

REGIMÉN ECONÓMICO MATRIMONIAL: LAS RELACIONES FAMILIARES DE LA FAMILIA EMPRESARIA Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LA PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Beatriz Alonso Herranz

Abogado ICAM

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es poner de relieve la importancia de la previsión como el elemento más valioso para respaldar los intereses de la empresa familiar y, a su vez, para tener controlado el poder de gestión de la empresa. La conservación de la empresa precisa la utilización de los mecanismos necesarios en vida con el fin de no dispersar el patrimonio familiar. Uno de estos mecanismos se apoya en la elección del régimen económico del matrimonio.

Palabras Clave: Familia, Empresa Familiar, Régimen Económico, Capitulaciones, Protocolo Familiar.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende desarrollar el estudio de la empresa familiar (en adelante EF) desde la perspectiva del análisis económico, de viabilidad y continuidad de la EF frente a situaciones de crisis que afectan a los miembros de la familia. La importancia de tener previstas estas situaciones en un documento marco, el Protocolo Familiar que, considerado como un contrato, es de carácter obligatorio para todos los firmantes, toda vez que el Protocolo Familiar (en adelante PF) es el documento que diseña la organización de la EF no sólo en el terreno mercantil sino y, sobre todo, en el de las relaciones de los miembros de la familia empresaria con la EF.

A pesar de la importancia tanto cualitativa como cuantitativa de las EF en todas las sociedades y con independencia de cuál sea su nivel de desarrollo económico, apenas ha sido objeto de estudio formal desde un punto de vista estrictamente civil en cuanto a la vertiente familiar de la misma y al objeto de la preservación de la EF y su continuidad en el tiempo. Es a partir de los trabajos pioneros de Gary Becker¹ cuando surge un nuevo concepto de economía familiar aplicable a la EF, en el aspecto objeto de estudio en el presente trabajo. Este nuevo enfoque se centra en resaltar la influencia de las decisiones de tipo estrictamente familiar como pueden ser los nuevos grupos familiares que se crean dentro de la EF como consecuencia de la incorporación a la familia de nuevos miembros extraños a ésta tanto por matrimonio o análoga relación de afectividad como por nacimiento o, incluso, adopción; qué régimen debe regir las uniones de los miembros familiares con personas ajenas a la familia; las consecuencias de las rupturas para la EF (separación, divorcio o nulidad); situaciones de contingencia de los miembros directivos (incapacidades temporales por enfermedad, accidentes o similares; o definitivas como la

¹ Becker, G. (2005). A theory Allocation of Time. *Economic Journal*, 493-517. El mismo autor en (1981). *A Treatise on the Family*. Harvard University Press.

jubilación o el caso más extremo el fallecimiento) y el problema de la sucesión; la capacitación profesional exigible a los miembros de la familia para incorporarse a la EF, entre otras infinitas cuestiones que deben ser tenidas en cuenta.

La familia define sus límites a partir de vínculos de parentesco entre personas estrechamente relacionadas. Estos límites son aceptados por todos aquellos miembros de la familia que, además, forman parte de alguna manera de la EF. Estos pactos se plasman en el PF como documento necesario para el Buen Gobierno de la EF, la continuidad y viabilidad de la misma. Considerado el PF² como contrato marco que fija unas directrices generales para que alcance plena eficacia y vinculación jurídica se hace necesario su desarrollo a través de otros instrumentos jurídicos estrechamente vinculados al mismo como son su coordinación con los estatutos sociales, los denominados pactos extraestatutarios o parasociales, las capitulaciones matrimoniales o pactos de convivencia y el testamento.

LA EMPRESA FAMILIAR EN CIFRAS

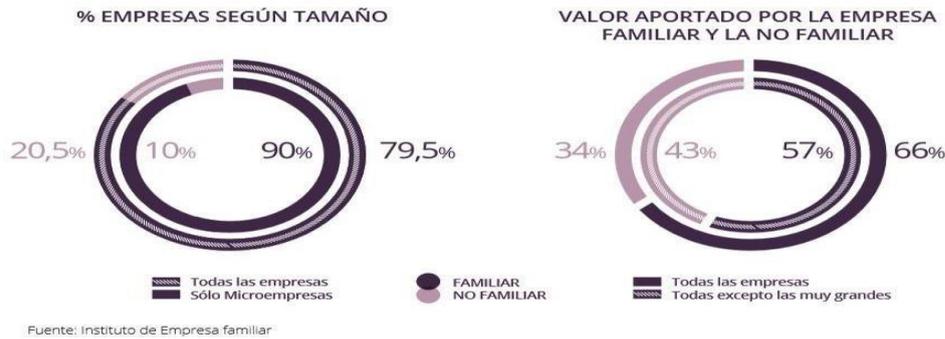
La EF es el tipo de compañía con más presencia en España y en el mundo. En concreto en España, se estima que 1,1 millones de empresas son familiares, el 89 por ciento sobre el total de las empresas. Asimismo, la EF es el mayor generador de empleo, actualmente alcanza el 67% del empleo privado. También las EF son responsables de la mayor parte del PIB del sector privado, con un 57,1%³.

% DE EMPRESAS SEGÚN TAMAÑO		
	FAMILIARES	NO FAMILIARES
Micro	90%	10%
Resto	79,5%	20,5%

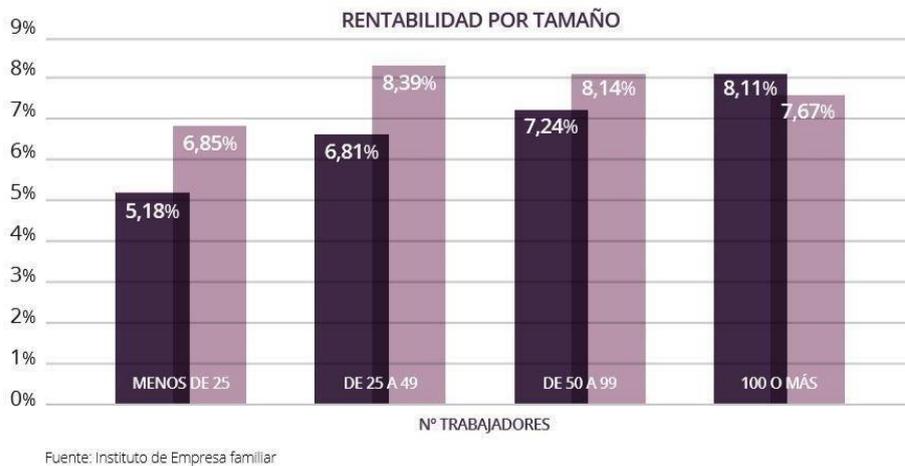
Fuente: Instituto de Empresa familiar

² Fernández-Tresguerres García, A. (2002). Protocolo Familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar. *Revista de Sociedades*, 19, 89-113. Cizur Menor: Aranzadi.

³ La Empresa Familiar en España 2023. Recuperado de <https://www.iefamiliar.com/publicaciones-categoria/encuestas-y-estadisticas/>. Consultado el día 13/08/2024



También son las que tienen un crecimiento del empleo mayor.



Como hemos avanzado, las EF son las organizaciones con más volumen de facturación y creación de empleo, a nivel global. En la Unión Europea, hay 17 millones de empresas que son familiares y que generan 100 millones de empleos. En Estados Unidos, las EF ocupan el 80% del entramado empresarial generan el 50% del empleo privado (Instituto de Empresa Familiar).



Un dato esencial para tener en cuenta es que la esperanza de vida media de las compañías hoy es inferior a la de hace 50 años. Sólo el 12% de las EF sobreviven hasta la 3ª generación y únicamente, el 3% llega a la 4ª. Estas tasas, reducidas, superan, no obstante, a las de las compañías de otra naturaleza. Un 20% de las 500 mayores empresas del mundo son familiares. Un porcentaje similar se encuentra entre las 100 mayores empresas españolas por facturación (Instituto de Empresa Familiar).

El régimen económico matrimonial, en defecto de capitulaciones matrimoniales, en el territorio común es la sociedad de gananciales y es éste el que rige las uniones conyugales de muchos empresarios españoles que se enfrentan en los próximos años al reto de la sucesión y continuidad de su proyecto empresarial. Sin embargo, no es la sucesión la única situación crítica a la que se enfrentan las EF con relación al “aspecto familiar” de la mercantil. En este sentido, las situaciones de ruptura de la convivencia familiar, es decir, el divorcio del empresario supone otro gran punto de inflexión en la continuidad del proyecto empresarial.

En ambos casos, divorcio o sucesión por fallecimiento, se produce la liquidación de la sociedad de gananciales cuando, en caso de divorcio, ha sido este régimen económico el que regulaba las relaciones patrimoniales constante el matrimonio. Además, no sólo debemos enfrentarnos a las dificultades derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial cuando una de las partes es empresario, sino que, además, derivado de ello, muy probablemente, nos vamos a encontrar con la entrada en la EF de personas que no son de confianza para el resto de los socios integrantes de la misma que pueden representar y, de hecho, representan una fuente de problemas para el normal desarrollo de la actividad social.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN DERECHO COMÚN⁴ Y SU INTEGRACIÓN EN EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO GARANTIA DE CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR

El Código Civil ⁵ (en adelante CC), regula los regímenes económico-matrimoniales en el Título III del Libro IV artículos 1.315 a 1.444. Díez Picazo y Gullón⁶ destacan tres principios básicos que inspiran el régimen económico- matrimonial en el

⁴ Vid. Álvarez de Linera Granda, P. (2021). *Aspectos de Derecho Civil de interés para la Empresa Familiar*. Madrid: AKAL

⁵ Código Civil. Real Decreto de 25 de julio de 1889. Gaceta de Madrid número 206. BOE- A- 1889-4763.

⁶ Díez Picazo, L. y Gullón, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Volumen IV. Madrid: Tecnos

Derecho español; el principio de libertad de estipulación de pactos, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges y el principio de mutabilidad del régimen económico

Los artículos 1.315⁷ y 1.325⁸ consagran el principio de libertad de elección del régimen económico matrimonial en el CC. En palabras de Díez Picazo y Gullón “se puede decir que, así como las llamadas relaciones personales entre los cónyuges y el conjunto de derechos y obligaciones atinentes a esa esfera presentan un marcado cariz de orden público, el régimen económico conyugal, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros es un asunto que concierne casi en exclusividad a los interesados”⁸⁹.

El principio de autonomía de la voluntad se ha convertido en el instrumento idóneo para adaptar las distintas instituciones del Derecho de familia a las necesidades de los cónyuges que organizan su vida en común en torno al matrimonio¹⁰. Este principio y, por tanto, el contenido de las capitulaciones matrimoniales encuentra su límite en lo dispuesto en el artículo 1.328¹⁰ del CC que consagra el que hemos denominado principio de igualdad entre los cónyuges.

Según el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de celebrado el matrimonio¹¹ y para su validez deberán constar en escritura pública. Desde la perspectiva del momento de la formalización de las capitulaciones matrimoniales se hace necesario acudir a lo dispuesto por el artículo 1334 del CC que establece que “todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en caso de no contraerse en el plazo de un año”. Como indican Díez Picazo y Gullón “las capitulaciones matrimoniales se conciertan con vistas a un matrimonio futuro, por lo que si éste no llega a celebrarse quedan sin efecto alguno”¹².

⁷ El artículo 1.315 del CC establece que “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”. ⁸El artículo 1.325 del CC dispone que “en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

⁸ Díez Picazo, L. y Gullón, A., “*Sistema de Derecho Civil...*” *Op Cit.*

⁹ Nieto Alonso, A. (2023). “Autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas horizontales de derecho de familia”, en García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M. (Dirs.). *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona*, 133-161. Madrid: Colex.

¹⁰ El artículo 1.328 del CC dispone “Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

¹¹ Según el artículo 1.326 del CC, “las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”.

¹² Díez Picazo, L. y Gullón, A., “*Sistema de Derecho Civil...*” *Op Cit.*

De lo dicho respecto a los caracteres del régimen económico matrimonial podemos deducir que los cónyuges tienen la posibilidad de organizar sus bienes de acuerdo con sus intereses particulares por medio de las capitulaciones matrimoniales, con respeto a los límites marcados por el legislador. Así pues, los capítulos matrimoniales coadyuvan a la organización de la EF¹³, de modo que, las capitulaciones matrimoniales permiten establecer disposiciones particulares respecto a la familia y la empresa y no sólo el régimen económico matrimonial¹⁵.

Resulta razonable entender que, si estas cláusulas¹⁶ con firmadas por los cónyuges o futuros contrayentes en el seno de un PF se elevasen a público, podrían ser plenamente eficaces no sólo entre las partes sino también frente a terceros pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.333 del CC¹⁴, a través del Registro Civil y, en su caso, del Registro de la Propiedad, resultarán oponibles a terceros las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

FACTORES DETERMINANTES DE LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Las circunstancias que llevan a los cónyuges a la hora de elegir el régimen económico por el que ha de regirse su matrimonio obedecen a una gran variedad de condicionantes incluso, la ignorancia sobre la existencia de regímenes económicos alternativos a la sociedad de gananciales. En el caso de los matrimonios en los que uno o ambos cónyuges sean empresarios, los condicionantes para la antedicha elección se

¹³ Borrel García, J. (2004). Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar, en Reyes López, M.^a J., *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y Empresariales*, 21-32. Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁵ Valmaña Cabanes, A. (2015). *El régimen jurídico del Protocolo Familiar*. Granada: Comares ¹⁶ Álvarez de Linera Granda, P. (2021). *Aspectos de Derecho Civil de interés...*, *Op. Cit.*

¹⁴ Artículo 1.333 del CC, “en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil, se hará mención, en su caso de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará a zoe el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”.

orientarán al reparto equilibrado de beneficios en función de quien gestione y corresponda la titularidad de la empresa y la protección del patrimonio empresarial¹⁵.

En algunos casos la empresa se habrá constituido con capital común, en otros con capital privativo o, incluso, se pueden dar supuestos en los que la constitución empresarial se haya realizado con aportaciones mixtas. A cada uno de estos supuestos, el ordenamiento jurídico les confiere un tratamiento diferente.

Cuando los dos miembros del matrimonio son propietarios, la administración y gestión del negocio, la titularidad de los bienes que adquieran constante el matrimonio y el disfrute de los rendimientos que se obtengan les corresponderán a ambos, en cambio, si sólo es propietario uno de ellos, la gestión administración y disposición de los bienes les corresponderá al propietario mientras que los rendimientos obtenidos del negocio se considerarán comunes¹⁶, es el denominado “principio de ganancialidad” conforme al que cualesquiera que sean los frutos producidos constante el matrimonio, entrarán a formar parte del haber de la sociedad de gananciales. En el primer caso la empresa tendrá carácter ganancial mientras que, en el segundo supuesto, aunque el matrimonio se haya contraído en régimen de gananciales, tendrá carácter privativo por lo que la titularidad de la misma la ostentará solamente el cónyuge empresario.

LA EMPRESA FAMILIAR CONSIDERADA COMO UN BIEN GANANCIAL

La EF tendrá carácter ganancial cuando se haya fundado constante el matrimonio con fondos gananciales. Desde esta perspectiva, el activo patrimonial estará compuesto por el patrimonio común de la sociedad, así como por los beneficios que queden una vez

¹⁵ Reyes López M.J. (2015). “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar. En particular, sobre el régimen económico matrimonial” en Camisón Zornoza, C. y Viciano Pastor, J. (Dir). *Dirección y organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*, 193-226. Valencia: Tirant lo Blanch

¹⁶ *Vid.* STS 15 de enero de 2024, ROJ STS 39/2024; STS 10 de noviembre de 2017, ROJ STS 4217/2017; SAP Valencia de 29 de enero de 2024, EDJ 2024/527239; SAP Granada de 25 de enero de 2019, EDJ 2019/768385.

pagadas las deudas tras iniciar la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁷. Serán considerados bienes comunes los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio¹⁸, cuando sean parte de una explotación de carácter común.

A efectos de la liquidación, la EF mantendrá la misma naturaleza, ganancial o privativa, que tuviese en el momento de su constitución, si bien a los beneficios que se hubieran obtenido con bienes privativos, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.354 del CC¹⁹. Por ello, sin hacer apreciación de las connotaciones mercantiles, es opinión generalizada en la doctrina²⁰ entender que, aunque ambos cónyuges hayan contribuido a la constitución de la empresa, la titularidad formal le puede corresponder a uno solo, el fundador, sin perjuicio de la naturaleza ganancial de la EF cuando se haya iniciado con capital común, a lo que habrá que añadir las ganancias, pero también las pérdidas.

Se consideran como presupuestos imprescindibles para la consideración ganancial de la empresa:²¹

1. Que la empresa se haya constituido “*ex novo*” por ambos cónyuges y no sea una mejora o ampliación de otra preexistente.
2. Que ambos cónyuges colaboren en la empresa familiar o que sea constituida por uno de ellos y el otro colabore de forma activa o pasiva a su constitución y explotación²².
3. Que la mayor parte del capital aportado para la constitución de la EF sea ganancial.
4. Cuando la fundación de la EF se haya realizado en parte con capital ganancial y en parte con capital privativo de uno o de ambos cónyuges, entre ellos se originará un condominio ordinario, de tal forma que cada uno de los cónyuges

¹⁷ Vid. SAP de Madrid de 30 de octubre de 2023, EDJ 2023/855260.

¹⁸ Vid. STS Sala de lo Civil de 10 de noviembre de 2017, Roj STS 4217/2017.

¹⁹ Lacruz Berdejo J.L. y Sancho Rebullida, F (2009). *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Madrid: Dykinson

²⁰ En el mismo sentido Beaus Codes, A. (1985). Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 26, 235-268.

²¹ Reyes López M.J., (2015). “*Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar...*”, *Op. Cit.*

²² Egea Ibáñez, R. (1982). Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil. *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 552. Recuperado de <https://vlex.es/vid/establecimiento-gananciales-privativos-330742>

ostentará la titularidad de la EF en proporción a su respectiva aportación de bienes privativos y, por mitad de los gananciales.

La titularidad de los cónyuges no recae sobre cada uno de los elementos que integran la EF sino sobre la EF como una unidad patrimonial susceptible de ser sujeto de relaciones jurídicas independientes de sus componentes; aunque la titularidad la ostenten ambos cónyuges, la actividad puede ser ejercitada por uno directamente, sin perjuicio de que, en defecto de pacto, la gestión de los bienes gananciales les corresponda a ambos conjuntamente y de que cada uno de forma individual pueda realizar los actos necesarios para la conservación de la EF ganancial.

BIENES DE DIFÍCIL DIVISIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR

Hay bienes que presentan especiales dificultades en el momento de su reparto en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, debemos hacer mención:

a. Los frutos y demás productos como bienes gananciales²³.

El artículo 1.316 del CC dice que “a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”.

El punto de partida de la sociedad legal de gananciales como régimen supletorio de primer grado en el Derecho común, parte de la existencia de tres grandes grupos patrimoniales: los bienes privativos pertenecientes a cada uno de los consortes antes de contraer matrimonio y los bienes comunes adquiridos constante el matrimonio. En palabras del profesor Lacruz Berdejo “entre el patrimonio común y los patrimonios de los cónyuges reina un equilibrio que no debe ser alterado por desplazamiento de bienes que no tengan una justificación en la liberalidad de los cónyuges o en un contravalor prestado por el patrimonio que se enriquece. El cónyuge cuyo patrimonio se ha empobrecido en el curso de la vida de la sociedad tiene una pretensión de reembolso y reintegro que hace

²³ Valdés-Solís Cecchini, F. (2010). La liquidación de la sociedad de gananciales; supuestos especiales y referencia a la empresa familiar, en Rebolledo Varela A.L. y Seoane Spielberg J. L. (2010). *El derecho de Familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, 221-255. Ed Madrid: Dykinson

imperfecto el sistema; pero el principio de subrogación lo que trata es de mantener intacto ese patrimonio privativo e indemne a las acciones de los acreedores del otro consorte”²⁴.

En este orden de cosas, nos encontramos en la sociedad de gananciales con bienes que, por sus características, presentan mayores dificultades en el momento de la liquidación de ésta, bien sea es por causa de fallecimiento de uno de los consortes o bien, sea necesaria la liquidación de la sociedad legal de gananciales, por quiebra de la convivencia familiar, es decir, divorcio o nulidad en el caso de que uno de los consortes sea empresario.

Es principio general de nuestro ordenamiento jurídico *ex* artículo 1347.2 del CC que, cualesquiera frutos producidos constante el matrimonio entran a formar parte del haber de la sociedad de gananciales cualquiera que sea el título por el que se hayan adquirido. El haber de la sociedad de gananciales comprenderá todos los productos obtenidos por cualquiera de los cónyuges según dispone el artículo 1.351 del CC²⁵ incluso, las provenientes de negocios ilícitos e incluso delictivos que seguirán formando parte de la sociedad de gananciales aun cuando ésta se haya disuelto, a pesar de lo dispuesto por el art. 1666 párrafo segundo del CC en orden a los efectos de la disolución de la sociedad²⁶.

Como consecuencia de este principio de ganancialidad, nos encontramos que en palabras del profesor Bercovich³⁰, se ocasiona una distorsión en nuestro ordenamiento en los casos en que la cosa que produce los frutos sea privativa, pues éstos son considerados gananciales y, por tanto, parte del haber ganancial en liquidación a través de dos mecanismos: el de la subrogación conforme lo dispuesto en el artículo 1.346.3²⁷ del CC y el de la accesión según el artículo 1.359.1²⁸ del CC.

Por su parte, en el caso de las EF de titularidad privativa de uno de los cónyuges el problema surge en el momento en el que “los frutos” producidos se capitalizan y el cónyuge titular con carácter privativo de la EF no aporta los frutos de ésta a la sociedad

²⁴ Lacruz Berdejo J.L. (2005). *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*. Tomo III. Barcelona: José María Bosch Editor

²⁵ Artículo 1.351: “Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales.”

²⁶ Artículo 1.666.2 “Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, a los de la provincia”.

³⁰Bercovich Álvarez, G. (2003). *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi

²⁷ Artículo 1346, “Son privativos de cada uno de los cónyuges: 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”.

²⁸ Artículo 1.359. 1. “Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho”.

de gananciales, ni constante el matrimonio ni en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, por lo que el otro consorte si ha aportado, bienes y/o trabajo en la EF puede verse agraviado en sus derechos. En estos casos debemos acudir a lo dispuesto en los artículos 1.359.2²⁹ y 1.360³⁰ del CC.

En este concepto de frutos se incluyen los dividendos aprobados por la EF con forma societaria. Aquellos matrimonios que hayan sido contraídos bajo el régimen de sociedad de gananciales, cuando uno de ellos sea propietario de un paquete de acciones o participaciones sociales de la EF que tengan carácter privativo de uno de los cónyuges, es habitual que, tras producirse la ruptura de la relación conyugal y cuando se haya disuelto y liquidado la sociedad de gananciales, en esta situación, el excónyuge no titular tiene derecho a percibir la mitad de esos dividendos.

La naturaleza ganancial o privativa de los dividendos, conforme ha establecido el Tribunal Supremo ³¹ que ha sido doctrina reiterada por diferentes Audiencias Provinciales³²³³, se fijará en atención a la fecha en que se haya aprobado el acuerdo social que establezca el dividendo y no la del pago de este, es decir, se tiene en cuenta el criterio del devengo y no del pago para fijar la naturaleza de estos dividendos.

Los dividendos percibidos con posterioridad a la disolución del matrimonio, pero devengados constante el mismo, como derechos de crédito de la sociedad de gananciales, deberán ser percibidos por su titular y abonados en la mitad de su importe al otro excónyuge.

b. Los derechos de atribución preferente.

En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales se reconoce por el ordenamiento a los cónyuges la facultad de optar por la atribución de determinados bienes de manera preferente que se caracterizan por tener una especial vinculación con el

²⁹ Artículo 1.359. 1. “No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”.

³⁰ Artículo 1360. “Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa”.

³¹ *Vid.* STS Sala de lo Civil de 10 de junio de 2020, EDJ 2020/597427.

³² *Vid.* SAP Madrid de 7 de febrero de 2006, EDJ 2006/31161; SAP Barcelona de 13 mayo de 2015, EDJ

³³ /126249; Res. DGRN /DGSJFP de 20 diciembre de 2019. Registro Mercantil, EDD 2019/836751; SAP Murcia de 21 septiembre de 2017, EDJ 2017 /230328; SAP Guipúzcoa de 29 abril de 2022, EDJ 2022/678147; Res. TEAF de Gipuzkoa 37296 2023 de 23 mayo de 2023 EDD 2023/27231.

cónyuge que ejercita ese derecho de opción como generalmente sucede, en el caso de los empresarios, con la explotación o el local donde se ejerce la profesión³⁴.

Si bien el cónyuge interesado puede optar por la atribución preferente no debemos olvidar que el límite de esa adjudicación se encontrará hasta donde alcance su haber ganancial. La posibilidad de esta atribución preferente puede ser objeto de pacto en capitulaciones matrimoniales en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida a los cónyuges por el CC tal y como hemos mencionado en párrafos anteriores.

Podemos encontrarnos en el momento de la liquidación de gananciales con una disparidad entre la titularidad de la empresa y la titularidad de los bienes que integran ese patrimonio empresarial si bien, este hecho no afectará a la posibilidad del ejercicio del derecho de atribución preferente dentro de los límites del haber ganancial.

Lo que es de atribución preferente no es la propiedad de la empresa sino su titularidad³⁵. En el caso de que la explotación fuese ganancial y algunos elementos integrantes de la misma fuesen privativos o viceversa, si es ganancial y la ampliación se realiza a costa del caudal común, los elementos adquiridos tendrán la calificación de gananciales y si la ampliación de la explotación se realizara a expensas de bienes privativos, dichos elementos adquiridos, como consecuencia del principio de accesión, se considerarán gananciales³⁶.

c. El Trabajo

³⁴ Reyes López M.J. (2015). *“Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar...”*, Op. Cit.

³⁵ Bercovich Álvarez, G. (2003). *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi

³⁶ La Cruz Berdejo, J.L. (1993). *Estudios de Derecho Privado común y foral*. Volumen III Familia. Barcelona: José María Bosch Editor

Es indiscutible que la capacidad de trabajo, la calidad del trabajo y la decisión de en qué se trabaja es un bien inherente a la persona y debe ser calificado de absolutamente privativo; pero los frutos del trabajo son siempre bienes gananciales y entran en el haber de la sociedad de gananciales³⁷.

En este conflicto se plantea en orden a la calificación, privativa o ganancial, de la mejora de esa capacidad laboral adquirida constante el matrimonio por uno de los cónyuges, bien porque uno de los cónyuges haya cursado una carrera universitaria, ganado una oposición o, de cualquier forma, haya mejorado su cualificación profesional, ¿cabría en estos casos estimar que dicha mejora conseguida constante la sociedad de gananciales debe ser reembolsada a la misma cuando ésta se liquide?

Un sector de la doctrina defiende que⁴¹, conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.359 del Código Civil³⁸, se vulneraría el principio de igualdad de los cónyuges y los postulados en los que se fundamenta la sociedad de gananciales si mientras que uno sólo de los esposos sostiene la economía familiar el otro, a costa del esfuerzo de quien con su trabajo soporta las cargas y gastos del matrimonio, logra una titulación superior que conlleva una mejora laboral sustancial, se divorcia habiéndose beneficiado del esfuerzo de su consorte.

Este sector de la doctrina interpreta lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1359 que, si bien los gastos ordinarios deben ser de cargo de la sociedad de gananciales y, entre las cargas de la sociedad de gananciales se entienden comprendidos los necesarios para el desempeño de una profesión, arte u oficio y, por ende, deben incluirse todos los que conlleven un mayor nivel de capacitación laboral, de cualquiera de sus miembros o de ambos, y no deberán ser reembolsados; cuando estemos en presencia de gastos que, por sus características, bien sea por su cuantía como en el caso de determinadas

³⁷ En tal sentido se pronuncia el TS en su sentencia 1082/2000 20 de noviembre : "*las dotes y capacidad de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma del trabajo y sus consecuencias, no obstante su aptitud para generar ingresos económicos, están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio externo de estas capacidades o cualidades, por muy propias del sujeto que sean (v.gr. condiciones del artista o habilidades profesionales) si se traducen en una actividad productiva tiñe de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos por aquélla*". En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las siguientes resoluciones: SAP A Coruña de 13 de febrero de 2015, EDJ 2015/21479; SAP Pontevedra de 28 de mayo de 2019, EDJ 2019/631122; STS de 15 de enero de 2024, EDJ 2024 /501455. ⁴¹Bercovich Álvarez, G. (2003). "*Los derechos inherentes a la persona en...*", *Op. Cit.*

³⁸ Artículo 1.359 "No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado".

titulaciones universitarias, postgrados o máster de elevada cuantía, por su duración como en el caso de determinadas oposiciones, deberá procederse a su reembolso.

De lege ferenda, en línea con este argumento, mantenemos la postura de que en el caso de que un bien inherente a la persona y, por tanto, considerado privativo a los efectos que nos ocupan, se haya visto mejorado constante el matrimonio, por razones de equidad, debe establecerse un mecanismo de compensación a favor de la sociedad de gananciales en el momento de la liquidación de ésta. No podemos ignorar que en la práctica es una cuestión de muy difícil valoración pues, si bien no debemos excluir la aplicación de criterios puramente económicos de actualización del importe de los gastos desembolsados o de los menores ingresos generados por aquel de los esposos que no ha desempeñado una ocupación retribuida para alcanzar una mejor capacitación profesional, no es menos cierto que esto quedaría dentro de criterios puramente valorativos siendo una cuestión que dará lugar a numerosos conflictos y que sólo puede ser apreciada y resuelta caso por caso en función de sus particularidades.

CONCLUSIONES

La mayor parte del tejido empresarial está constituido por EF, caracterizadas por la complejidad de las múltiples formas que pueden asumir y de la falta de un concepto jurídico de éstas.

Común a todas las EF, independientemente de su forma, es el interés de todos los fundadores, sin excepción, de asegurar la continuidad del patrimonio con el fin de conservar y transmitir la EF a la unidad familiar.

El régimen económico matrimonial elegido por el fundador de la empresa afectará a los intereses tanto personales como familiares tanto del fundador como de la EF.

Los capítulos matrimoniales se configuran como un instrumento decisivo para consolidar la economía familiar y conservar la empresa de generación en generación.

Es conveniente redactar un PF adaptado a las características de cada familia empresaria donde se organicen y articulen tanto la vida empresarial como la cuota de poder y responsabilidad de cada uno de los miembros, con el fin de conservar el poder de la empresa en manos de la familia evitando que ésta pase a manos de terceras personas y que, como consecuencia de ello, pierda su carácter familiar.

Dado que ningún régimen económico puede conciliar plenamente las necesidades de los cónyuges con la EF, lo más recomendable es recurrir a los capítulos matrimoniales para diseñar un modelo que se adapte a las particularidades de cada familia empresaria.

Finalmente, proponemos al legislador, por razones obvias de importancia de la materia y ante el vacío legislativo que nos encontramos, para evitar problemas futuros y prever soluciones, la posibilidad de que en los casos de miembros de EF, se tenga contemplada por el ordenamiento jurídico la posibilidad de adaptar las capitulaciones matrimoniales a las cláusulas contenidas en el PF que, a través de su formalización en escritura pública que, inscrita en el correspondiente registro, sea oponible no sólo a las partes que han alcanzado esos acuerdos sino a la misma EF y, por supuesto, a cualquier tercero a quien pueda afectar lo contenido en aquéllos.