

Roj: **STS 3256/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3256**Id Cendoj: **28079110012008100436**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/03/2008**Nº de Recurso: **82/2001**Nº de Resolución: **216/2008**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 22ª, 06-10-2000,
STS 3256/2008**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D^a Elsa , representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sánchez Jaúregui contra la Sentencia dictada, el día 6 de octubre de 2000, por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación nº 1034/99 interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 29, de los de Madrid. Son partes recurridas D. Jose Augusto representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Martín Jaureguibeitia y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Jose Augusto contra D^a. Elsa . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... dicte en su día sentencia por la que se acuerde la liquidación de dicha sociedad de **gananciales** atendiendo a los bienes y derechos inventariados y según la adjudicación que se propone en el cuerpo de este escrito, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado la demandada, alegando la representación de D^a. Elsa los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda, con la imposición de las costas al actor". Asimismo formuló demanda reconvenzional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dictar sentencia por la que se acuerde la liquidación de la sociedad de **gananciales** atendiendo a los bienes inventariados y evaluados y según la adjudicación que se propone por esta parte en la reconvencción, con expresa condena en costas a la contraparte".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 16 de abril de 1999 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que, estimando en parte la demanda formulada por la representación de D. Jose Augusto contra D^a Elsa , sobre Liquidación de Sociedad de **Gananciales**, debo declarar y declaro:

1.- Que no debe figurar en el inventario de la liquidación, la vivienda sita en la localidad de Navahermosa (Toledo), por ser privativa de la demanda.



2.- Que debe incluirse en él, la indemnización que el actor recibió de la empresa BULL, al cesar su relación laboral con la misma.

3.- Que la valoración de los bienes incluidos en el inventario, debe ser la convenida por las partes, que se recoge en el 1º de los Fundamentos de esta resolución.

4.- Que en el pasivo del inventario, debe incluirse la amortización pendiente del préstamo hipotecario a favor de Caja Madrid NUM000 , que grava la vivienda de la C/ DIRECCION000 nº NUM001 de esta Capital, al 50%. Condeno a las partes a estar y pasar por dichas declaraciones, todo ello sin imposición de costas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Jose Augusto . Sustanciada la apelación, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 6 de octubre de 2000 , con el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de Don Jose Augusto contra la sentencia dictada el 16 de Abril de 1999 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 29 en los autos 536/98 seguidos a instancia del antedicho contra Doña Elsa debemos revocar y revocamos la citada sentencia dejando sin efecto los puntos primero y segundo del FALLO y en su lugar acordamos:

1º.- La inclusión en el activo de la sociedad **ganancial** la vivienda situada en la planta NUM002 de la CALLE000 nº NUM003 de Navahermosa valorada en 11.160.000 de pesetas.

2º.- La exclusión de la indemnización laboral recibida de la empresa Bull por Don Jose Augusto , del mismo activo de la sociedad **ganancial**, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada".

TERCERO. Dª. Elsa , representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sánchez Jaúregui formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22ª, con fundamento en los siguientes motivos:

Único: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 1346, 1347, 95 y 1392 del Código Civil , y el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 .

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de D. Jose Augusto , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. El Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido, presentó escrito solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEXTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiséis de febrero de dos mil ocho, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm.a Sra. Dª. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los cónyuges D. Jose Augusto y Dª Elsa estaban casados en régimen de **gananciales**. El 17 noviembre 1993 se dictó sentencia de separación, donde constaba que estaban separados desde finales de 1992. Esta sentencia fue recurrida y devino firme el 30 septiembre 1994 . Finalmente, se dictó sentencia de divorcio el 8 octubre 1997 y firme esta sentencia, el marido interpuso demanda pidiendo la liquidación del régimen de **gananciales** y la posterior adjudicación de los bienes. La esposa opuso la condición de **ganancial** de la vivienda situada en Navahermosa y al mismo tiempo, formuló reconvencción pidiendo que se declarara **ganancial** la indemnización por despido pagada al marido el mes de julio de 1994, en que causó baja en la empresa en que trabajaba.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Madrid, de 16 abril 1999 , señaló en relación a los extremos en los que se producía la discrepancia entre los cónyuges, que: a) respecto del inmueble de Navahermosa, el solar fue adquirido por Dª Elsa y su hermana el 16 noviembre 1985, declarando el Sr. Jose Augusto en la propia escritura de compraventa que el dinero invertido por su esposa es de exclusiva propiedad de ésta; que únicamente la planta NUM002 de la vivienda pertenecía a la esposa; que ésta invirtió en la construcción un dinero procedente de su madre y que el demandante no había acreditado que hubiera aportado ninguna cantidad, razones todas ellas que llevaron a considerar que la casa era un bien privativo de la esposa; b) en relación con la indemnización recibida por el marido, la consideró **ganancial** por tratarse de un bien obtenido por su trabajo, porque se traduce en una compensación por la pérdida del empleo, que tiene la consideración de **ganancial** durante el matrimonio.



Recurrida esta sentencia por el demandante D. Jose Augusto , la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 6 octubre 2000 , estimó el recurso en base a los siguientes argumentos: a) Se produjo una incongruencia respecto a la declaración de la vivienda de Navahermosa como bien privativo, porque nadie lo pidió, sino que la petición de la esposa se había referido únicamente a la cantidad de 1.375.000 ptas. (8.263,92 euros) invertida en su construcción. De acuerdo con ello, la Sala declaró incongruente la sentencia de 1ª instancia que se pronunció sobre el carácter privativo de dicha vivienda, por lo que no puede aplicarse el artículo 1355 CC ; b) Respecto a la indemnización por despido, considera que "con independencia de la fecha de recepción de la indemnización, hay una consideración que obstaculiza otorgar el carácter **ganancial** a dicha indemnización ya que ésta no viene a retribuir un trabajo prestado con anterioridad, ni constituye un complemento del sueldo entonces percibido, en cuanto lo determinante de la misma no es en si, de modo directo o inmediato, el trabajo, ya retribuido salarialmente en el pasado, sino la pérdida de dicho derecho fundamental (artículo 35 Constitución Española), teniendo, en consecuencia, un evidente componente de resarcimiento moral". Por todo ello estima el recurso, incluyendo en el activo de la sociedad **ganancial** la vivienda sita en Navahermosa y excluyendo la indemnización percibida por el marido.

SEGUNDO. Dª Elsa interpone recurso de casación, con un único motivo, aunque dividido en dos submotivos, fundado en el artículo 1692, 4 LEC, dividido en dos submotivos, en los que considera infringidas las normas de los artículos 1346, 1347, 95 y 1392 CC y 369 LEC, así como las sentencias de esta Sala 725/1998, de 20 julio; 712/98, de 15 julio; 2678/1992, de 21 mayo .

El primer submotivo se centra en la discusión sobre la naturaleza privativa o **ganancial** de la indemnización percibida por el marido como consecuencia de un despido y que se cobró después de la sentencia de separación pronunciada en primera instancia y antes de la firmeza de la sentencia pronunciada por la Audiencia en la apelación. Entiende que el artículo 95 CC establece que la disolución de la sociedad de **gananciales** sólo se produce por la sentencia firme y que no hay sentencia firme mientras siga pendiente la apelación, como ocurrió con la de separación. Por ello, la indemnización cobrada por el marido en el mes de julio de 1994 era **ganancial**, porque hasta 30 septiembre no se produjo la disolución de la sociedad. Además, no puede considerarse como daño moral.

Este submotivo debe estimarse.

En primer lugar debe aplicarse la regla general de acuerdo con la que la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar cuando exista sentencia firme de separación o divorcio, según declara el artículo 95.1 LEC . La firmeza de la sentencia en este caso no se produjo hasta que la de 1ª Instancia no fue confirmada por la de la Audiencia Provincial, momento que ocasionó la disolución del régimen. La sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (artículos 369 LEC en relación con artículo 245, 3º LOPJ). Esta Sala ha venido entendiendo que los efectos de la separación con relación a la disolución del régimen económico matrimonial vienen referidos a la sentencia firme de separación matrimonial, lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 95.1 y 1392, 3º y 1394 CC que preceptúan que la sociedad de **gananciales** "concluirá de pleno derecho" cuando "judicialmente se decrete la separación de los cónyuges" (SSTS de 4 abril 1997, 31 diciembre 1998, 30 enero 2004 y 26 junio 2007). Por tanto, recurrida la sentencia de 1ª Instancia en el procedimiento de separación de los cónyuges, ésta no quedó firme hasta la dictada en apelación, por lo que el régimen no se extinguió hasta la firmeza de esta última.

TERCERO. En segundo lugar, debe estudiarse la cuestión relativa a la ganancialidad de la indemnización por despido que tuvo lugar entre la sentencia de 1ª instancia y la de apelación pronunciadas en el procedimiento de separación.

El carácter **ganancial** de las indemnizaciones por despido, sea o no improcedente, ha sido discutido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. 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 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 CC 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 CC .

La Sentencia de 26 junio 2007 resume los criterios utilizados por esta Sala en relación a la naturaleza **ganancial** o privativa de determinadas ganancias obtenidas por uno de los cónyuges vigente el régimen económico. En relación con la indemnización por despido improcedente causada antes de la disolución del régimen, dicha sentencia, con cita de la de 29 junio 2005 , señala que "El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien **ganancial** o, por



el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de **gananciales**, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes **gananciales** porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de **gananciales**, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003). Esta es la doctrina que debe aplicarse si bien matizada en la forma que se expresa a continuación.

Efectivamente, debe distinguirse entre lo que se debe considerar 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 allí sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo. El primero es un bien privativo por tratarse de un "derecho inherente a la persona", incluido en el Art. 1346, 5 CC, mientras que el segundo va a ser un bien **ganancial**, incluido en el Art. 1347,1 CC. Si ello no resulta dudoso en lo que a los salarios se refiere, puede plantear mayores dificultades cuando se trata de "ganancias" obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y cuya extinción genera una indemnización debido a las causas establecidas en la legislación laboral. Es entonces cuando se ha considerado que la indemnización va a sustituir la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo y por ello dicha indemnización no debe tener la condición de **ganancial**, sino que es un bien privativo, por aplicación del principio de la subrogación. Pero este argumento no resulta convincente, puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad lo que ocurre es que la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de **gananciales**. El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el Art. 1347.1 CC resulta **ganancial**.

Consecuencia de los argumentos expresados es que la indemnización cobrada por D. Jose Augusto en virtud del despido improcedente en la empresa donde trabajaba, debe ser considerada como bien **ganancial**, porque tiene su causa en un contrato de trabajo, como el actual, que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio.

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, 1º 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, de medidas en materia de la seguridad social.

CUARTO. El segundo submotivo plantea el reconocimiento, como crédito contra la sociedad de **gananciales**, de la cantidad de 1.375.000 ptas. (8.263,92 euros) que se invirtieron por la recurrente en la construcción de una planta en la casa de Navahermosa, lo que determinaría su inclusión en el activo de la sociedad de **gananciales**. La recurrente dice que se había acreditado que la cantidad que había recibido la esposa con la venta de unas fincas no se había invertido para usos exclusivos, de donde debe deducirse que "queda acreditado que el dinero se invirtió en la finca y por tanto debe ser descontado del valor reconocido por las partes como de la vivienda".

El submotivo se desestima.

En realidad la recurrente plantea su argumentación como un problema de valoración de la prueba efectuada por la Sala sentenciadora y a los efectos de intentar, por esta vía colateral, destruir la presunción de ganancialidad, lo que no puede tener lugar si no hay una prueba cumplida, tal como señalan numerosas sentencias de esta Sala, que ha mantenido el carácter iuris tantum de la presunción y ha exigido para que pueda ser destruida, que la prueba sea "satisfactoria y concluyente" (sentencias de 9 junio 1994, 20 junio 1995, 29 septiembre



1997 y 17 octubre 2007). La sentencia de 24 febrero 2000 dice que no basta con una prueba indiciaria para destruir la presunción, sino que se precisa una prueba expresa y cumplida. No habiéndose producida ésta, debe rechazarse este motivo.

QUINTO. La estimación del primero de los submotivos presentados por la representación procesal de D^a Elsa , determina la estimación parcial de su recurso y la no imposición de las costas.

Debe revocarse la sentencia ahora recurrida en este punto. En consecuencia, debe confirmarse la sentencia de 1^a Instancia, en cuanto declara que la indemnización recibida por D. Jose Augusto al cesar su relación laboral con la empresa Bull tiene carácter **ganancial**, si bien solo en la parte proporcional a los años trabajados en la citada empresa constante matrimonio, cantidad que deberá determinarse en ejecución de sentencia. Dada la dificultad del tema discutido, se mantiene la decisión de la mencionada sentencia relativa a la no imposición de las costas de la apelación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Elsa contra la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, Sección 22^a, de seis de octubre de dos mil , dictada en el rollo de apelación nº 1034/99.

2º Anular la sentencia impugnada en cuanto declara que la indemnización percibida por D. Jose Augusto no tenía la naturaleza de bien **ganancial**, y confirmar en este punto la Sentencia de 1^a Instancia, que declaró que debía incluirse en el inventario de la sociedad de **gananciales** la indemnización que el actor recibió de la empresa BULL al cesar su relación laboral con la misma, si bien deberá sólo computarse aquella parte de la indemnización que corresponda a los años trabajados durante el matrimonio, si a ello hubiere lugar, que se fijará en ejecución de sentencia.

3º Confirmar en todo lo demás la sentencia impugnada, incluida la declaración sobre la no imposición de las costas.

4º No imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-FRANCISCO MARÍN CASTÁN.- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL .- ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnación Roca Trías, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.