

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### Indemnización por incapacidad laboral permanente y jurisprudencia sobre calificación –ganancial o privativa– de los incrementos dinerarios distintos del salario

**XABIER BASOZABAL ARRUE**  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Navarra

#### RESUMEN

*En la sentencia de 14 de diciembre de 2017, sobre el carácter –ganancial o privativo– de una «indemnización por incapacidad laboral permanente», el TS se separa del único precedente en la materia, la STS de 25 de marzo de 1988. Según esta, debería reputarse como rendimiento del trabajo y, si se percibe estando vigente la sociedad de gananciales, considerarse ganancial. Aquella viene a decir más recientemente que, por la estrecha relación que la indemnización guarda con la personalidad y con el resarcimiento de daños personales, se trata de un ingreso privativo. Este cambio de parecer podría resquebrajar la relativamente estable jurisprudencia sobre el tratamiento de los incrementos dinerarios distintos del salario, con su enfoque patrimonial. El presente trabajo trata de ahondar en el sentido de esa jurisprudencia y en el porqué de la nueva orientación del TS, para concluir que, probablemente, ninguna de las dos soluciones resulta justa para aquella indemnización, pues debería introducirse el factor temporal en la solución que se adopte.*

#### PALABRAS CLAVE

*Indemnización por invalidez laboral permanente. Mejora de la pensión por invalidez laboral permanente. Pensiones (por invalidez laboral, despido, prejubilación, etc.). Carácter ganancial o privativo de las prestaciones, indemnizaciones, pensiones, etc.*

#### SUMMARY

*In the decision of December 14, 2017, on the nature –whether common or exclusive– of a «compensation for permanent disability to work», the Supreme Court has modified its*

only precedent on this topic, the decision of 25 March 1988. In 1988 the court established that when the compensation is received while the community of property exists, it should be considered as a labor income and, therefore, as an income of the community of property. On the contrary, the latest decision has established that the compensation should be treated as an exclusive income, due to the close relationship between the compensation and the personality and the compensation for personal injuries. This change of opinion could undermine the relatively stable Supreme Court case law on the treatment of monetary increases other than salaries, with its patrimonial focus. This paper studies the possible consequences of the recent decision of the Supreme Court, as well as the reasons that explain its new orientation. The research concludes by nothing that, probably, neither of both solution is fair, since neither of them takes into account the time factor.

### KEY WORDS

*Compensation for permanent disability to work. Improvement of the pension for permanent disability to work. Pensions (for disability, wrongful dismissal or termination, early retirement, etc.). Common or exclusive nature of benefits, compensations, pensions, etc.*

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La STS de 25 de marzo de 1988. 3. El «enfoque patrimonial» del tratamiento de los incrementos dinerarios distintos del salario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4. La STS de 14 de diciembre de 2017. 5. Lo que la sentencia no aclara. 6. El tiempo, los rendimientos, y la sociedad de gananciales. 7. Conclusión.—Bibliografía.

## 1. PLANTEAMIENTO

En la jurisprudencia dominante –aunque ciertamente matizada–, los incrementos dinerarios laborales distintos del salario (prestaciones, indemnizaciones, pensiones, mejoras de cualquiera de esas partidas...) y obtenidos por un miembro de la sociedad de gananciales se hacen comunes, al menos por el tiempo que se hubiese contribuido en sociedad a la obtención de ese beneficio (como ocurre en las indemnizaciones por despido improcedente). No faltan voces críticas y algunas decisiones judiciales que parecen tener otra sensibilidad a la hora de considerar qué es lo esencial de esos incrementos, de manera que –parece defenderse– deberían dejar de recibir el tratamiento de «rendimientos del trabajo» (gananciales si se reciben *constante societatis*) para pasar a ser «bienes inherentes a la persona» o «indemnizaciones» personales de esta, y por lo tanto privativos.

En este estudio se analiza la calificación que debería corresponder a la «indemnización por incapacidad laboral permanente» que recibe un miembro de la sociedad de gananciales. El asunto ha ganado en interés desde que la STS 4318/2017, de 14 de diciembre (MP: M.º Ángeles Parra Lucán), optara por apartarse del único precedente existente hasta la fecha, la STS 16712/1988, de 25 de marzo (MP: Jaime Santos Briz), que aunque dictada para el régimen de conquistas navarro amparaba su resolución en los preceptos del Código civil, aplicables subsidiariamente. En aquella ocasión, el TS se había decantado por considerar que el importe recibido *una tantum*

por el trabajador al que se había declarado con incapacidad laboral absoluta y que era beneficiario de un seguro –contratado por la empresa– que cubría esa eventualidad era ganancial porque se había recibido estando vigente la sociedad de gananciales (aunque luego el matrimonio se divorciara), de manera que debía repartirse por mitades entre la ex esposa y la herencia yacente del ex marido difunto. La sentencia de 14-XII-2017 defiende ahora la opinión contraria: lo recibido por ese concepto (el caso es exactamente el mismo) debe considerarse privativo. El TS es bien consciente de que ha querido apartarse de su precedente; lo que no parece estar tan claro es el motivo que le ha llevado a hacerlo pues, aunque los argumentos jurídicos que justifican el fallo son expuestos con claridad y contundencia, no se dice por qué son más decisivos que los que en su día sustentaron la posición contraria (igualmente claros y contundentes), o por decirlo de otra manera, no se termina de saber si la nueva *ratio decidendi* obedece a un cambio de sensibilidad sobre ciertas realidades, como las ayudas por incapacidad, o a un giro en la hasta ahora estable jurisprudencia sobre la calificación de los ingresos laborales dinerarios distintos del salario, o simplemente a un querer valorar de otro modo lo recibido por un cónyuge poco antes de la separación, lo que dará –en cada caso– un peso muy distinto a la *ratio* y a la interpretación de la sentencia. Esta es ejemplar en la claridad con que expone el problema jurídico, por lo que me servirá de ella para centrar el debate:

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

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

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

En juego está, por tanto, el que lo recibido se interprete bien como una prestación asistencial, bien como indemnización, bien como el valor correspondiente a un derecho inherente a la persona. Sin duda se trata de miradas convergentes sobre la misma realidad desde perspectivas distintas, y de lo que se trata es de decidir cuál de ellas es la decisiva para calificar y repartir el incremento patrimonial. La controversia se plantea porque D. Rosendo recibe esa atribución cuando aún se encuentra vigente la sociedad de gananciales, que se disuelve poco después.

En el caso de 2017, los tribunales de instancia fueron fieles al único precedente en la materia, el de la STS 25-III-1988, y argumentaron básicamente con la doctrina sentada por ésta para afirmar que el mencionado incremento

patrimonial es ganancial. El Juzgado de Primera Instancia dijo literalmente que «la jurisprudencia ha señalado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge por una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituyen un bien privativo incluido en el artículo 1346.6 CC, (...) porque su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanente que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse». La Audiencia Provincial compartió este criterio. Tratándose del único pronunciamiento del TS sobre el asunto, su posición era hegemónica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, aunque no faltara alguna opinión crítica<sup>1</sup>. Además, ambas partes alegaban sentencias contradictorias de diferentes Audiencias Provinciales, lo que ponía de relieve la necesidad de unificar doctrina.

## 2. LA SITUACIÓN ANTERIOR: LA STS DE 25 DE MARZO DE 1988

En la STS 25-III-1988 el objeto de la controversia se enfoca de la siguiente manera: «el supuesto fáctico litigioso consiste en haber adquirido el esposo antes de fallecer una indemnización en virtud de póliza que cubriría el riesgo, después realizado en el asegurado, de invalidez permanente absoluta para todo trabajo». A continuación desarrolla la *ratio decidendi*, que es literalmente citada por la STS 14-XII-2017:

*«Debe distinguirse, al efecto de atribuir a dicha suma indemnizatoria el concepto de bien de conquistas, entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y que se incluye en sus bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir; el rendimiento económico del trabajo, que tanto la Compilación de Derecho Foral Navarro (Ley 83-1) como el Código civil (art. 1347-1º) 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. 1346-5º 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, de modo que no tendrían explicación si se prescinde de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal (...). Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse*

<sup>1</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224; 1993, p. 643. MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2010, p. 1489. Crítica la sentencia RAGEL, 2017, p. 149.

*al nº 6 del art. 1346 del Código Civil, referido como su texto indica «a los daños inferidos a la persona» de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código Civil tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra...».*

La sentencia se sitúa en una larga tradición que distingue, desde *Capitant*, la capacidad de trabajo –personalísima y privativa– y los productos del trabajo –que ingresan en la comunidad–<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, cuando el recurrente alega «la cualidad de inherente a la persona que tiene la capacidad de trabajo», pretende «erróneamente que en esa capacidad se ha subrogado la indemnización. Conclusión que confunde aquella capacidad laboral con sus rendimientos económicos, que la legislación considera gananciales»; la indemnización recibida por el esposo «no se concibe sino como rendimiento o producto, al menos indirecto, de su trabajo, y tiene un carácter económico y trasmisible que no puede identificarse con su derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona que son intransmisibles y se extinguen por su muerte».

En el caso, la secuencia de fechas en que ocurrían los hechos relevantes resultaba significativa: La declaración de invalidez tenía lugar en enero de 1984; la separación con liquidación de la sociedad de gananciales, en abril; el testamento, cuyo albacea representó a la herencia yacente en el juicio frente a la ex esposa, en julio; y el fallecimiento del esposo, en septiembre, todo ello del mismo año, 1984. Parece claro que el ingreso se recibió cuando la suerte del matrimonio estaba ya echada, y aunque la ex esposa quedara finalmente al cuidado de los hijos menores, al TS le sobraban motivos para aproximarse al problema desde la perspectiva del difunto. Sin embargo, se limitó a aplicar el criterio establecido y a calificar la atribución como ganancial porque se recibió estando vigente la sociedad de gananciales. Probablemente porque el ingreso se obtenía de una vez, la sentencia se plantea si era ganancial o privativo, pero no contemplaba la posibilidad de considerarlo ganancial en la parte que corresponda al tiempo en que siga vigente la sociedad de gananciales y privativo desde la extinción de esta, como ocurriría con una pensión por invalidez permanente, que sería ganancial si se percibe estando vigente la sociedad *ex artículo 1349 CC*, y privativa después.

La introducción del tiempo en el modo de percibir una atribución que compensa por la incapacidad laboral hace que esta pueda consistir en una «pensión», que suele ser periódica y vitalicia, o en una –así llamada– «indemnización», que se satisface *una tantum*. Una pensión, provenga o no de un derecho privativo, es ganancial *ex artículo 1349 CC*; por el contrario, la indemnización por la lesión de un bien privativo es privativa *ex artículo 1346.6º CC*, como aclara la propia sentencia comentada. Cuando nos preguntamos por la naturaleza ganancial o privativa de esa atribución, parece

<sup>2</sup> RAMS, 1992, pp. 95 y 96: «CAPITANT dejó establecido –pues desde él esta opinión constituye doctrina pacífica– que si bien los productos del trabajo eran entonces y lo son ahora, por regla, comunes, la capacidad de trabajo dañada está fuera del ámbito al que puede extenderse la comunidad, puesto que tal capacidad es personalísima y es, por ello, irrelevante para el planteamiento jurídico de la comunidad. Los intereses del capital o los productos de los bienes que se adquieren con el citado capital ingresan en la comunidad a título de frutos o productos de los bienes privativos, independientemente del origen de la fuente que los crea, y de ningún modo como contrapartida de una pérdida de expectantes ganancias, ello incluso cuando tal disminución potencial de ingresos se haya tomado como base para el cálculo del montante de la indemnización».

que la respuesta no debería depender del modo en que se perciba; sin embargo, el Código sí tiene en cuenta el modo en que se perciben los ingresos y la propia STS 14-XII-2017, después de tomar su decisión (el ingreso es privativo), reconoce que las cosas podían haber sido de otro modo, porque «las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el art. 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210.2.g y 212 del Código del Derecho foral de Aragón)»<sup>3</sup>. Con otras palabras, esa atribución considerada privativa podía haber sido ganancial, al menos en parte, de haberse recibido en forma de pensión. La pregunta surge espontánea: ¿Es esto razonable? ¿Forma parte de la dinámica propia de esa compleja realidad que es la sociedad de gananciales? ¿O es quizá una inconsistencia difícilmente admisible? Si las cosas son lo que son, con independencia de cómo se presenten, ¿nos satisface esa explicación?

La posibilidad de distinguir entre un antes y un después de la sociedad de gananciales juega un papel relevante para las utilidades de los derechos privativos, pues si se perciben estando vigente la sociedad se consideran gananciales. Ahora bien, si el ingreso se recibe *una tantum y constante societatis*, ¿debería considerarse todo él ganancial? Si se tiene en cuenta el tiempo para el que se otorga la atribución (en nuestro caso, la vida del beneficiario), debería distinguirse la parte de esta que corresponda al periodo en que la sociedad siga vigente y la parte correspondiente al tiempo posterior hasta el total del tiempo considerado. Esta distribución en el tiempo de la cantidad percibida no es desconocida por el TS, que la utiliza –por ejemplo– para determinar la parte de indemnización por despido que debe considerarse privativa o ganancial<sup>4</sup>: la

<sup>3</sup> Según el artículo 210.2.g del Código de Derecho Foral de Aragón, son bienes comunes «las cantidades devengadas por pensiones cuya titularidad corresponda a cualquiera de los cónyuges, salvo lo dispuesto en el artículo 212», que aclara (en su apartado c) que «las titularidades de pensiones de cualquier clase y las de los contratos de seguros» son privativas.

<sup>4</sup> Para justificar que el elemento temporal debe jugar un papel en la calificación de la indemnización por despido, la STS 2902/2008, de 18 de junio (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), dice que aplica matizadamente la doctrina contenida, entre otras, en las SSTs 26-VI-2007 o 29-VI-2005, para las 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 privativa»: por una parte, a) la fecha de percepción del emolumento; por otra b), distinguir que el derecho a cobrar esas prestaciones es privativo, pero los rendimientos de esos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales tienen carácter ganancial. Pues bien, aplicando esos criterios al caso de la indemnización por despido, la sentencia citada entiende que se trata de «la compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las ganancias derivadas del contrato (...): tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponda a los años trabajados durante el matrimonio; sobre la base del número de años trabajado (la indemnización por despido se calcula sobre esta base) no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales». En la doctrina, RAGEL ha criticado esta jurisprudencia para defender que la indemnización por despido es un bien privativo del cónyuge despedido, porque se trata del resarcimiento por daños inferidos a bienes privativos (artículo 1346.6° CC)» (RAGEL, 2017, pp. 147 y 148: «el despido lesiona ese bien privativo (el puesto de trabajo) y la indemnización por despido sigue la misma condición que el bien lesionado porque trata de compensar el quebranto sufrido por la pérdida de ese derecho a un puesto de trabajo concreto»; a lo que añade que «la indemnización es un bien privativo, pero si la suma obtenida se deposita en una entidad de crédito en una imposición a plazo, los intereses que se devenguen serán

indemnización por despido se determina en función –entre otros criterios– de la duración de la relación laboral con el trabajador despedido y el TS considera relevante que durante ese tiempo el trabajador se encontrara ganando para sí o para la sociedad de gananciales, de manera que la parte de indemnización que corresponda al tiempo que ganó para la sociedad sea ganancial. Si se quisiera mantener un cierto paralelismo con esta idea, la indemnización por incapacidad debería distinguir, dentro del tiempo para el que la ayuda está prevista, el tiempo en que siga vigente la sociedad (la ayuda recibida durante este período sería ganancial) y el tiempo en que esta ya no exista (la ayuda recibida no habiendo sociedad sería privativa). Luego volveremos sobre ello.

Retomando la trama principal, para la STS 25-III-1988 el trabajo es un bien/derecho privativo cuyos rendimientos patrimoniales son gananciales, salvo en los casos expresamente previstos por el Código (artículo 1346 CC). Esta lógica aplicable a todas las utilidades está presente en no pocas sentencias del TS, hasta el punto de que podría considerarse jurisprudencia consolidada en materia de «rendimientos del trabajo». Parece razonable, por tanto, que consideremos esa jurisprudencia y comprobemos si el TS se ha apartado de ella al considerar ese ingreso como privativo, como si fuera el valor en que se tasa un bien inherente a la persona o la indemnización de un bien privativo, esto es, como si no fuese un «rendimiento del trabajo». Recordemos que la STS 25-III-1988 decía de esta opinión (que era la del recurrente) que «estima erróneamente que en esa capacidad se ha subrogado la indemnización», porque «*confunde aquella capacidad laboral con sus rendimientos económicos*»: ¿la ha confundido ahora el TS?

### 3. EL ENFOQUE «PATRIMONIAL» DEL TRATAMIENTO DE LOS INGRESOS DE CONTENIDO ECONÓMICO DISTINTOS DEL SALARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS 8381/1999, de 22 de diciembre (MP: Luis Martínez–Calcerrada Gómez) dice de una indemnización por prejubilación que «no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que las consecuencias de la nueva situación laboral de D. Darío, que ha obtenido después la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y, en este sentido, es ajena a los principios del régimen de la sociedad de gananciales. Sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (art. 1346.3 del Código Civil). No obstante lo anterior, la respuesta dada al tema de los frutos devengados por dicha indemnización (...) encuentra justificación

---

gananciales. También serán gananciales las prestaciones por desempleo que perciba el cónyuge despedido porque esas cantidades sustituyen a los salarios». Sin embargo, como veremos, considerar que la indemnización por despido representa el valor de un bien personalísimo es desconocer que esa indemnización se determina en función del tiempo trabajado y que debe tener en cuenta el lucro cesante que el despido impide obtener, que hubiera sido ganancial (frente a otras interpretaciones que justifican la privacidad de toda la indemnización por considerar que corresponde a un daño moral).

en el artículo 1347.2º del Código Civil, que atribuye naturaleza ganancial a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, y no empece lo hasta ahora argumentado».

Esta sentencia, como otras tantas, se sitúa en la tradición doctrinal y jurisprudencial ya referida que distingue la calificación de un derecho (ganancial o privativo) y la de sus rendimientos (siempre gananciales constante la sociedad ex artículo 1347.2º CC). Desde esta perspectiva, parece claro que cuando una inversión realizada con bienes privativos genera intereses o alguna otra utilidad, estos serán gananciales. Ahora bien, cuando una atribución se percibe de golpe –aunque su función asistencial sea para todo el futuro del beneficiario– la sentencia es partidaria de considerarlo privativa, por corresponderse con un bien privativo; no se plantea la posibilidad de transformarlo en una pensión que se distribuya en el tiempo, primero en sociedad y luego en solitario, de manera que se considere primero ganancial y después privativa.

Para la jurisprudencia es habitual distinguir la condición (ganancial o privativa) de un derecho o bien (la titularidad) y la de sus rendimientos, pero no parece haber un criterio claro para caracterizar qué son (bien privativo o rendimiento ganancial) las atribuciones que podrían recibirse bien *una tantum* bien como pensión periódica, lo que no debería alterar su condición. En nuestro caso, la sentencia de 1988 consideró la atribución como un rendimiento; y la de 2017 la ha asimilado a un bien. Si tratamos de poner orden en los términos habitualmente usados, se habla del «interés» como rendimiento típico del dinero, del «salario» como rendimiento típico del trabajo, y de la «renta» como rendimiento típico de la cesión de uso de un bien o derecho, etc., y todos ellos (intereses, rentas, salarios...) se consideran gananciales ex artículo 1347 CC. La «pensión» puede provenir también de un contrato oneroso y recíproco como los anteriores, como cuando se intercambia una renta vitalicia por un capital, pero también se denomina «pensión» a la prestación social que se sufraga en parte con la cotización del beneficiario, en parte con todo un complejo sistema de seguridad social propio de la justicia distributiva. Salvo en el caso del contrato, en el que la «pensión» es el rendimiento del capital, las otras «pensiones» no pueden considerarse «rendimientos» o «utilidades» en sentido estricto; sin embargo, se consideran igualmente gananciales ex artículo 1349 CC, y no parece ajeno a esta idea el hecho de que la pensión del jubilado sea lo más parecido (funcionalmente) al que fue su salario. Si este era ganancial, ¿por qué debería dejar de serlo aquella?

La distinción entre la titularidad de un derecho y la atribución de sus rendimientos es teóricamente clara, pero choca en la práctica con algunos supuestos que plantean problemas. Celia Martínez Escribano comenta que «la principal dificultad (...) surge con relación a ciertos derechos de contenido económico que se reconocen a uno de los cónyuges en su ámbito laboral distintos de la remuneración por su trabajo, como son las indemnizaciones por despido o por jubilación anticipada. Se ha discutido si deben reputarse ganancias comunes a los cónyuges o si forman parte de los derechos patrimoniales inherentes a un cónyuge a los que el art. 1346.5ª atribuye carácter privativo». La autora sintetiza, a grandes rasgos, la doctrina jurisprudencial: «a) La pensión de jubilación percibida después de la disolución de la sociedad de gananciales pertenece al cónyuge que la ha generado con su actividad laboral, y su nacimiento y extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales de él. b) La indemnización por jubilación anticipada no retribuye el trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida del trabajo por jubilación anticipada, con un clara proyección de futuro, por tanto, si se produce después de la separación

legal, pertenece al cónyuge que la percibe. c) La indemnización recibida en virtud de un póliza de seguros que cubre un riesgo de invalidez es distinta al derecho al trabajo, es una consecuencia económica de éste, y, si se percibe vigente la sociedad de gananciales, tendrá carácter ganancial. d) Los planes de pensiones del sistema de empleo tienen carácter privativo si se hacen efectivos disuelta ya la sociedad de gananciales y siempre que ésta no haya hecho ninguna inversión en el referido plan. Aunque es un prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento en su patrimonio, sino que pasa a formar parte de un fondo de pensiones gestionado por un tercero, y el trabajador sólo puede obtener los beneficios del plan de pensiones si se cumplen las condiciones previstas, como pueden ser la jubilación, o la invalidez, y mientras estas circunstancias no se produzcan, no tendrá derecho a obtener ninguna cantidad. e) La indemnización por despido improcedente tiene carácter ganancial si se percibe durante la vigencia de este régimen, y se considera un bien propio de quien la percibe cuando sea posterior a la disolución de la sociedad de gananciales».

Los «criterios generales que inspiran» a la jurisprudencia en esta casuística serían dos, el temporal y el de distinción entre bienes y rendimientos. En los términos tomados de la STS 4448/2007, de 26 de junio –MP: Encarnación Roca Trías– (en la nota 4, la STS 18-VI-2008 los aplica a la indemnización por despido), se trataría de «1) la fecha de percepción de los emolumentos, pues si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán este carácter, y si se adquieren con posterioridad, serán privativos –se entiende disuelto el régimen en la fecha de la firmeza de la sentencia de separación–; y 2) la distinción entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que debe considerarse como un componente de los derechos de la personalidad y por tanto no es ganancial, y los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que tendrán ese carácter. Esta idea se desarrolla en las SSTS 18-III-2008 y 28-V-2008: el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo y desarrollar las capacidades laborales, es un bien privativo, un derecho inherente a la persona del artículo 1346.5<sup>a</sup>, y el beneficio que se obtiene con el ejercicio del derecho al trabajo es ganancial, incluido en el artículo 1347.1<sup>o</sup>. Aunque algunas veces se ha considerado que la indemnización sustituye la pérdida de un derecho privativo –el derecho al trabajo– y, por tanto, no debe tener la condición de ganancial, este argumento no resulta convincente para las citadas sentencias “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 (...) constituye una compensación por el incumplimiento del contrato, y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias (...). 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 ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1 resulta ganancial”»<sup>5</sup>.

Existe, por tanto, un notable intento doctrinal y jurisprudencial por poner orden en la calificación de esas atribuciones, lo que no ha impedido que existan opiniones contradictorias en las Audiencias Provinciales para cada uno de los supuestos. Si la STS 25-III-1988 se encontraba en esta línea de considerar gananciales todos los rendimientos patrimoniales ligados al trabajo y recibi-

<sup>5</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2010, p. 1488. Resume esta misma doctrina jurisprudencial SERRANO FERNÁNDEZ, 2011, p. 963.

dos *constante societas*<sup>6</sup>, ¿debería considerarse que la STS 14-XII-2017 se aparta de dicha doctrina?

#### 4. LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

La sentencia parte del siguiente estado de la cuestión: en esta materia no existe jurisprudencia, pues «la única sentencia de la sala que se ocupa de la indemnización por invalidez permanente absoluta pagada a un cónyuge por un seguro de grupo concertado por la empresa en la que trabajaba es la sentencia de 25 de marzo de 1988. Hay otras sentencias sobre otras “pensiones e indemnizaciones”, que tienen otra naturaleza y cumplen con otra función, como ocurre con las sentencias sobre indemnización por despido que se cobra vigente la sociedad de gananciales, sobre la indemnización por despido que se cobra después de la vigencia de ésta, sobre planes de pensiones contratados por la empresa, sobre jubilación anticipada, sobre pensión de jubilación. Lo que caracteriza a estas “prestaciones e indemnizaciones” es que cubren riesgos o acontecimientos de diferente naturaleza y, por tanto, cumplen distinta función. Por otra parte, han podido recibirse en todo o en parte vigente la sociedad de gananciales, bien como pensión periódica bien como pago de un capital». Y concluye: «de ahí que, en cada caso, deba analizarse el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones y de las pensiones en función de su naturaleza sustitutiva del salario o del carácter compensatorio que de un bien privativo deba imputárseles».

Sin duda, el planteamiento es impecable, pero merece alguna observación. Es verdad que por el principio de subrogación real, el bien que se recibe en lugar de un bien privativo es igualmente privativo (artículo 1346.3º CC), pero el propio Código se encarga de dar otro trato a supuestos que bien podrían ampararse en esa norma. Así, el salario de uno cualquiera de los cónyuges retribuye su trabajo y nadie negaría que el trabajo es privativo y que el derecho a cobrar el salario es privativo del trabajador; lo que no impide que, una vez obtenido, forme parte de los bienes que los cónyuges tienen en común (artículo 1347.1º CC): el trabajo es privativo pero el salario obtenido con él –su rendimiento– es ganancial. Desde otra perspectiva, la indemnización recibida por cualquiera de los cónyuges constante matrimonio podría parecer una ganancia y, por tanto, reputarse ganancial; sin embargo, el artículo 1346.6º CC corrige esa apreciación para afirmar que si lo que se indemniza son daños causados a la persona de un cónyuge o a sus bienes privativos, la indemnización será igualmente privativa. Este no deja de ser un caso particular de «subrogación», como explica la doctrina<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Considérese también que, en la interpretación clásica del artículo 1346.5º CC, la patrimonialidad de los rendimientos típicos de algunos derechos que se encuentran indiscutiblemente amparados por el precepto, como el derecho de autor, se consideran igualmente gananciales. Así, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «el derecho de explotación económica de la propia imagen (por ejemplo), es privativo. En cambio los rendimientos de todo tipo que se obtengan de esos bienes de la persona durante la vigencia de la sociedad de gananciales deben considerarse gananciales» (1989, p. 228). Desde esta perspectiva, el precio por ceder mis derechos de explotación sería privativo, pero los rendimientos por explotarlo serían gananciales. Pero, ¿es esta situación equiparable a la de recibir una «indemnización» por despido, por invalidez, por jubilación, etc.?

<sup>7</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224. El autor considera que las «indemnizaciones de daños» sufridos por un bien privativo o recibidas del seguro que cubra ese daño son bienes «adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos». También LACRUZ

Ciertamente, las indemnizaciones pueden resarcir los daños causados a bienes privativos, personales o patrimoniales (daños emergentes), pero también pueden y deben resarcir los daños causados a los bienes comunes y las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante), que serían gananciales. Por ejemplo, el lucro cesante por no haber podido vender un coche privativo es un lucro privativo del cónyuge/propietario/vendedor; pero el lucro cesante por no haber podido ir al trabajo, o haber tenido que reducir la jornada laboral, o no haber sacado la utilidad esperada al coche (alquilarlo durante el verano, que era lo previsto) es un daño/lucro cesante típicamente ganancial. No parece discutible que ese lucro forma parte de la indemnización que recibe un cónyuge por un accidente en el que el daño principal sea psicofísico (daño personal privativo) y/o moral (privativo igualmente). No hay ningún motivo para entender que el artículo 1346.6° CC ha querido simplificar ese panorama diferenciado. La indemnización recibida por un cónyuge no es por tanto automáticamente privativa, habrá que atender a la naturaleza del bien lesionado y a la de los rendimientos que hubiese podido generar. Por eso mismo, no se puede pretender que –por ejemplo– la indemnización por despido no tenga que ver con ese lucro cesante ganancial y con el hecho de que el empleado haya trabajado durante más o menos tiempo al servicio de la sociedad de gananciales.

Si se trata de la intromisión en un derecho de autor ajeno (privativo *ex* artículo 1346.5° CC) y el intromisor queda obligado a abonar la licencia que tuvo que haber pagado para realizar lícitamente su acción, surge la cuestión de si esa licencia (medida de la reintegración del derecho usurpado) es privativa o ganancial. Ciertamente, para determinar dicha licencia se acude al mercado, esto es, se pone un «precio» a la usurpación, pero eso no quiere decir que ese derecho de autor (privativo) se hubiera explotado voluntariamente, ni –por tanto– que se hubiera obtenido un rendimiento en esa medida (ganancial *ex* artículo 1347 CC). Esa licencia es únicamente la operación que ayuda a determinar el valor de reintegración del derecho absoluto (o con un contenido de atribución monopolístico) usurpado. Por ese motivo, me inclino a pensar que el valor de reintegración de un bien privativo es igualmente privativo y, en este sentido, está más cerca de una «indemnización» que de un «rendimiento» por explotación, aunque para su cómputo se acuda al mercado<sup>8</sup>.

Volvamos ahora a la sentencia. Esta habla de que tanto las «pensiones» (asistenciales) como las «prestaciones» (en cumplimiento de obligaciones contractuales) o las «indemnizaciones» (por responsabilidad contractual o extracontractual) deberían recibir un tratamiento diferenciado según la función que estén llamadas a cumplir. Lo que parece correcto. A partir de aquí, entiendo que «*concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo*». He subrayado de propósito la palabra *indemnización* porque entiendo que al escoger esta caracterización (entre otras posibles) la Sala ya está anticipando cuál va a ser

---

BERDEJO opina que «en el nuevo art. 1346.6° se podría entender que la condición privativa del resarcimiento se explica como un supuesto de subrogación o sustitución, lo mismo cuando los daños se causan a objetos del patrimonio que cuando se infieren a la persona; pero en este segundo supuesto se habrá de distinguir entre el daño físico y el moral: en el caso de daño moral resultaría un tanto atrevido hablar de subrogación; piénsese en el resarcimiento conseguido a consecuencia de injuria o calumnia» (1984, p. 415).

<sup>8</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224. El autor da el mismo tratamiento al «modulo licencia» que al «lucro cesante».

su parecer. Las razones que aporta son dos: 1) en ausencia de norma aplicable, se debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce; y 2) en este caso se trata de la incapacidad permanente para trabajar y del derecho que esta otorga para obtener una pensión o ayuda económica. De la naturaleza y función de esa ayuda recibida por la invalidez permanente se sigue que ésta «guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5° CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6° CC, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común)». Esta es, podría decirse, la ratio decidendi de la sentencia. Ahora bien, ¿qué hace que la incapacidad permanente sea más inherente a la persona –de manera que tanto su valor como su rendimiento sean privativos– que la *capacidad de trabajo* (privativa), que da derecho al salario –rendimiento *ope legis* ganancial–?

## 5. LO QUE LA SENTENCIA NO ACLARA

A Lourdes López Cumbre le parece que la sentencia no distingue suficientemente, de una parte, el título jurídico de la atribución patrimonial (la titularidad de cierto derecho) y, de otra, el emolumento en que se capitaliza ese título. Desde esa perspectiva, la invalidez no es más personal o personalísima que la capacidad de trabajar; si el trabajo, siendo privativo, obtiene un rendimiento ganancial (constante la sociedad) por deseo del legislador, no se entiende que lo obtenido por la invalidez deba considerarse privativo alegando su especial conexión con la personalidad. Aunque el derecho a trabajar y el crédito al salario sean privativos del trabajador, el artículo 1347.1 CC ha decidido –por la *ratio* que informa el régimen legal de gananciales– que el salario percibido sea ganancial. La sentencia comentada alude a que la fuente de la ganancia es privativa; pero habría que responderle que con eso no basta, que se necesita concluir si lo generado por ésta también lo es<sup>9</sup>: ¿Qué se ha recibido? ¿Algo asimilable al salario o a la pensión que lo sustituye (artículo 1347.1° CC)? ¿Algo que sustituye un bien inherente a la persona –artículo 1346.5° CC– cuyo rendimiento es igualmente privativo? ¿O algo que repara la lesión de un bien privativo o la ganancia dejada de obtener gracias a ese mismo bien?<sup>10</sup>.

En el fondo se trata de responder a la pregunta sobre qué es lo que ha recibido realmente ese trabajador: ¿el valor de un derecho inherente (privativo) o alguna de sus utilidades (gananciales)? ¿el valor pecuniario de un bien o de su rendimiento? Me resulta palmario que es erróneo afirmar que el ingreso recibido representa el valor de la invalidez (si se quiere, de la capacidad perdida); es más bien la invalidez (como mal, como suceso que apela a determinados mecanismos de justicia social, como siniestro que activa el contrato de seguro) la que da derecho (en nuestro caso, derecho *contractual*) a una ayuda o prestación, y esta perspectiva nos sitúa más cerca de la lógica de las utilidades patrimoniales ligadas al trabajo (la empresa ha concertado un contrato en beneficio del trabajador para el caso de que concurra el siniestro de su incapacidad laboral) que a la lógica de la compensación por pérdida de determinados bienes personalísimos/intrasmisibles (por ejemplo, el valor de mis derechos de imagen) o la indemnización que repara un bien exclusiva-

<sup>9</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 202 y 203.

<sup>10</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 203 y 204.

mente privativo (el resarcimiento del daño sufrido por no poder trabajar), como si el lucro cesante por no poder trabajar no estuviera por medio para justificar esa «indemnización» (*rectius*, prestación).

Explica la autora mencionada que, desde una perspectiva técnica, los seguros contratados por las empresas para reforzar las pensiones que en su caso cubren la invalidez permanente absoluta de los trabajadores son «mejoras voluntarias sobre las pensiones o prestaciones de la Seguridad Social», y que la finalidad de esa protección complementaria es aumentar el nivel de ingresos y de cobertura social del beneficiado en caso de que se produzca el siniestro, manteniendo en lo posible el nivel del salario cuando la pensión pública no llegue hasta este<sup>11</sup>. Sobre la naturaleza de esta «mejora», opina que se pueden proponer tres hipótesis: «atribuirle naturaleza salarial –vinculadas a la actividad por cuenta ajena del trabajador–, indemnizatoria –resarcen un daño sufrido por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral– o prestacional –complementan una pensión o prestación del sistema, por lo que mimetizan su función y finalidad con aquello que complementan–»<sup>12</sup>. Si se trata de un beneficio de naturaleza salarial, se aplicaría el artículo 1347.1º CC; si estamos ante una indemnización, el artículo 1346.6º CC; y si se trata de complementar una pensión que cumple una finalidad asistencial, su destino debería ser el mismo que el de ésta: como la pensión por incapacidad suele recibirse de forma periódica<sup>13</sup>, resultará ganancial *ex* artículo 1349 CC<sup>14</sup>.

La «mejora» o «complemento» de la pensión por invalidez *no es salario*, pues no se genera por trabajar, sino por no poder trabajar y, en este sentido,

<sup>11</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, p. 205.

<sup>12</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, p. 206.

<sup>13</sup> La STS 2902/2008, de 18 junio 2008 (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) nos dice que «por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa, como afirma la sentencia de 29 junio 2000. La de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que el recurrente consideró que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el «hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial»; la sentencia desestima el motivo porque la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Asimismo, la sentencia de 20 diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido “ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el art. 1358”». Parece claro que la pensión obtenida una vez liquidada la sociedad es privativa, porque el derecho a dicha pensión es privativo; lástima que no se plantee qué hubiese ocurrido de haber cobrado el trabajador su pensión de golpe. La STS 20 diciembre 2004 dice compartir el criterio de la sentencia de instancia por el que, según el artículo 1362 del Código Civil, «serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º) el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia», de donde deduce que «vigente el matrimonio el dinero que cobraba el esposo se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia, pero una vez disuelto no puede entenderse que subsiste dicha obligación sin que por ello, el camino de considerar como ganancial la pensión del marido sea válido ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no es tampoco aplicable el art. 1358». Con lo que el resultado viene a ser el mismo, aunque evite pronunciarse sobre la naturaleza de la pensión *constante societas*. Pero téngase en cuenta que la solución «el ingreso es privativo aunque sujeto al mantenimiento de las cargas comunes» es la misma que si los cónyuges hubieran optado por otro régimen matrimonial, cuando en realidad lo habían hecho por la sociedad de gananciales.

<sup>14</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 204 y 207.

«sustituye» a éste como puede hacerlo una pensión u otra prestación de cobertura social. *Tampoco es una indemnización*, pues la mejora no gira en torno al daño concreto sufrido (no es un seguro que cubra la posible responsabilidad civil de otro) sino a la circunstancia genérica prevista como siniestro, que en este caso es la declaración de invalidez permanente, como ocurre en el propio sistema de Seguridad Social. Parece por tanto que habrá que concluir que la «mejora» complementa a la pensión, participa de su misma naturaleza y conforma con ella una unidad inescindible, por lo que su destino jurídico debería ser el mismo que el de la prestación asistencial que forma parte de las condiciones laborales en las que un trabajador ha desempeñado su trabajo<sup>15</sup>. Nadie podrá negar que la titularidad de la pensión es privativa, ni que sus frutos, rentas, intereses o «pensiones» devengados vigente la sociedad son gananciales (*ex* artículo 1349 CC). Y estas calificaciones deberían ser las mismas con independencia de la modalidad de cobro, esto es, de que se perciba en forma de capital o en forma de renta periódica. Es un error pensar que una mejora abonada en forma de capital deba considerarse «indemnización» (y por tanto privativa *ex* artículo 1346.6° CC) en tanto que si se abona como renta debería ser calificada como pensión (ganancial *ex* artículo 1349 CC), pues parece sensato que no se modifique la naturaleza de la mejora en función de su forma de pago<sup>16</sup>. Ahora bien, la pensión (periódica) incorpora una dimensión temporal de la que carece la indemnización que se cobra de una vez.

Si la naturaleza de la mejora es la misma que la de la pensión a la que complementa, su tratamiento debería ser el mismo que recibe ésta. Mientras se cobre *constante societas*, deberá ingresar en el patrimonio societario. Pero parece que de este modo se llega a un dilema: si se mantiene que «la indemnización» es privativa, como afirma el TS, se estará diciendo que ese es el valor patrimonial del derecho a trabajar o la indemnización que resarce un daño exclusivamente privativo (no poder trabajar), lo que no parece aceptable; que la solución hubiera sido diferente si el ingreso se hubiese recibido como pensión, lo que no parece consistente; y que la solución no encaja con la jurisprudencia sobre los rendimientos patrimoniales del trabajo, lo que debería justificarse. Pero si se mantiene que es ganancial, parece ignorarse lo que pueda ocurrir a continuación, pues en los casos enjuiciados ocurría que la sociedad concluía poco después de haberse recibido la ayuda, y no parecía razonable –la actitud del TS es significativa– que todo el ingreso se considerara común. Todo parece indicar que resulta oportuno introducir el tiempo en la solución: que la mejora sea común mientras dure la sociedad.

## 6. EL TIEMPO, LOS RENDIMIENTOS Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si la pensión se recibe de golpe estando vigente la sociedad, ¿debería considerarse toda ella ganancial, o habría que distinguir en función del tiempo para el que estuviese prevista, de manera que sea ganancial en parte, mientras dure la sociedad, y privativa cuando ésta desaparezca? Si la naturaleza de lo recibido no cambia por el hecho de que se perciba de una forma u

<sup>15</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 208 y 209.

<sup>16</sup> LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 211 y 212.

otra, el que se atribuya por completo estando vigente la sociedad no debería provocar que todo el ingreso se considere ganancial. Si la función de ese ingreso es completar la pensión por invalidez para los años de vida que resten al trabajador, lo será con independencia de que haya o no sociedad de gananciales, o mejor, de que la haya por un tiempo y luego no. Si lo recibido estando vigente la sociedad tiene la función de asistir al beneficiario hasta que éste muera no debería considerarse ganancial –sin más y para siempre– con independencia de lo que ocurra después; como tampoco se puede ignorar que esa ayuda se otorga a un sujeto que (en el momento en que se recibe) es miembro de una sociedad de gananciales porque quiere. No tendría sentido interpretar que la función asistencial de esa mejora se presta exclusivamente en provecho del beneficiario, excluyendo la sociedad de la que forma parte, pues es él quien ha querido (y mientras quiera) hacer comunes las utilidades de sus capacidades. Parece razonable que, por la función asistencial que cumple, el rendimiento que genera la pensión sea ganancial mientras dure la sociedad y deje de serlo cuando ésta desaparezca. No se opone a esta solución el que dicha ayuda se reciba de golpe, pues podrá hacerse una sencilla estimación de la parte de mejora que corresponda al tiempo en que la sociedad siga vigente respecto del hipotético tiempo total que se haya tenido en cuenta para determinar la prestación. Es inevitable que en el momento en que se percibe la mejora no se sepa exactamente por cuánto tiempo se podrá disfrutar, pero eso no quiere decir que no se pueda estimar la posible duración de la vida del beneficiario, teniendo en cuenta su estado de salud, etc., y separar la parte correspondiente al tiempo en que vivió en sociedad y la parte que corresponda al tiempo posterior. Pongamos que el beneficiario de una ayuda por incapacidad laboral enviuda y años después vuelve a casarse en régimen de gananciales; pues tendría todo el sentido que la mejora (como la pensión) fuese primero de la sociedad hasta la muerte del cónyuge, privativa mientras el beneficiario quedó soltero, y ganancial desde que se instauró una nueva sociedad de gananciales.

La mejora voluntaria (contratada por la empresa del beneficiario con una aseguradora) que completa la pensión por invalidez debería recibir un tratamiento diferenciado que se adapte a las vicisitudes personales del beneficiario: la parte de ingreso que corresponda a los años en los que siga vigente la sociedad debería quedarse en la sociedad porque su función es la misma que la de una pensión y, en el fondo, que la del salario (aunque aquellas se reciban por no poder trabajar y este por trabajar), en tanto la parte de ingreso correspondiente al tiempo posterior –extinguida ya la sociedad– debería atribuirse exclusivamente al cónyuge o ex cónyuge titular del derecho a la pensión y a su mejora. La mejora contractual de una pensión cumple la misma función que esta y por ello es siempre *un rendimiento* del derecho a una prestación asistencial. Cuando la aseguradora paga al beneficiario está cumpliendo el contrato que le une a la empresa. La justicia de considerar esa atribución como un rendimiento y no como una indemnización es incluso más clara en nuestro supuesto que en el de la indemnización por despido, pues en el despido –improcedente– existe un incumplimiento contractual que puede causar daños en bienes privativos cuya indemnización es igualmente privativa *ex artículo 1346.6° CC*; de hecho, los autores partidarios de que esa indemnización por despido sea exclusivamente privativa se apoyan en que se está indemnizando un daño moral. En nuestro caso, la equivalencia funcional de la pensión y su mejora con el salario es mayor, aunque aquella se reciba precisamente por no poder obtener este.

## 7. CONCLUSIÓN

El juez debería diferenciar el tiempo en el que la mejora de la pensión ha sido común por corresponder al período en que estaba vigente la sociedad, y el período en que la mejora resulta exclusiva del beneficiario por haberse extinguido esta. Tal y como se ha sugerido, existe una dificultad inicial para llevar este planteamiento a la práctica y es que, por definición, no es posible calcular de antemano el tiempo para el que se concede la mejora (hasta que muera el beneficiario). Sin duda, no deja de ser una cifra determinable estadísticamente, con la que habrán tenido que contar tanto la aseguradora –para la mejora– como el sistema público de seguridad social –para la pensión–, pero el juez debe dar una solución concreta al caso y quizá se sienta inseguro al tener que determinar la parte de la mejora que corresponde a la sociedad (por el tiempo en que esta siga vigente) a partir de una previsión estimativa de los años para los que se concede la prestación. Pero parece razonable que lo haga y que no rehúya esa dificultad hasta el punto de limitarse a optar, como hasta ahora, por un «todo o nada», esto es, ganancial (por completo) o privativo (también por completo); y precisamente por ello, tanto la vieja solución (STS 25-III-1988) como la nueva (STS 14-XII-2017) merecen ser revisadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1984.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Comentario a la STS 14 de diciembre de 2017. Valor privativo o ganancial del complemento empresarial por incapacidad permanente del trabajador», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, sept–dic 2018, pp. 195–215.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Comentario al artículo 1347», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1488–1491.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- «Comentario al artículo 1346», en *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 637-644.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *El régimen de gananciales*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *La sociedad de gananciales*, Madrid, Tecnos, 1992.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Comentario al art. 1346», en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, III, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 958-966.