partiendo de la idea de que muchas de las sentencias abordan conjuntamente distintas de las cuestiones estudiadas y que algunas de ellas al no resolver cuestiones de fondo relevantes no serán objeto de análisis.

1.- Requisitos para fijar la pensión compensatoria.-

Esta cuestión ha sido abordada de manera directa en las STS de 9 de febrero de 2017, de 27 de junio de 2017 y de 13 de septiembre de 2017.

En todas ellas el TS reitera la siguiente doctrina, en relación con los requisitos para fijar la pensión compensatoria: “ 1.- *Según reiterada doctrina de la Sala, que se citaba en la sentencia de 20 de julio de 2015, Rc. 1791/2014 : «El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria -declara-pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

a) *Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.*

b) *Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:*

a) *Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.*

b) *Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.*

c) *Si la pensión debe ser definitiva o temporal.»*

Los casos concretos abordados por el Tribunal Supremo, podemos exponerlos de forma muy resumida de la siguiente forma:

1. [STS de 9 de febrero de 2017 \(Roj: STS 375/2017 – ECLI:ES:TS:2017:375\)](#).- El TS confirma la sentencia de la AP, **que fija una pensión compensatoria de 600€ durante 4 años**. En el caso enjuiciado, se parte de los siguientes hechos, el matrimonio duró 17 años, existía un hijo de 13 años, el esposo trabaja, la esposa dejó el trabajo al contraer matrimonio, es joven (sin especificarse la edad) y con experiencia profesional previa al matrimonio. Argumenta el TS, que concurre desequilibrio objetivo, dado que el esposo tiene unos ingresos mensuales de 3.450€, más dos pagas anuales por objetivos de 10.000€, mientras que esposa no recibe remuneración alguna. Y que además dicho desequilibrio procede del matrimonio dado que la esposa dejó de trabajar al contraer matrimonio. Y

especifica que su edad y experiencia pueden valorarse para fijar un límite temporal pero no para denegar la pensión compensatoria, dado que en el momento del divorcio el desequilibrio concurre.

2.-[STS de 27 de junio de 2017 \(Roj:STS 2718/2017-ECLI:ES:TS:2017:2718\)](#).-El TS confirma la sentencia de la AP, **que fija una pensión compensatoria de 350€ con carácter vitalicio**. En el caso enjuiciado, se parte de los siguientes hechos, el matrimonio duró 20 años, no existen hijos, el esposo trabaja, mientras que la esposa no ha trabajado nunca. Argumenta el TS, que concurre desequilibrio objetivo, dado que el esposo tiene unos ingresos mensuales de unos 1.100€, mientras que esposa no recibe remuneración alguna. Y que además dicho desequilibrio procede del matrimonio dado que la esposa no ha trabajado nunca habiéndose dedicado al cuidado del hogar familiar, aun cuando no exista descendencia.

3.-[STS de 13 de septiembre de 2017 \(Roj:STS 3273/2017-ECLI:ES:TS:2017:3273\)](#).-El TS confirma la sentencia de la AP, **que deniega la fijación de una pensión compensatoria**. En el caso enjuiciado, se parte de los siguientes hechos, el esposo percibe unos ingresos anuales de 137.868€, mientras que la esposa se encuentra en situación de jubilación por incapacidad y percibe una pensión de unos 3.700€. El TS argumenta que aun cuando puede existir un desequilibrio objetivo, el mismo **no trae causa en el matrimonio, y por tanto no da derecho a una pensión compensatoria**. Especificando la sentencia que *“La cuantía del patrimonio no es determinante por si sola para justificar un eventual derecho a la pensión”*.

2.- Divorcio tras separación.

El tratamiento que debe darse a la pensión compensatoria en el procedimiento de Divorcio, cuando previamente fue fijada en un procedimiento de separación previa es abordado por la [Sentencia del TS de 27 de enero de 2017, \(Roj:STS174/2017-ECLI:ES:TS:2017:174\)](#). En dicha sentencia el TS resuelve que en los casos en que existe una pensión compensatoria fijada en sentencia de Separación *“serán los artículos 100 y 101 del CC los que habrán de tenerse en cuenta para decidir sobre lo postulado, por existir ya acordada una pensión por desequilibrio. Por lo que no se trata ahora de decidir si ha lugar a que nazca o no un derecho de pensión por desequilibrio sino en decidir si existen circunstancias nuevas relevantes que justifique su extinción o su modificación”*. Se debe abordar por tanto como una modificación de medidas.

3.- El dies a quo

El problema del *dies a quo* ha sido abordado por la [sentencia del TS de 20 de junio de 2017, \(Roj: STS 2503/2017 -ECLI:ES:TS:2017:2503\)](#). En el supuesto enjuiciado el juzgado de Primera instancia fijó una pensión compensatoria de 500€ mensuales, con una duración de 5 años, vía recurso de Apelación, la AP de Madrid, elevó la cuantía de la pensión

a 800€, fijándola con carácter vitalicio, y con efectos desde la sentencia de primera instancia. Frente a esta retroactividad de la medida se planteó recurso de casación.

La sentencia, en el fundamento Octavo, comienza recordando la doctrina fijada por el TS con relación a si la previsión del art 148 del CC se aplica sólo cuando la pensión se instaure por primera vez o también se aplica a las modificaciones posteriores cuando los hijos estaban recibiendo ya alimentos en virtud de medidas provisionales, o de un anterior procedimiento, indicando que *“Para estos casos, la doctrina reiterada es la de que: «En relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales, a las que también se refiere el recurrente, el art. 106 CC establece que “los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”. Además, el art. 774.5 LEC establece que “los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta”. Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores». Y añade la sentencia que “De manera reciente, la sentencia 674/2016, de 16 de noviembre, ha considerado que el mismo criterio es aplicable cuando en un proceso de divorcio se modifica una pensión compensatoria que venía reconocida ya por una anterior sentencia de separación matrimonial de modo que, en tal caso, la sentencia de divorcio que no crea el derecho, sino que modifica su cuantía, produce efectos desde la sentencia de la fecha de apelación de este segundo proceso.”*

Y partiendo de dicha doctrina, en relación con caso planteado **desestima el recurso, declarando que la pensión fijada por la AP, produce efectos desde la notificación de la sentencia de primera instancia**, argumentando que *“Nos encontramos ante una pensión compensatoria, cuya finalidad es compensar por el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el divorcio. Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria”*

4.-Carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria.

Esta cuestión ha sido sin duda la más analizada durante este último año. En todos los casos el TS parte de la siguiente doctrina “...*el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC que **tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y criterios de certidumbre o potencialidad real, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005 , determinada por altos índices de probabilidad, que es ajeno a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.***”

Los casos concretos abordados por el TS, analizaremos, los que consideramos más relevantes:

1.- [STS de 19 de enero de 2017, \(Roj: STS115/2017-ECLI:ES:TS:2017:115\)](#).- El TS fija la pensión compensatoria **como indefinida**, revocando la sentencia de la AP que fijaba un límite temporal de 3 años. En el caso enjuiciado el matrimonio duró 35 años, el esposo había trabajado y cobraba en el momento de la separación una pensión de 426€ sin carácter indefinido. La esposa no trabajaba y se había dedicado al cuidado de los hijos. El TS entiende que el juicio prospectivo es que no supere el desequilibrio en tres años, dada su edad y su falta de formación. Y señala además que no es posible es limitar la pensión por un determinado periodo de tiempo en razón a circunstancias que no se han producido hasta la fecha, como es el cese de los ingresos que obtiene el obligado al pago.

2.- [STS de 3 de febrero de 2017, \(Roj: STS 355/2017 - ECLI:ES:TS:2017:355\)](#)- El TS fija pensión compensatoria **como indefinida**, revocando la sentencia de la AP, que fijaba un límite temporal. En el caso enjuiciado la pensión compensatoria se fijó como indefinida en un procedimiento de separación previo, y en el procedimiento de divorcio el esposo solicita la extinción o su limitación temporal. Cuando se pacta la pensión la esposa tenía 44 años y llevaba 23 sin trabajar. En el momento del divorcio tenía 57 años y no había trabajado. El TS concluye que si no era previsible que la esposa superase el desequilibrio al pactar la pensión, menos lo es ahora, con 13 años más. **Obsérvese como cuestión**

relevante, que esta sentencia fija de forma clara, que cuando se trata de convertir una pensión vitalicia en temporal, se requiere que la previsión de superación del desequilibrio se fundamente en la modificación sustancial de alguna circunstancia, no siendo posible revisar el juicio realizado al fijar la pensión como vitalicia sin acreditar dicha modificación sustancial de circunstancias. En términos semejantes se pronuncia la STS de 20 de junio de 2016, Roj 2505/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2505).

3.- [STS de 4 de abril de 2017, \(Roj:STS1360/2017- ECLI:ES:TS:2017:1360\)](#).- El TS fija la pensión como indefinida, aunque admite la reducción de la cuantía, revocando la sentencia de la AP que fijaba un límite temporal. En el caso enjuiciado el esposo pide la extinción de la pensión dado que la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales obtiene 210.000€ en metálico y la adjudicación de distintas fincas, por lo que la AP considera que en el plazo de 5 años podrá rentabilizar las fincas adjudicadas. El TS considera que la liquidación justifica la reducción del quantum, pero no la limitación temporal, dado que *“no es factible, dentro del adecuado juicio prospectivo, que supere la situación de desequilibrio, si, además, se valora que, gracias a la explotación ganadera familiar, el recorrido va a recibir una pensión contributiva, mientras que la recurrente por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos se va a ver privada de disfrutarla.”*

4.- [STS de 30 de mayo de 2017 \(Roj: STS 2144/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2144\)](#). El TS revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, y fija un límite temporal de 5 años a contar desde la sentencia del TS. En el caso enjuiciado la esposa tenía 45 años, formación académica, estando finalizando estudios de Psicología; el padre era piloto; el matrimonio había durado 16 años y tenían 3 hijos. El TS concluye que conjugando todos estos factores, en 5 años la esposa podrá regular su situación laboral y económica de modo que quede extinguido el desequilibrio.

5.- [STS de 25 de octubre de 2017 \(Roj: STS 3754/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3754\)](#).- El TS, confirma la sentencia de la AP que fija una duración de 4 años a la pensión compensatoria. El TS aprecia la existencia de desequilibrio, dado que la esposa no trabaja, y padece leucemia, mientras que el esposo percibe 1,264,47€. Pero considera que dado que la esposa tiene fincas rústicas en propiedad y es además es titular de la vivienda familiar, podrá superar el desequilibrio, en el plazo de 4 años, mediante la venta o alquiler de su patrimonio inmobiliario.

6.- [STS de 6 de noviembre de 2017 \(Roj: STS 3801/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3801\)](#).- El TS, revocando la sentencia de la AP, fija la pensión compensatoria como indefinida. En el caso enjuiciado, la esposa tenía 53 años y padece cáncer, durante el matrimonio que duró 32 años sólo ha trabajado para el marido en la empresa de este. El marido percibe un salario de 6.000€ y la empresa que posee tiene unas reservas de 800.000€. La audiencia fijó un límite temporal en base al patrimonio de la esposa, sin embargo el TS, valorando las

circunstancias concurrentes, señala que “si la Audiencia entendía que el patrimonio inmobiliario de la hoy recurrente era más que suficiente para atender a sus necesidades no debió fijar pensión compensatoria, sin embargo, la establece por un período de seis años, de lo que se deduce que solo con el patrimonio existente no va a mejorar su situación de desequilibrio. Por lo cual para equilibrar la situación sería necesario que se insertase en el mercado laboral y la propia sentencia reconoce que ello es inverosímil.”. **Se ha reseñado esta sentencia por la aparente contradicción con la anterior en la que el TS confirma la sentencia de la audiencia que fija un límite temporal argumentando precisamente la posible rentabilización del patrimonio de la esposa.** Sin embargo si se estudian en profundidad ambas sentencias, quizá no exista tal contradicción, obedeciendo el diferente pronunciamiento a que en este segundo caso, la audiencia no especifica dicho patrimonio, ni en que forma permitirá corregir el desequilibrio.

A modo de conclusión y tras el análisis de las sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal en el último año, podemos afirmar que si bien respecto a los requisitos de fijación de la pensión o su cuantía, no podemos extraer unas reglas apriorísticas generales, dado que cada caso presenta matices propios y se deben conjugar numerosos parámetros, por el contrario respecto a la temporalidad de la medida, si podemos concluir que el TS se decanta por el carácter indefinido, sin perjuicio de la posibilidad posterior de modificación si cambian las circunstancias y el desequilibrio desaparece, siendo ciertamente restrictivo a la hora de fijar un límite temporal, exigiendo un juicio prospectivo de certeza que difícilmente concurre, sin que sea suficiente la mera probabilidad por muy alta que esta sea, obsérvese que de las trece ocasiones en que ha tenido ocasión de pronunciarse, solo en tres opta por fijar un límite temporal, que además es muy amplio, no habiendo fijado en ninguno de los casos un plazo inferior a 4 años. Debiendo optarse si seguimos dicha línea jurisprudencial por fijar la pensión con carácter indefinida, salvo que exista certeza de superación del desequilibrio en un plazo concreto, sin perjuicio de la posterior modificación cuando la probabilidad se convierta en certeza.

2.- EL CARÁCTER GANANCIAL DE UNA CLÍNICA DENTAL. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 10 de noviembre de 2017. Nº 603/2017; Nº de recurso: 1155/2015

Concepción Monerri Guillén

Doctora en derecho

RESUMEN: *La STS-1ª analizada atribuye carácter ganancial a una clínica odontológica en la que trabaja el ex marido a tiempo completo por las tardes y en la que además trabajan otros tres profesionales y el personal auxiliar, en base al art. 1347.5 CCivil. Dicha clínica se organiza bajo el nombre del titular de la misma y se constituyó vigente el régimen ganancial. El Alto Tribunal entiende que se trata de un negocio o empresa y no de un ejercicio profesional. El instrumental y los inmuebles son gananciales y desde la disolución de la sociedad hay que detraer las retribuciones personales generadas por el dentista.*

VOCES: Bienes gananciales. Liquidación. Fondo de comercio objetivo y subjetivo. Rendimientos netos. Comunidad postganancial. Actividad profesional o empresarial. Bienes privativos. Instrumental necesario para la profesión.

COMENTARIO

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sala Primera del Alto Tribunal unifica doctrina, en un supuesto en el que los cónyuges estaban casados en régimen de gananciales, interponiendo el ex esposo (en adelante D. Juan Enrique) demanda de liquidación del régimen económico matrimonial. La juez *a quo* integra en el activo de la sociedad conyugal: Los elementos materiales afectos a la actividad (inmuebles, equipamiento, instrumental), los rendimientos generados por dicha actividad hasta la disolución de la comunidad conyugal y la clínica dental.

La AP de La Coruña, suprime del activo la clínica dental (entendiendo que se trata de un bien privativo del esposo), y suprime del pasivo la deuda de la sociedad de gananciales por pagos de la actividad empresarial de D. Juan Enrique, incluyendo en el pasivo del inventario dos partidas; la deuda de la sociedad de gananciales frente a D. Juan Enrique por las cuotas de la comunidad de propietarios de los pisos incluidos en el activo (en los

que estaba situada la clínica) y la deuda de la sociedad de gananciales por el IRPF¹ del esposo en concepto de IRPF de 2009².

D. Juan Enrique se dedica en nombre propio (sin usar nombres comerciales ni marcas de publicidad) al ejercicio profesional de la odontología, comenzando su andadura vigente el régimen de gananciales, extendiéndose en la actualidad la clínica dental a dos pisos. La clínica cuenta con cuatro sillones de dentista, en los que trabajan el ex cónyuge, dos dentistas más, una ortodoncista (todos ellos a media jornada) y el personal auxiliar. En la actualidad, D. Juan Enrique se dedica por la tarde ejercer su profesión en la citada clínica a jornada completa, supervisando las actuaciones de los otros titulados, trabajando también muchas mañanas para el SERGAS (Servicio Gallego de Salud), funcionando la clínica dental mientras este se encuentra en su “otro” trabajo. Los inmuebles donde se desarrolla la actividad y el equipamiento e instrumentos fueron adquiridos con fondos comunes³.

La AP basa su decisión sobre el carácter privativo de la clínica dental en el hecho de que en este caso primaba más el aspecto personal (el esfuerzo, titulación, méritos personales,...), que el empresarial, estimando que las características de la consulta odontológica no permitían apreciar un fondo de comercio distinto de aquel asociado al nombre y reputación del titular de la clínica.

2. FONDO DEL ASUNTO

Se plantea una única cuestión en casación por D^a Francisca (sobre la que existen numerosas sentencias contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales de toda España), con cuatro apartados, esto es, determinar si concurre infracción de los arts. 1347.5 y art. 1361 CCivil, en la consideración por parte de la AP que la clínica odontológica a cuyo frente se encontraba el ex marido, es un bien privativo que no debe ser incluido en el activo de la sociedad. Los otros 2 apartados alegados justifican el interés casacional del recurso.

- D^a Francisca argumenta que la clínica dental es un negocio y tiene un valor de fondo de comercio, independiente del valor del inmueble y de los elementos de equipamiento.
- Por su parte, D. Juan Enrique, sostiene que la clínica dental es privativa, por constituir mero ejercicio profesional, sin oponerse a la naturaleza ganancial de los dos inmuebles en los que esta está situada.

¹ La devolución del IRPF de los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales es un derecho de crédito que tiene carácter ganancial (Consulta DGT V0223-15, de 21 Ene).

² En virtud del art. 1362 CCivil.

³ MILLÁN SALAS, F.: “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuadernos de estudios empresariales*, *Revistas.ucm.es*, 1994, pág. 240. Sostiene el autor que el fundamento del art. 1347.8 CCivil está en que la Ley quiere dar protección a la persona en cuanto tal e independientemente de su condición de cónyuge, ya que dichos instrumentos son de personalísima utilización, fundamentándose en la LECivil, al no embargarse los elementos imprescindibles para la profesión.

La resolución pone de manifiesto que el art. 1361 CCivil es irrelevante *porque la presunción de ganancialidad no juega cuando puede concluirse, por aplicación de los criterios legales, que un bien es privativo⁴, con la que mostramos nuestra aquiescencia.*

Entrando en el análisis de la cuestión controvertida, tenemos que partir en primer lugar de la regulación de la sociedad de gananciales en el art. 1344 CCivil, que establece que “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”.

El CCivil subraya el aspecto activo de la sociedad conyugal y el efecto que produce su terminación, pero para poder dar un concepto hay que tener en cuenta los principios básicos que rigen la misma, los que fijan la deuda y responsabilidad y las normas relativas a la liquidación⁵. Resulta de todo punto necesaria la determinación de los bienes comunes o gananciales y la de los bienes privativos de cada uno de los consortes, para lo que el Código Civil dicta una serie de reglas en los arts. 1346 a 1361 CCivil. Es prácticamente unánime la consideración de que se originan, al menos potencialmente, tres masas patrimoniales⁶:

- Los bienes propios de un cónyuge.
- Los bienes propios del otro cónyuge.
- Los bienes gananciales, teniendo cada uno de ellos una diferente titularidad, régimen de administración y disposición y reparto de responsabilidades.

El recurso de casación, que fue estimado, incluye en el activo del inventario de la sociedad de gananciales, la clínica dental como bien ganancial e incluye los rendimientos netos de la clínica hasta la liquidación, pero no las retribuciones correspondientes al trabajo personal de D. Juan Enrique. Reza la resolución: “En el período entre la disolución y la liquidación, los beneficios de la clínica son frutos de bienes comunes (la clínica) pero deben excluirse los rendimientos de trabajo del titular correspondientes a dicho período, lo que deberá concretarse en la liquidación del régimen económico matrimonial (...). Por lo que se

⁴ RUIZ ALCARAZ, S.: “La presunción de ganancialidad del art. 1361 del Código Civil”. *Actualidad Civil*, núm. 12, Sección Persona y derechos/A fondo, Diciembre 2016. La Ley 9456/2016, págs. 1-16. La presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos constante el matrimonio, regulada en el art. 1361 del CCivil, implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, toda vez que el que alegue la privatividad de aquéllos, es quien mediante una “prueba suficiente, satisfactoria y concluyente” ha de demostrar dicho carácter. La confesión del cónyuge perjudicado contemplada en el art. 1324 del CCivil y la atribución de ganancialidad por voluntad conjunta de los cónyuges recogida en el párrafo primero del artículo 1355 del mismo cuerpo legal constituyen, no obstante, frenos a la vis atractiva del patrimonio consorcial.

⁵ RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coords.): *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*. Dykinson SL, Madrid, 2011. pág. 240.

⁶ RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.): *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, op. cit. pág. 239.

refiere a los gastos, calificada la clínica como ganancial y calificados también como gananciales los rendimientos de la clínica debe reconocerse que las deudas derivadas de la gestión de la clínica que quedaran acreditadas también son comunes, de modo que lo que sucede en realidad es que, a efectos de la liquidación, los rendimientos deben limitarse a los rendimientos netos de la clínica. Todas estas consideraciones son consecuencia de entender como bien ganancial la clínica del ex marido.

La Ponente de la resolución asimismo entendió que “en los servicios prestados predomina el aspecto objetivo de la estructura y la organización mediante la apertura al público de un establecimiento en el que hay cuatro sillones de dentista y en el que trabajan, además del esposo y del personal auxiliar, una ortodoncista y otros dos odontólogos”.

3. CONCEPTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS

1. Actividad profesional o empresarial de naturaleza ganancial

Cuando, constante el régimen de gananciales, los cónyuges utilizan fondos comunes para adquirir acciones o participaciones de una sociedad (por ejemplo, cuando uno de ellos funda una compañía)⁷, no hay duda de que esa participación social ha de ser integrada en la sociedad conyugal, y ello con independencia de que la titularidad formal de las acciones o participaciones la ostente uno solo de los esposos.

Así las cosas, el desarrollo de una actividad profesional puede tener carácter privativo por más que se haya iniciado o continuado durante la vigencia del régimen de gananciales; incluso en aquellos supuestos en que para financiar esa actividad se hayan utilizado fondos comunes.

Sin embargo, no es infrecuente que el desarrollo de una actividad profesional se realice, no a través de una sociedad, sino de forma individual, en nombre propio. El problema en estos casos es cómo catalogar esa actividad profesional cuando se han utilizado fondos gananciales para iniciarla o continuarla, que es lo que acontece en el presente supuesto. D^a Francisca sostiene que al margen de los elementos materiales afectos al desarrollo de la actividad (inmueble, equipamiento, instrumental) y de los rendimientos generados por esa actividad, la propia clínica también debe ser incluida en el inventario de la sociedad conyugal, entendiéndose aplicable el art. 1347.5º del CCivil, que dispone que serán gananciales “*las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes*”.

D. Juan Enrique sostiene, en cambio, que únicamente pertenecen a la sociedad conyugal los inmuebles adquiridos con fondos comunes, así como los rendimientos de la

⁷ Cuestión distinta es que la compañía sólo reconocerá esa condición de socio a la persona que materialmente detente las acciones o participaciones y haya sido inscrita en el libro registro conforme al art. 104 LSC.

clínica hasta la disolución; pero alega que los instrumentos con los que desarrolla su profesión y, sobre todo, la propia clínica dental no podían ser incluidos en el inventario de la sociedad conyugal, porque no existía una empresa (entendida como un conjunto de medios organizados destinado a producir bienes o, en este caso, servicios), sino el mero ejercicio profesional de una actividad de carácter personalísimo (inherente a su persona), que carecía de valor y no podría existir de forma independiente sin su concurso, pues ese concreto negocio sólo era concebible a través de la prestación de los servicios y la cualificación profesional que él mismo aportaba. En apoyo de su pretensión, D. Juan Enrique citaba el art. 1346 CCivil, a cuyo tenor son privativos “*los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona*” (apartado 5º) y “*los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio*”, aunque “*su adquisición se haya realizado con fondos comunes*” (a menos que sean parte integrante de un establecimiento (empresa, negocio-común), como expresa el apartado 8º).

La sociedad de gananciales comparte importantes aspectos con las sociedades civiles, sin embargo, la sociedad de gananciales no participa de la misma naturaleza jurídica que las sociedades a las que se refieren los arts. 35 y 36 del CComercio, en cuanto que la sociedad de gananciales se caracteriza por la creación de un patrimonio separado y colectivo, es decir, de un patrimonio común que, conjuntamente, ha de distribuirse entre el marido y la mujer⁸ y ello conforme al pensamiento decimonónico, ya que el CCivil, tras la reforma de 1981, ha mantenido que la actividad profesional no cabe en el concepto de comerciante⁹.

Como sostiene el Profesor Peña Bernaldo de Quirós, es difícil que una empresa se constituya durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges y que tenga carácter enteramente privativo, básicamente porque los arts. 1347.1º y 1359 del CCivil establecen que la aportación de trabajo de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común¹⁰. Así pues, sin perjuicio de cómo se cuantificase el valor de esa clínica, habrá que estar a la cualificación profesional del actor en tener en la referida valoración del negocio (lo que se llama “fondo de comercio subjetivo”).

Por tanto, conforme a la doctrina judicial, la empresa será ganancial, cuando se haya fundado conjuntamente por ambos cónyuges y sus beneficios serán también gananciales, incluso en el supuesto de que se haya creado por uno solo de los cónyuges pero con bienes gananciales, por cuanto si lo obtenido por el ejercicio de la profesión de cualquiera de los

⁸ MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”. *Revista Pecunia*, núm. 12 (enero-junio, 2011), pág. 73.

⁹ BUSTOS MORENO, Y.: *El pasivo ganancial en la relación interna*. Tesis doctoral (inédita). Universidad Alicante. 2001, págs. 350, con cita en la nota 113 de BISBAL, J.: “Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio”. *RJC*, 1982, pág. 364.

¹⁰ MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, op. cit., pág. 75.

cónyuges y por rendimientos de bienes privativos forma parte de la sociedad de gananciales, es lógico y justo que para el ejercicio de una profesión el patrimonio ganancial facilite a los cónyuges los bienes y medios necesarios para ello¹¹.

Las empresas familiares en España se organizan mayoritariamente como sociedades de capital, dado que la forma societaria se impone por la limitación de la responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial, las ventajas en cuanto a la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, y la autorregulación estatutaria, que permite facilitar la continuidad de su gestión en manos de la familia. La expresión “establecimiento o explotación” no especifica si sus previsiones se refieren a las de carácter individual o societario. La doctrina¹² con ocasión de ofrecer una interpretación del art. 1347.5ª del CCivil, ha sostenido que para que una empresa sea ganancial, mediante adquisición originaria, deben darse las siguientes condiciones:

- Fundación *ex novo* de la mercantil mientras se encuentra vigente la sociedad de gananciales. Esta posición es apoyada por la Sala Primera del TS, ya que la Sentencia de fecha 20 de noviembre del 2000¹³ establece que la empresa que se constituyo, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales, es un negocio de naturaleza ganancial¹⁴. Planea sobre esta cuestión la fundación de la empresa y su apertura al público ya que la inscripción del empresario individual, como sabemos, no resulta preceptiva.
- Creación de la mercantil por uno cualquiera de los cónyuges. El eje de la sociedad de gananciales es precisamente la idea de lo “común” entre cónyuges, resultando irrelevante quién realice los actos.
- Creación de la mercantil a expensas de los bienes comunes.
- Es decir, que se empleen íntegramente fondos comunes para la constitución de la empresa, requisitos todos ellos que se cumplen en el supuesto analizado y además, *la actividad en la clínica odontológica es realizada sin que se haya creado una sociedad con personalidad jurídica, ejercitando en nombre propio D. Juan Enrique la actividad profesional. Este es precisamente el supuesto al que resultaría de aplicación el art. 1347.5.º CCivil para el caso de que se considerara que la actividad llega a constituir una empresa o establecimiento en el sentido del precepto.*

¹¹MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, op. cit., pág. 78.

¹²DÍEZ BALLESTEROS, J. A.: *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, págs. 74 y ss.

¹³STS-1ª, núm. 1082/2000, de 20/11/2000, núm. rec. 3397/1995.

¹⁴SAP de Murcia, Sección 5ª, núm. 180/2008, de 22/07/2008.

Podría entenderse, *a sensu contrario*, que los negocios consistentes en farmacias, ópticas, estancos, kioscos administraciones de loterías, negocios profesionales, carteras de seguros, notarías, registros de la propiedad etc..., constituyen un supuesto especial porque el art. 1347.5 CCivil¹⁵ atiende exclusivamente a la fecha de fundación del establecimiento o explotación y al origen de los fondos empleados, pero no valora los elementos personales, por lo podría ser de aplicación el art. 1346.5 CCivil (bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona)¹⁶ al encontrarnos ante el ejercicio de una profesión liberal.

Lo cierto es que las obligaciones derivadas del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges siguen rigiéndose por lo establecido en el Código de Comercio, arts. 6 a 11, por disposición expresa del art. 1.365 CCivil, que articula un régimen distinto de responsabilidad patrimonial según que el cónyuge deudor manifieste ante tal posición una posición de aquiescencia o bien de oposición¹⁷.

Sin embargo, si el ex cónyuge ejerce una profesión liberal que necesita colegiación, ésta conlleva el carácter personalísimo de la actividad intelectual y el deber de prestación personal del trabajo intelectual, lo que convierte el objeto de la prestación en un verdadero *intuitus personae*, y la falta de idoneidad de la sociedad para prestar actividad profesional alguna por carecer de la titulación precisa y no hallarse debidamente colegiada. Del primer argumento se hicieron eco las Resoluciones de la DGRN de 2 de junio de 1986, de 23 de abril de 1993, de 26 de mayo de 1995, concluyendo todas ellas que “el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto”. El segundo lo recogió, entre otras, la resolución de la DGRN de 26 de junio de 1995¹⁸. De otro lado, la titulación necesaria para ejercer la profesión de odontólogo ha de ser “universitaria oficial o profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial”. Dentro de los títulos, la doctrina discrimina entre los títulos académicos oficiales (expedidos por los órganos competentes del sistema educativo y que

¹⁵ MILLÁN SALAS, F.: “La empresa y la sociedad de gananciales”. *Cuadernos de estudios empresariales*, *Revistas.ucm.es*, 1994, pág. 236: “Del artículo 1.347-5~ del CCivil, se desprende, en sentido contrario, que serán privativas las empresas y establecimientos fundados antes de la vigencia de la sociedad; así como Las fundadas durante su vigencia a expensas de bienes privativos.

¹⁶ En los supuestos de la indemnización por despido de uno de los cónyuges, el TS en sentencia de fecha 18/03/2008, FJ 3º, argumenta que hay que “diferenciar entre el derecho al trabajo que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge accede al mercado de trabajo y desarrolla así sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho del trabajo”. Entiende el TS que el primero es un bien privativo por tratarse de un derecho inherente a la persona, y por tanto, incluido en el artículo 1346.5 del CCivil, mientras que el segundo es un bien ganancial contemplado en el artículo 1347.1 de CCivil. GARCÍA GARCÍA, D. E.: “El carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido: criterios delimitadores. *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 23, enero 2017, págs. 451-452.

¹⁷ BUSTOS MORENO, Y.: *El pasivo ganancial en la relación interna*. Tesis doctoral (inérita). Universidad Alicante. 2001, págs. 350-351, nota 114.

¹⁸ TARRÍO BERJANO, M. G.: “Artículo 5: Ejercicio e imputación de la actividad profesional”. *Cuadernos de derecho y comercio*, Extra 1, 2010 (*Ejemplar dedicado a: Ley de Sociedades Profesionales. Comentarios notariales orientados a la práctica*), pág. 98. Disponible en <http://www.notariado.org> (fecha consulta: 15/01/2018).

gozan del reconocimiento oficial) y los no académicos, en los que, no obstante, concurre un determinado reconocimiento público. En la medida que la STC 42/1986 considera como profesiones tituladas aquéllas “para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos títulos mediante la consecución del oportuno certificado o licencia”, sólo los primeros (títulos académicos oficiales) son los aptos para reputar la actividad como profesional¹⁹. La clínica no podría haber sido abierta sin ninguno de los requisitos anteriores que no consta que poseyera la ex exposa.

En la Ley de Sociedad Profesional (en adelante LSP)²⁰ tienen cabida los abogados, los agentes y comisionistas de aduanas, los agentes de la propiedad inmobiliaria, los aparejadores y arquitectos técnicos, los arquitectos, los auditores de cuentas, los agentes y corredores de seguros, los diplomados en trabajo social y asistentes sociales, los farmacéuticos (distinguiendo el ejercicio libre de la profesión y la titularidad de la farmacia), los graduados sociales, los geólogos, los ingenieros técnicos de minas y de facultativos y peritos de minas, los ingenieros técnicos y peritos de telecomunicación, los ingenieros técnicos agrícolas y peritos agrícolas, los peritos e ingenieros técnicos e industriales, los procuradores de los Tribunales, los profesionales de la enfermería, los médicos, los veterinarios, y los químicos y odontólogos y estomatólogos. Ni una sola particularidad de la Ley de la que estamos hablando ha sido contemplada en las sentencias del Alto Tribunal, que se refieren a farmacias considerándolas bienes gananciales (STS 469/2003, de 14 de, la STS 61/1979, de 26 de febrero y, de 24 de enero de 1953, de 31 enero de 1962 y 25 de marzo), ni la STS 1082/2000 de 20 de noviembre referida a una óptica y ni la STS 283/2001, de 23 de marzo referida a un negocio de asesoría, gestoría y agencia de seguros, entre otras cuestiones porque la LSP es del año 2007.

Un supuesto particular lo constituyen actividades profesionales y las vinculadas a un título profesional o licencia administrativa. En estos casos, la jurisprudencia ha aplicado el art. 1347.5 CCivil a los negocios profesionales, en los que uno de los cónyuges es el cualificado profesionalmente para el ejercicio de la profesión, pero que han sido fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargos a los fondos gananciales. Son los supuestos de la licencia municipal de transporte de viajeros de un taxi y si puede tener naturaleza de bien ganancial o debe reputarse privativo del esposo²¹.

En la sentencia comentada, se dice que “los conceptos de empresa, establecimiento y explotación son polisémicos (...)”, al igual (...) que se hace en el art. 66 LSC (...), lo que no puede resultar tan tajante como se afirma porque cuando el legislador ha querido referirse

¹⁹ TARRÍO BERJANO, M. G.: “Artículo 5: Ejercicio e imputación de la actividad profesional”. *Cuadernos de derecho y comercio*, op. citada, pág. 98.

²⁰ Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. BOE núm. 65, de 16/03/2007.

²¹ Por todas, STS-1ª 04/04/07.

a la actividad mercantil de los cónyuges, utiliza las expresiones empresa, establecimiento o explotación, siendo que el término “negocio” engloba tal diversidad de conceptos que provoca inseguridad jurídica²². No hay que perder de vista que la frontera entre el ejercicio de una actividad profesional y empresarial venía siendo difusa: corresponde a cada cónyuge la libre administración y la libre disposición de sus bienes privativos, y la libertad de decidir su propia actividad profesional y el modo de desempeñarla o de explotar los propios negocios. No obstante, los frutos, cuando se perciban, se harán comunes. No es, por tanto, una autonomía patrimonial totalmente absoluta, debido a la relevancia que tiene para la sociedad de gananciales²³.

2. ¿Cómo valorar el fondo de comercio de esa empresa ganancial?

Sostiene la meritada resolución que la consideración de empresa y la inclusión de esta en el inventario de la sociedad conyugal, no significa que haya de valorarse la totalidad del “fondo de comercio objetivo”, sino que habrá de discernirse qué parte del valor de una teórica transmisión a un tercero se correspondería con el “fondo de comercio subjetivo” (con las cualidades y aportación personalísima del cónyuge que presta el servicio), no pudiendo integrar ese fondo de comercio subjetivo el valor que se le otorgue al negocio a efectos de liquidar el patrimonio conyugal (se entiende que ese hacer personalísimo es privativo). Y en el caso que nos ocupa, a mi juicio, ese fondo subjetivo es muy relevante porque de un único sillón de dentista, D. Juan Enrique, con el transcurso del tiempo, pasa a disponer de cuatro sillones, de más profesionales y de dos pisos dedicados a la explotación del negocio.

Visto lo anterior, a veces, se hace preciso fijar el criterio para valorar elementos gananciales inmateriales²⁴, como por ejemplo, el llamado fondo de comercio de una empresa, o la cartera de clientes de un agente de seguros.

La SAP León, sec. 2ª, de fecha 28/11/2012²⁵ se centra en la valoración del fondo de comercio de una empresa en la que se desarrolla la explotación del negocio dedicado a Gestoría Administrativa, Asesoría Fiscal y Laboral de Empresas, así como de Correduría de Seguros. En el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, se define el fondo de comercio como *“el conjunto de*

²² BUSTOS MORENO, Y.: *El pasivo ganancial en la relación interna*. Tesis doctoral (inédita). Universidad Alicante. 2001, págs. 350-351, con cita en la nota 115 de la RDGRN de 23 de octubre de 1959 y de GIMÉNEZ DUART, T.: *“La gestión de la comunidad de gananciales”*, ADC, 1982, pág. 578.

²³ SÁNCHEZ-VICAINO RODRÍGUEZ, J.: *Incidencia de las crisis matrimoniales sobre la empresa familiar: su tratamiento jurídico en el sistema del Código Civil*. Tesis doctoral (inédita), Murcia, 2014, pág. 146, con cita de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 633 y ss.

²⁴ SAP León, sec. 2ª, de fecha 28/11/2012, nº 427/2012, rec. 269/2012. Pte.: Muñiz Díez, Antonio.

²⁵ SAP Alicante, Secc.4.ª, de 31-2-1998, Pte: José Luis Úbeda Mulero en GÓNZALEZ DEL POZO, J. P.: *Cuestiones prácticas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico y en el internacional*. “La fase de inventario en la liquidación del régimen económico matrimonial. Controversias más habituales”. *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 24, CGPJ, 2008, pág. 29.

bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa", convirtiendo al mismo en objeto de valoración patrimonial "utisinguli" y anotación contable. Al fondo de comercio hace referencia igualmente la STS de 15 de julio de 1985 al señalar que: *"Es indudable la existencia del llamado fondo de comercio en las empresas mercantiles, concepto si bien de límites difusos no por ello menos atendible en cuanto denotador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la empresa como negocio, otras que hay empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, y casos en que a más de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción; conceptos estos y otros similares que son susceptibles de ser valorados en el balance, a lo que no obsta que muchas veces la valoración no se atenga a patrones fijos sino que vaya subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración; vicisitudes todas ellas que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan, porque ha de calcularse un valor, concepto que se ha dicho que nunca se puede fijar con precisión, y sin embargo la liquidación de las relaciones jurídicas así lo exige"*.

El fondo de comercio, como activo inmaterial de una empresa cuyo valor es computable a efectos de una transmisión, estará compuesto por elementos muy variados, como son el prestigio o buena imagen de dicha empresa, su situación geográfica, cartera de clientes, cuota de mercado, equipo directivo o preparación del personal, entre otros. La pericial aportada por D^a Francisca en casación es extemporánea y no se ajusta a estos términos.

3. Rendimientos netos

D^a Francisca entiende que deben incluirse en el inventario los beneficios o rendimientos del negocio hasta la liquidación de la sociedad de gananciales (y no exclusivamente hasta la disolución, como concedía el juez); y D. Juan Enrique tratando de combatir la consideración de la clínica dental como una empresa ganancial, entendiendo que lo que él desarrollaba era una simple actividad profesional no empresarial. La STS-1^a de fecha 01/02/2016²⁶ afirma que *"la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que en sentido estricto no puede contraer deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Ahora bien, si la deuda se ha contraído para satisfacer atenciones de la sociedad, habrán de utilizarse los bienes de ésta para su pago, y en caso de que sea el patrimonio de los cónyuges quien lo haga, tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial"*. En este sentido puede hablarse de deudas "a cargo" de la sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio²⁷.

²⁶ Pte: Ignacio Sancho Gargallo; ROJ: STS 318/2016.

²⁷ MEDRANO SÁNCHEZ, J. I.: ["Tema 10. Activo y pasivo del consorcio conyugal legal. Gestión"](#). *Derecho civil aragonés. Formación a Distancia*. N° volumen: 1, 2017, CGPJ, pág. 17.

En cuanto a los rendimientos netos y, en consonancia con la naturaleza ganancial de la clínica dental, el TS aclara que los rendimientos de la empresa ganancial que hay que incluir en la base de reparto no son únicamente los generados hasta la disolución de la comunidad ganancial, sino también los que se produzcan hasta la efectiva liquidación dado que, normalmente, el negocio sigue generando frutos mientras se tramita la liquidación (consensuada o contenciosa), lo que resulta una consecuencia directa del carácter ganancial del bien. Ahora bien, de la misma manera que durante ese proceso que conduce a la efectiva liquidación se siguen generando rentas o beneficios, también surgen obligaciones para la comunidad post ganancial, de las que esta deberá responder. Por tanto, lo que finalmente se debe integrar no son los frutos, ni los beneficios de la empresa, sino los rendimientos netos, descontados los pasivos y demás obligaciones; entre otras, las remuneraciones del cónyuge titular del negocio (dado que se hicieron privativas desde el mismo día en que la comunidad conyugal se disolvió por efecto de la sentencia de divorcio).

En general, la jurisprudencia había venido aplicando el art. 1347.5 CCivil²⁸ y no el art. 1346.5 del mismo cuerpo legal (bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona) a los negocios profesionales, en los que uno de los cónyuges es el cualificado profesionalmente para el ejercicio de la profesión, pero que han sido fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargos a los fondos gananciales.

Un argumento literal que se había empleado para defender la privatividad de los negocios profesionales es el art. 1406 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa. En esa versión previa, el art. permitía al cónyuge solicitar la inclusión en su haber en la liquidación de gananciales "la explotación agrícola comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo", sin mencionar específicamente este apartado 2 al negocio profesional, mientras el apartado 3 del mismo art. 1406, que permanece vigente, se refiere al "local donde hubiese venido ejerciendo su profesión". Tras la reforma de la Ley de nueva empresa citada, el apartado 2 del art. 1406 se refiere de modo genérico a "la explotación económica que gestione efectivamente", con lo que dicho argumento decae²⁹.

La STS-1ª de fecha 18/03/2008³⁰ se enfrenta a la ganancialidad de la indemnización por despido, cuestión ya resulta en numerosas resoluciones, alegando el TS que a favor de su naturaleza ganancial se argumenta que se trata de sustituciones del salario y al tener éste tal naturaleza, en virtud de lo dispuesto en el art. 1347.1 CC, la compensación de la

²⁸ Art. 1347. 5 CCivil: "Son bienes gananciales: (...) 5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el art. 1.354".

²⁹ En <http://www.iurisprudente.com>; blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral (fecha consulta 18/01/2018).

³⁰ Rec. 82/2001, ROJ: STS 3256/2008.

capacidad personal del trabajo, etc., tiene naturaleza ganancial. Por el contrario, a favor de su carácter privativo se alude a la naturaleza de "derecho inherente a la persona" que tendría el derecho al trabajo, de acuerdo con el art. 1356.5 CCivil y la consiguiente naturaleza indemnizatoria por la pérdida de un derecho cuando se ha producido un despido, por lo que este derecho estaría incluido en el art. 1346.6 CCivil³¹.

La STS-1ª, de fecha 25/3/1988, en su FJ 3³² establece que debe distinguirse, al efecto de atribuir una indemnización en virtud de póliza que cubría el riesgo, de invalidez permanente absoluta para todo trabajo, 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 (Ley 83-1), como el Código Civil (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, núm. 5 del Código Civil. 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.

Llegados a este punto, la trascendencia que los derechos de la persona tienen vendrían a determinar el carácter privativo de bienes y derechos, que en un principio pudieran resultar gananciales, como en la SAP de Madrid de fecha 28/12/1998³³, donde ante una hipotética posibilidad del traspaso de una consulta de cirugía estética, cuya valoración, sin duda, estaría en función del prestigio de quien hasta ese momento detentaba su titularidad, tal carácter personalísimo se proyecta en su calificación como privativo³⁴.

4. Referencia a la Comunidad Postganancial

Las normas referentes a la administración y disposición de la sociedad de gananciales dejan de ser aplicables en este momento, de manera que los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, en tanto se practica la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. del CCivil) y a sus preceptos rectores habría de acudir el interesado para ejercitar frente al comunero los derechos de que se crea asistido³⁵. *Entre la disolución de la sociedad y su liquidación puede transcurrir un tiempo, más o menos largo dependiendo de la voluntad de los interesados.*

³¹ MEDRANO SÁNCHEZ, J. I.: "Tema 10. Activo y pasivo del consorcio conyugal legal. Gestión", op. cit., pág. 37, nota 6.

³² STS-1ª, de 25/3/1988. Pte: Santos Briz, Jaime.

³³ SAP Madrid, de fecha 28/12/1998, Sección 22ª, rollo de Apelación núm. 1573/1997.

³⁴ BERNAL MARSALLÁ, L. y VALCARCE RUÍZ, V.: "Bienes privativos por razones singulares en la sociedad de gananciales (Análisis y Comentarios de Resoluciones Judiciales)", pág. 6. Disponible en <http://www.valcerceabogados.com>; fecha consulta 15/01/2018. STS-1ª, de 25/3/1988. Pte: Santos Briz, Jaime.

³⁵ SAP Pontevedra, sec. 6ª, de fecha 1/07/2013, nº 471/2013, rec. 238/2012. Pte: Carrera Ibarzábal, Jaime.

*Durante ese tiempo no es posible aplicar el régimen de gananciales, pues la sociedad se ha disuelto*³⁶. Indica la doctrina³⁷ que “La sociedad postganancial surgida de la previa disolución, es en definitiva, una comunidad en liquidación”. Y tal y como señala Díez Picazo³⁸: “*El efecto inmediato de la disolución es la entrada en la fase de liquidación. Ambas partes, los cónyuges, los ex cónyuges, y en su caso, los herederos de uno u otro tienen el derecho a que la liquidación se practique y tienen el deber de practicarlo llevando a cabo aquéllos comportamientos necesarios para ello, colaborando en ella de buena fe*”.

Tras el recurso formulado por D^a Francisca, el Alto Tribunal fija los siguientes criterios, que ya sabemos, resultan vinculantes:

- No hay ejercicio empresarial cuando las cualidades personales de quien presta el servicio son determinantes de la contratación.
- Sí que hay ejercicio empresarial cuando la actividad profesional coordina un conjunto de elementos, materiales o humanos (como en este caso era la existencia de personal auxiliar y otros profesionales colaboradores).
- Cuando el CCivil utiliza indistintamente los términos “empresa”, “establecimiento” y “explotación” en los arts. 1.346 y 1.347 CCivil, confirma que para valorar la ganancialidad de los bienes hay que atenerse a un concepto amplio, con independencia de que el cónyuge esté o no sometido al estatuto del empresario.
- Aun cuando hayan sido las específicas cualidades personales del titular de actividad las que hayan permitido el inicio y consolidación de la misma, si la organización alcanza un nivel de desarrollo que permite, hipotéticamente, transmitir y continuar la actividad (como tal organización) sin ese titular actual, existe a estos efectos una empresa; y ello al margen de que lo que se esté desarrollando sea una actividad profesional, comercial, industrial o, en fin, empresarial.

Por su parte, la SAP de Murcia³⁹ afirma el carácter ganancial de la mercantil creada por el marido un año después de dictarse sentencia de separación del matrimonio, pero sin existir liquidación y adjudicación de los bienes. Viene a señalar el Tribunal que dicha sociedad se creó a expensas de los bienes comunes, vigente la sociedad ganancial (en este

³⁶ DE CASTRO VÍTORES, G.: *Derecho Civil IV. Disolución y liquidación de gananciales*. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho, 2003, págs. 2-3. Vid. PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Algunas cuestiones dudosas en las operaciones divisorias de la liquidación del régimen económico matrimonial. Cuestiones prácticas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico y en el internacional”. *Cuadernos Digitales de Formación* .Nº 24, 2008, Nº páginas: 71.

³⁷ KARRERA EGIALDE, M. M.: “Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial”, *V Jornadas de Derecho de Familia. Delegación de la Asociación Española de Abogados de Familia. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, nº 13*. Bilbao, 25 y 26 de noviembre de 1999. págs.42-94.

³⁸ DÍEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Volumen II. Madrid: Técnos, 1984, pág. 1789.

³⁹ SAP de Murcia, Sección 1^a, núm. 50/2005 de 15 febrero.

caso sería postganancial), y fundada por uno de los cónyuges. Por tanto, conforme al art. 1347.5 del CCivil, la empresa tiene carácter ganancial.

En tanto sea un bien ganancial, las acciones y participaciones sociales estarán sujetas al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión⁴⁰, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1384 CCivil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre, en el caso concreto, aparezca frente a la Sociedad ostentando la titularidad de la participación o acción en su condición de socio, así como la del art. 1385 CCivil, que posibilita al cónyuge socio llevar a efecto los derechos derivados de esta condición frente a los otros sujetos de la relación, es decir, la sociedad y los demás socios.

La STS-1^a 22/12/1999⁴¹ gira en torno a las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, no obstante su aptitud para generar ingresos económicos están vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio extremo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean si se traducen en una actividad productiva tiñen de ganancialidad los bienes obtenidos por aquellos.

Respecto a quienes pueden hacer uso de este numerario ganancial, el art. 6 del CComercio se refiere a los comerciantes cuando dice: *“En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”*. De aquí podemos deducir que el CCivil excluye a los comerciantes.

Resulta necesario realizar la distinción entre ejercicio ordinario de la profesión y ejercicio extraordinario de la misma: Un ejercicio ordinario⁴² es cualquier acto que sea necesario para obtener ingresos derivados de la actividad económica, esto sería por tanto, un acto para comenzar la actividad, actos para mantener esa actividad económica, etc. Siempre

⁴⁰ MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “La gestión de bienes gananciales”, *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 7, 2001, págs. 1668-1684.

⁴¹ STS-1^a, de fecha 22-12-1999, núm. 1096/1999, rec. 2905/1995. Pte.: García Varela, Román. La cuestión sobre la que decide el TS en casación se refiere a la naturaleza jurídica, ganancial o privativa, que debe otorgársele al seguro temporal y mixto de capitalización y vida concertado por el demandante, ahora recurrido, con la actora durante su matrimonio. Considera la Sala que la indemnización correspondiente a este seguro no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de sueldos percibidos, sino que derivada de la pérdida de trabajo por jubilación anticipada, lo que conlleva la desestimación del recurso, puesto que las consecuencias de la nueva situación laboral del recurrido sólo a él le afectan, después de su separación matrimonial, por consiguiente, la indemnización por prejubilación, debido a su proyección de futuro, no puede tener naturaleza ganancial.

⁴² RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Capítulo 22. La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad”, *Tratado de derecho de familia*, volumen III, YZQUIERDO TOLSADA, M, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 965.

teniendo en cuenta las concretas circunstancias de la actividad que se ejerza. Un ejercicio extraordinario⁴³ es aquel que obedece a unas circunstancias que no son necesarias ni para iniciar ni para mantener la actividad económica.

La responsabilidad directa de la masa ganancial por las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (art. 1365.2.º, inciso primero) es una consecuencia de la condición ganancial de los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges (art. 1347.1.º CCivil)⁴⁴, entendiéndose, dada esa referencia al ejercicio ordinario, que el débito será ganancial cuando resulte necesario para la obtención de ingresos dimanantes de las actividades profesionales del cónyuge, incluyéndose, por tanto, los actos necesarios para el inicio de la actividad, así como aquellos que periódicamente han de realizarse para su mantenimiento⁴⁵.

Y para terminar, el inciso final del art. 1347-5ª CCivil, recoge una hipótesis⁴⁶ en la cual la empresa tiene la calificación de *mixta*. Es el supuesto en que la empresa se funda con capital en parte privado y en parte común. Hay que hacer una remisión expresa al art. 1354 CCivil⁴⁷, en cuanto a la forma de adquisición mediante precio o contraprestación, lo que conduce a una indivisión ordinaria entre el cónyuge que aporta bienes privativos y la sociedad de gananciales, en proporción a sus respectivas aportaciones⁴⁸. Así pues, la generalidad de la doctrina no duda en señalar que la fundación mixta da lugar al nacimiento de una empresa o establecimiento en régimen de comunidad ordinaria⁴⁹.

⁴³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Capítulo 22. La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad”, op.cit., pp. 967.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Vol. I, 5ª Ed. , 2012, Dykinson, Madrid, pág. 421, que si las deudas profesionales no gravaran el patrimonio social el cónyuge podría tener dificultades en el desarrollo de su actividad, puesto que se restringiría su solvencia frente a eventuales acreedores.

⁴⁵ En este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *Lex Nova*, 1991, págs. 460-461. El autor hace alusión a un doble criterio o aspecto, cuantitativo y cualitativo, en orden a la concreción de aquel, y, así, desde una óptica cuantitativa, es ejercicio ordinario aquello que pecuniariamente puede ser asumido por la sociedad ganancial sin riesgo para los elementos constitutivos de su patrimonio y, en particular, la vivienda familiar, y, por otra parte, cualitativamente, en función de cada profesión, arte u oficio, habrá ciertos actos que no se ajusten al citado ejercicio ordinario.

⁴⁶ SÁNCHEZ-VICAINO RODRÍGUEZ, J.: *Incidencia de las crisis matrimoniales sobre la empresa familiar: su tratamiento jurídico en el sistema del Código Civil*, op. cit., págs. 131-132.

⁴⁷ Art. 1354 CCivil: “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍN, A.J., “La sociedad de gananciales (V). Liquidación del activo”, *Regímenes económico matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, *Lex Nova*, Vol. I, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 609 y ss.

⁴⁹ RAMS ALBESA, J.: “La empresa en la sociedad de gananciales”, *Homenaje al profesor Juan Roca*, *Universidad de Murcia: Servicio de Publicaciones*, 1989, pág. 720. Antes de adoptar esta postura el legislador barajó varias posibilidades. Así, la opción de la existencia de una empresa en parte ganancial y en parte privativa fue inicialmente descartada durante la tramitación parlamentaria del art. 1347.5º CCivil. Por su parte, en el Proyecto presentado por el Gobierno se establecía que, cuando para la formación del negocio se empleaban capitales o bienes gananciales y privativos, éste pertenecía al patrimonio que hubiera efectuado una mayor aportación. Sin embargo, finalmente se

REFLEXIONES

- La decisión adoptada por el TS de considerar la clínica dental como un bien ganancial se convierte en poco arriesgada, si bien resultaba más que necesario unificar la doctrina sobre la materia al existir no solo sentencias contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales, sino también por el propio Tribunal Supremo.
- En la sentencia comentada no aparecen referencias ni a la edad de D^a Francisca, ni la cuantía de la pensión compensatoria que posteriormente redujo la AP, ni a su nivel de estudios, ni a su contribución personal en la clínica, aunque sí que se dice que solicita los alimentos de una hija e intenta acreditar que se dedicó a tareas de limpieza en la clínica. El modelo de familia tenido en cuenta por la resolución del asunto, en los textos jurídicos que siguen vigentes y que fue acogido hace más de un siglo, tiene en cuenta únicamente al hombre aportando ingresos, siendo que la mujer se dedicaba a las tareas del hogar, quedando el criterio de la autonomía patrimonial (propio de los sistemas de separación de bienes) relegado frente al principio de participación del cónyuge económicamente débil en las ganancias del otro⁵⁰.
- Con la atribución de la mitad de los bienes a la ex esposa, se impide que aquel de los cónyuges que no ha contribuido materialmente a la obtención de ese patrimonio quede en situación de desigualdad económica con ocasión de la disolución del régimen de comunidad.
- *Las resoluciones judiciales existentes en la materia son antiguas y escasas, en un tema que está sometido a un continuo avance social, donde el modelo de familia que se nos explica ha quedado desfasado, lo que una vez más pone de manifiesto el retraso a fin de adecuar la realidad social y las resoluciones judiciales.*
- *Acreditar si la actividad desarrollada por las partes es empresarial o si en la actividad profesional prima el aspecto subjetivo debe ser un tema de prueba en el que se valore la importancia de la titulación académica, de la confianza e imagen personal, de la clientela, de la supervisión del resto de profesionales, del lugar de prestación de servicios, de la pertenencia a un colegio profesional etc...*
- *El título universitario y la colegiación son requisitos sin los que no se podía haber aperturado la clínica dental, que no han sido valorados.*

adoptó la decisión de llevar el principio de subrogación real hasta sus últimas consecuencias, al aceptarse una enmienda que proponía la redacción hoy vigente por considerar preferible la aplicación del art. 1354 CCivil, considerando la mayoría de la doctrina que se trata del momento de la formación de la empresa y la solución de la indivisión es más justa.

⁵⁰ En este sentido, GASPARELERA, S.: *La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias (1). Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial 130 – 2007. CGPJ. Pág. 5.

- *Los equipamientos y el instrumental son considerados gananciales sin tener en cuenta que el ex esposo ha hecho crecer la clínica cuadruplicándola y que trabaja por las mañanas en el Servicio Gallego de Salud (SERGAS).*
- *¿Los rendimientos generados por D. Juan Enrique que trabaja en la clínica todas las tardes desde las 15 horas hasta las 21 horas, debían tener naturaleza ganancial?.*
- *¿Cuando un profesional liberal trabaja en nombre propio, se genera una relación de confianza con los clientes o el negocio se puede traspasar de modo que siga funcionando de igual manera?.*

JURISPRUDENCIA:

STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2017. (Roj: STS 4217/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4217)

