

El ejercicio de los derechos de atribución
preferente y sus consecuencias
en la liquidación y la partición de la sociedad
de gananciales: una propuesta *de lege ferenda*

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

En este trabajo se abordan los derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC, desde un punto de vista dinámico, es decir, de su puesta en práctica. Aunque su ejercicio supone una modalidad de la partición de los gananciales, su existencia influye también en las operaciones liquidatorias en sentido estricto, anteriores a la división, razón por la que, además de tratar cuestiones relativas a la forma de ejercitar estos derechos, se aborda el alcance de su existencia en el pago de las deudas a acreedores de la sociedad, de las deudas de la sociedad hacia los cónyuges e, incluso, de los esposos entre sí. No obstante, en cuanto operación particional, el grueso de este estudio se dedica a las consecuencias de su ejercicio a la hora de formar los lotes, distinguiendo según el tipo clase de bienes y dedicando una especial atención a la posibilidad de pago de los posibles excesos en metálico y, en el caso de la vivienda, a su compatibilidad con el legado de derecho de habitación del artículo 822 CC. Tras hacer una personal tarea interpretativa de las normas en vigor en relación a todas las materias tratadas, como colofón, se hace una propuesta de lege ferenda, con la que se pretende aclarar y mejorar la regulación actual.

PALABRAS CLAVE

Sociedad de gananciales. Derechos de atribución preferente. Liquidación. Partición. Vivienda habitual. Explotación económica. Empresa. Pago de excesos en metálico. Legado de derecho de habitación. Discapacitado.

The exercise of preferential allotment rights and its consequences in the liquidation and partition of the marriage community property: a *lege ferenda* proposal

SUMMARY

*In this work the preferential allotment rights included in articles 1406 and 1407 (Spanish Civil Code) are addressed from a dynamic point of view, i.e. from its practical implementation. Despite the fact that their exercise supposes a way of the partition of marriage community property, its existence itself also has an impact on the liquidation operations previous to the division, for this reason, in addition to dealing with questions related to the ways of exercising these rights, the paper also approaches the scope of its existence as a way of payment of debts to creditors of the company, debts of the company towards the spouse, and even among both spouses themselves. However, as an operational division, most of this study is devoted to the consequences of its exercise at the time of forming the lots, distinguishing according to the type of asset class and paying special attention to the possibility of payment of excesses in cash and, in the case of living house, its compatibility with the right of residence included in article 822 (Spanish Civil Code). As a conclusion, after a personal interpretation of the laws in force in relation to all the above-mentioned matters discussed, a *lege ferenda* proposal is made with the objective of clarifying and improving the current regulation.*

KEY WORDS

Marriage community property. Preferential allotment right. Liquidation. partition. Main residence. Economic exploitation. Company. Payment of excess in cash. Legacy of right of residence. Disabled.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Forma y momento de ejercicio del derecho de atribución preferente.*—III. *Derecho de atribución preferente y liquidación en sentido estricto.* A. Derecho de atribución preferente y pago a los acreedores de la sociedad de gananciales. B. Derecho de atribución preferente y pago de indemnizaciones y reintegros debidos a los cónyuges. C. Derecho de atribución preferente y créditos personales entre esposos en el momento de la liquidación.—IV. *La atribución preferente como operación particional: el límite del haber del adjudicatario.* A. Planteamiento. B. Constitución de un derecho de uso o habitación. B.1 Aspectos generales. B.2 En especial, su compatibilidad con la donación o legado de derecho de habitación del artículo 822 CC. C. Posibilidad de pagar el exceso sobre el haber en dinero. C.1 Casos en que procede. C.1.a El segundo inciso del artículo 1407 CC. C.1.b Finalidad del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 CC. C.1.c Análisis de las posturas doctrinales al respecto. C.1.d Nuestra interpretación particular. C.2 Forma de pago del exceso. D. Cónyuge titular de derechos de atribución preferente sobre distintos bienes.—V. *Propuesta de lege ferenda.*—VI. *Conclusiones.*—VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la sociedad de gananciales y, más concretamente, al tratar su disolución y liquidación (Libro IV, Título III, Capítulo 4.º, Sección 5.ª, artículos 1392 a 1410 CC), se regula el derecho de atribución preferente (arts. 1406 y 1407 CC)¹, el cual, en cuanto derecho potestativo de configuración jurídica², permite a su titular conformar, total o parcialmente, el contenido de su lote, al facultarlo para decidir la inclusión en el mismo de ciertos bienes comunes³. Se trata de bienes con los que el cónyuge tiene una especial vinculación y cuya adjudicación implica la satisfacción de intereses personales o de afección considerados dignos de tutela por el ordenamiento jurídico⁴, intereses que durante el régimen colmaban dichos bienes y que, tras su disolución, se pretende facilitar que sigan haciéndolo de igual modo. Estos bienes se recogen en el artículo 1406 CC y son: los de uso personal de extraordinario valor, el local en que hubiera ejercido su profesión, la explotación económica que hubiera gestionado efectivamente⁵ y la vivienda habitual en

¹ Ya tratamos, con carácter general, de estos derechos en: MARTÍN MELÉNDEZ, 2010b, pp. 1549 ss., y MARTÍN MELÉNDEZ, 2010b, pp. 1551 ss.

Sobre los antecedentes históricos de los derechos de atribución preferente del Código civil español en otras normativas vigentes en el momento de su introducción por Ley de 13 de mayo de 1981 –Compilación de Aragón de 8 de abril de 1967 (art. 58), Código civil francés, que los introduce en la comunidad legal por Ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1471, 1475, p. 2, 1476 y, por remisión de éste, arts. 831 ss.), y Código civil belga, que los incluye a través de la reforma de 14 de julio de 1976 (arts. 1446 y 1447)–, *vid.*: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 729 ss. En la actualidad, en el Derecho aragonés, las adjudicaciones preferentes se recogen en el artículo 267.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; *vid.* sobre este precepto: SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, pp. 132 ss.

² *Vid.*, entre otros, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1061; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 684; MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1895.

³ Sobre el carácter necesariamente ganancial de los bienes objeto de derecho de atribución preferente, quedando, por tanto, excluido el mismo respecto a los bienes privativos, *vid.* las SAP Asturias 11 de junio de 1996, AC 1998\6138, 11 de junio de 1998, AC 1998\1297 y 10 de enero de 2003, JUR 2003\39899.

⁴ *Vid.* Díez-PICAZO, 1984b, p. 1801. Igualmente, confróntese BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, pp. 785 y 786, ofreciendo un compendio de la opinión de la mejor doctrina. En la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, en este mismo sentido, refiriéndose al local profesional: STS de 30 de diciembre de 1998, RJ 1998\9763: «El artículo 1406 del CC contiene una efectiva atribución preferencial a fin satisfacer intereses personales-profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podrían quedar gravemente afectados, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar el ejercicio de la actuación profesional desarrollada en el espacio físico construido en que se venía practicando».

⁵ Sobre la posibilidad de que sea objeto del derecho de atribución preferente, no la empresa o explotación en sí, sino las acciones y participaciones cuando la misma tiene forma de sociedad, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 3169 ss., donde defendemos la respuesta afirmativa y analizamos minuciosamente la cuestión y su problemática en los distintos tipos de sociedades.

caso de fallecimiento del otro esposo⁶. Con su adjudicación se conseguirá atender, respectivamente, el interés en la continuación en el uso de esos bienes personales, en el ejercicio de la profesión o empresa, o en seguir desarrollando la vida en el espacio que constituye la residencia habitual⁷.

La efectividad fundamental de los derechos de atribución preferente se sitúa en la partición, momento en el que deja de ser una mera expectativa y se convierte en un verdadero derecho subjetivo⁸ cuyo ejercicio supondrá la imputación del bien preferentemente atribuible en la cuota del beneficiario y originará una modalidad de la partición que permitirá excluir el principio de igualdad

⁶ Hay algún autor, como LINACERO DE LA FUENTE, 2016, p. 264, que critica que el derecho de atribución preferente de la vivienda se limite a los casos de muerte del otro cónyuge. No obstante, no es necesario que el fallecimiento haya sido la causa de la disolución de la sociedad de la sociedad de gananciales, sino que también existirá derecho de atribución preferente sobre la vivienda en favor del viudo cuando el fallecimiento del otro acació antes de la liquidación. En este sentido: SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.

Lo que de ningún modo cabrá será alegar el artículo 1406, núm. 4 CC para su aplicación a la partición de la herencia, puesto que sólo será aplicable en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales. *Vid.* en este sentido: SAP La Coruña, 8 de febrero de 2011, AC 55\2011; SAP La Coruña, 20 de abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 - ECLI: ES: APC:2012:1111.

Hay sentencias que han considerado que existe derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual, además de en favor del viudo, en beneficio del esposo al que se le haya atribuido el uso de la misma como consecuencia de la separación o el divorcio (STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31, STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832, SAP Barcelona 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028) o simplemente alegando razones de justicia material (SAP Navarra, 17 de enero de 2000, AC 2000\3308), lo cual consideramos inadmisibles (así, STS 16 de diciembre de 1995, RJ 1995\9144, STS 10 de noviembre de 1997, RJ 1997\7892, STS 16 de febrero de 1998, RJ 1998\868, STS 9 de mayo de 2007, RJ 2007\3561; STS 4 de abril de 2008, RJ 2008\2944, Roj: STS 2926/2008 - ECLI: ES: TS:2008:2926, que citando la STS de 27 de junio de 2007, afirma contundentemente que «la adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales no debe estar necesariamente ligada a la atribución del uso efectuada en la sentencia que pone fin a la crisis familiar, por ser otros los criterios que rigen las dos situaciones»). *Vid.* en contra de esta posibilidad.: MONTERO AROCA, 2014, pp. 510 y 511; RIVERA FERNÁNDEZ, 2010, p. 515. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 100 ss., estima, refiriéndose a los casos en los que se ha atribuido el uso de la vivienda en virtud del artículo 96 CC, que no existe derecho de atribución preferente en favor del beneficiario del uso, pero que la asignación a éste es un criterio razonable de adjudicación; la misma opinión expresa en: REBOLLEDO VARELA, 2013a, pp. 9946 y 9947; en sentido semejante, en: REBOLLEDO VARELA, 2018, p. 168, aludiendo al «fin de evitar la prolongación de conflictos innecesarios, salvo que concurren hechos que justifiquen una decisión diferente».

Además, por su parte, la Ley 22/2003, de 10 de julio, Concursal, establece otro derecho de atribución preferente referido a la vivienda habitual, para caso distinto de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de un cónyuge, y así, en su artículo 78.4 establece: «Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso».

⁷ Recogiendo el requisito de la habitualidad y destacando que «el número 4 del artículo 1406 del Código Civil, constituye una norma que trata de completar la especial protección de la vivienda familiar, recogida, entre otros, en los artículos 90 y 1.320 del mismo texto legal», *vid.* SAP Madrid, 21 de noviembre de 2012, AC 722\2012, Roj: SAP M 19344/2012 - ECLI: ES: APM:2012:19344.

⁸ *Vid.* RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 990.

cualitativa propio de la misma (art. 1061 CC, por remisión del art. 1410 CC)⁹. No obstante, su presencia ha de ser tenida en cuenta en los momentos anteriores al reparto y adjudicación de bienes entre los partícipes, esto es, en la comunidad posganancial, pues es presupuesto evidente para que el derecho de atribución preferente consiga su finalidad, que el objeto sobre el que recae siga presente en la masa a dividir en el momento en que los bienes gananciales van a repartirse y, por tanto, haya «sobrevivido» a la liquidación en sentido estricto y, más concretamente: al pago de las deudas a terceros, al abono de los reintegros y reembolsos debidos por la sociedad de gananciales a los cónyuges, y al abono de deudas personales de un esposo a favor del otro en el momento de la liquidación. Es también obvio que esta supervivencia tendrá mayores posibilidades si el cónyuge al que la Ley le concede estos derechos ha manifestado su voluntad de ejercitarlos antes de que se proceda a la partición, lo que lleva a preguntarse por la forma y el momento en que tal voluntad puede manifestarse. Por eso, el grueso de este trabajo se dividirá en tres partes: una referente al mismo ejercicio de los derechos de atribución preferente, otra a su juego en la liquidación en sentido estricto, y otra a la atribución preferente como operación particional, prestando aquí especial atención al problema del límite del haber del beneficiario; por último, tras haber abordado todo ello, estaremos en condiciones de hacer nuestra propia propuesta *de lege ferenda*.

Antes de comenzar con el primero de los puntos indicados, ha de advertirse que creemos, siguiendo en este punto a Rams Albesa, que el ejercicio del derecho de atribución preferente por un esposo en relación a un determinado bien, no implica que, si en el patrimonio a dividir existen otros de la misma naturaleza que el elegido, haya de incluirse necesariamente uno de ellos en el haber del otro cónyuge como consecuencia del principio de igualdad cualitativa, ya que ello supondría que el beneficiario del derecho de atribución preferente tendría no solo la facultad de configurar su lote, sino también el del otro esposo. Lo que

⁹ *Vid.* sobre la aplicación de este principio a la partición de la comunidad posganancial, la STS 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2572, y las que ésta cita. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiende que el artículo 1061 CC tiene un carácter más bien facultativo u orientativo, no imperativo. *Vid.* STS 15 de marzo de 1995, RJ 1995\2654 o STS 16 de enero de 2008, RJ 2008\5, entre muchas otras. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 76 y 77, critica este criterio basándose en los posibles desequilibrios cuantitativos derivados de revalorizaciones o depreciaciones de los bienes inventariados, acaecidos por haberse fijado su valor antes de llevarse a cabo la liquidación, por eso, aboga por «volver a una interpretación restrictiva del precepto manteniendo la igualdad cualitativa de los lotes, lo que en muchas ocasiones solamente se puede solucionar a través de la enajenación de los bienes o de adjudicaciones pro indiviso a las que se pondrá término de acuerdo con el artículo 404 CC».

ocurre es que, tal y como señala el citado autor, «el atributario tiene, por su derecho, la precedencia legal para detraer de la masa común neta e integrarlo en su lote el bien o bienes para los que exclusivamente se le reconoce tal derecho» y, «detráido el bien, el turno debe pasar a la otra parte hasta que se compense, al menos, el valor de lo detráido por el atributario»¹⁰. Dentro de esta línea, nosotros nos decantamos, más concretamente, en favor de que el otro esposo o parte solo pueda elegir bienes hasta el valor de los adjudicados preferentemente al beneficiario del derecho que estudiamos, no más.

II. FORMA Y MOMENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

Pues bien, el derecho de atribución preferente deberá ser ejercitado por el cónyuge en el que se den las circunstancias requeridas en cada uno de los números del artículo 1406 CC, pudiendo oponerlo siempre a la otra parte¹¹. Ha de destacarse que, en nuestra opinión, no pueden ser titulares de este derecho los herederos de los esposos, ni por adquirirlo por vía hereditaria, puesto que es intransmisible¹², ni por su condición de partícipes en la masa ganancial a repartir. Esto último, no solo en el caso de los bienes de uso personal o en el de la vivienda habitual del viudo, en los que es más evidente que las circunstancias y el fin del derecho reclaman que se trate de un cónyuge, sino también en el del local profesional o la explotación económica, incluso cuando se trate de un heredero que ejerció su profesión en el local o gestionó efectivamente la empresa ganancial, y pretenda hacer valer su preferencia frente al supérstite que ni ejercía la profesión en el local, ni gestionaba efectivamente la explotación. Nuestra postura se basa, principalmente, en dos razones¹³: 1.ª El artículo 1406 CC sólo se refiere a los esposos («cada cónyuge»), y lo hace porque sólo a ellos pretende proteger para que la disolución de la sociedad de gananciales, que hasta entonces había regido su matrimonio, no

¹⁰ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 996.

¹¹ No existe en nuestro Código civil, la distinción que existe en el Código civil francés (art. 1476) entre derechos de atribución preferente de derecho (que sólo caben cuando la causa de disolución ha sido el fallecimiento de un esposo) y derechos de atribución preferente cuya oportunidad será decidida por el Juez (lo son siempre los que puedan surgir en los casos de disolución por divorcio y separación de cuerpos o de bienes), puesto que, utilizando dicha terminología, en el español siempre serán de derecho.

¹² Vid. SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.

¹³ Esta cuestión la tratamos más ampliamente en MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 56 ss.

les perjudique desde el punto de vista de la continuación de su medio de vida; 2.^a El criterio que sirve para determinar la preferencia en la adjudicación (ejercicio de la profesión en el local y gestión efectiva de la explotación) sólo justifica ésta si los posibles adjudicatarios tienen la misma condición, es decir, si los dos son cónyuges, en cuyo caso, como los dos son iguales, se da preferencia a quien tiene una vinculación especial con el bien en cuestión por haber llevado a cabo cierta actividad en él o respecto de él; pero cuando uno de los sujetos de la partición es un heredero y el otro un esposo, ya no partimos de dos sujetos de igual condición entre los que sólo pueda discriminarse legalmente por razón de la actividad llevada a cabo en relación al bien, sino ante dos sujetos esencialmente diferentes (cónyuge / heredero), tanto desde el punto de vista de su condición personal (lo que es evidente), como desde la perspectiva patrimonial, puesto que uno ya era titular del local o de la explotación ganancial junto con el causante, antes de la disolución de la sociedad e, igualmente lo era del dinero o los bienes (en cuanto gananciales) utilizados tiempo atrás para la adquisición del local o la fundación o adquisición de la empresa, mientras el otro (el heredero), no. Por ello, un heredero no puede estar legitimado para decidir unilateralmente que un bien ganancial (el local o la explotación) le sea adjudicado a él, con preferencia sobre el esposo supérstite¹⁴.

El derecho de atribución preferente se hará valer a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida al otro esposo o, en su caso, a los herederos del esposo fallecido. Si éstos son los hijos comunes del matrimonio y el viudo es quien ostenta su patria potestad, la declaración se dirigirá al defensor judicial nombrado para la liquidación de la sociedad de gananciales y la herencia, ante la contraposición de intereses existente entre ellos.

Si se nombró contador-partidor de la herencia del esposo premuerto, es discutible si bastará comunicárselo sólo a éste o si también habrá de hacerse lo mismo con los herederos. A favor de esta última opción, Garrido de Palma¹⁵ –aplicando analógicamente la negativa dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de noviembre de 1960, a que el contador-partidor pueda proceder de acuerdo con el viudo a la conmutación *ex* artículo 839 CC–, ha alegado que una cosa es estar facultado para realizar una serie de operaciones matemáticas basadas en un inventario y un avalúo, y

¹⁴ No obstante, *vid.*, defendiendo que los derechos de atribución preferente del art. 1406, núm. 2 y núm. 4 CC pueden ser ejercidos por los herederos que cumplan los requisitos exigidos por el precepto: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 753 y 756 a 758.

¹⁵ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 164, nota 307.

otra, llevar a cabo, sin contar con los herederos (sobre todo, los legitimarios), unas operaciones que pueden implicar una sensible variación en la composición del caudal hereditario. Por nuestra parte, creemos necesario destacar las importantes diferencias que existen entre la conmutación del artículo 839 CC y los derechos de atribución preferente, fundamentalmente –en lo que aquí nos interesa–, la que atañe al carácter facultativo de la conmutación para los herederos, frente al carácter imperativo que tiene el derecho de atribución preferente una vez que su titular ha decidido ejercitarlo, para el otro cónyuge o los herederos del premuerto; por ello, pensamos que la declaración realizada sólo al contador-partidor será correcta, sin perjuicio de que éste deba cerciorarse de que se dan los requisitos exigidos para que el viudo sea titular del derecho de atribución preferente y sin perjuicio de que si los herederos estiman que no concurren éstos, puedan impugnar la partición una vez practicada. Además, creemos que el contador-partidor podrá aceptar la adjudicación, al cónyuge titular del derecho de atribución preferente, de los bienes objeto de la misma, aunque superen su haber, abonando la diferencia en dinero (art. 1407 CC), dado que el contador-partidor puede hacer uso del artículo 1062, p. 1.º CC, con el límite de su párrafo 2.º¹⁶, límite que en nuestro caso, al menos cuando se trata de la vivienda habitual o el local profesional, no existe. Lo mismo habrá que decir cuando el contador-partidor se haya designado en el procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales, pudiéndose citar a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1992¹⁷, que para el ejercicio del derecho de atribución preferente exige la notificación «al otro cónyuge o al contador-partidor»¹⁸.

Esta declaración ha de ser expresa y puede revestir cualquier forma aunque, a los efectos probatorios, será conveniente que sea fehaciente. Señala, además, la doctrina¹⁹ que es aconsejable que conste descrito detalladamente el bien sobre el que ha de recaer la adjudicación, así como un principio de prueba del nexo existente entre éste y el sujeto favorecido y, si los bienes cuya adjudicación preferente se pretende son varios y pueden superar el haber del beneficiario, el orden de preferencia.

Por lo que se refiere al momento en que ha de practicarse la declaración, puede ser cualquiera que sea anterior a la formación

¹⁶ Vid. Díez-PICAZO/GULLÓN, 2018b, p. 286.

¹⁷ RJ 1992/4391.

¹⁸ Téngase presente, cuando la liquidación se hace judicialmente, la posibilidad de formular oposición a la partición realizada por el contador-partidor, que puede llevarle a modificar las operaciones divisorias (art. 787.1, 2 y 3 LEC) y la de impugnar la sentencia (art. 787.5, p. 2.º LEC).

¹⁹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 823 y 824; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 685.

de los lotes. Tal y como pone de manifiesto claramente Rams Albesa, «se deberá considerar que la petición se ha formulado en tiempo oportuno: uno, en momento coetáneo al de la petición que ponga fin a la situación de indivisión que se sigue a la conclusión de la sociedad de gananciales; dos, inmediatamente después de formado inventario y antes de proceder a la configuración del plan liquidatorio, y tres, y por último, al tiempo de confeccionar los correspondientes lotes o hijuelas»²⁰, siendo el más adecuado el segundo, pues permite conocer al potencial adjudicatario preferencial los datos que se desprenden del inventario y, a quien vaya a practicar la partición, contar con tal adjudicación a la hora de preparar el plan liquidatorio²¹. Nunca podrá ejercerse una vez que se haya practicado la partición de los gananciales²².

Cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se hace judicialmente, el artículo 810.2 LEC establece que, concluido el inventario, la solicitud de liquidación, que puede ser presentada por cualquiera de los cónyuges, «deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las *preferencias* que establezcan las normas civiles aplicables», expresión esta última que alude, sin duda, a los derechos de atribución preferente, de donde se deduce que en este momento puede llevarse a cabo la declaración de querer ejercer el derecho del artículo 1406 CC. No obstante, creemos que puede hacerse después, por ejemplo, en la comparecencia ante el Secretario Judicial (Letrado de la Administración de Justicia) a que se refiere el artículo 810.3 LEC. o, si no se llega a un acuerdo se designa contador-partidor (art. 810.5 LEC.), mientras el mismo no lleve a cabo las operaciones divisorias, puesto que el artículo 785.1 LEC, dice que «se pondrán a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario».

²⁰ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 826.

²¹ Vid.: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 828. Pone de manifiesto este mismo autor (*op. cit.*, p. 827), que el primero de los momentos indicados es totalmente desaconsejable, pues incitará a los otros sujetos de la partición a una valoración al alza de los bienes respecto de los cuales se manifiesta el propósito de detraer preferentemente y se formulará la petición sin haber podido madurar la decisión con los datos suficientes; respecto al último momento, reconoce que es el ordinario (*op. cit.*, p. 832). Le sigue, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9951.

²² Vid.: SAP La Coruña, 20 de abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 - ECLI: ES: APC:2012:1111.

Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo lugar como consecuencia de la nulidad del matrimonio o de la separación o el divorcio judicial, tal y como indican Gardeazábal del Ríó y Sánchez González²³, el derecho de atribución preferente «se podrá ejercitar desde que se interponga la oportuna demanda solicitando las medidas provisionales previstas en el Código civil, o en cualquier otro escrito anterior a la citación para la sentencia, siempre que se pida al Juez la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En otro caso, deberá solicitarse con el escrito inicial del incidente de ejecución de sentencia, o en cualquier otro escrito anterior a la conclusión del incidente»

Por otra parte, hay quien ha entendido²⁴ que en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, será aplicable el artículo 1004 CC, por existir identidad de razón, de modo que podría requerirse al viudo para que manifieste, cuando reúne los requisitos para ello, si quiere ejercer o no el derecho de atribución preferente, si bien no sería aplicable el plazo del artículo 1005 CC (precepto considerado por este autor antes de ser modificado por Ley 15/2015, 2 de julio) por su carácter restrictivo y por referirse necesariamente a una acción judicial, mientras que la notificación puede ser extrajudicial. Por nuestra parte, independientemente de que no vemos la utilidad de la *interpellatio in iure* si no se establece un plazo para contestar (quizá se entienda por los defensores de esta tesis que puede fijarse otro), tampoco vemos una similitud entre la manifestación del llamado sobre si acepta o repudia la herencia y la declaración de uno de los esposos (en este caso, el viudo) de si va a ejercer o no el derecho de atribución preferente, más allá de que pueda haber sujetos que puedan tener interés en conocer su decisión, pero ocurre que este interés, en el que reposaría el fundamento de la aplicación analógica del artículo 1004 en relación con el 1005 CC, tiene una relevancia muy distinta en un caso y en otro. En efecto, en nuestra opinión, además de tratarse de supuestos de hecho totalmente distintos, tiene mucha mayor trascendencia para los terceros interesados el que el llamado a una herencia acepte o repudie (ser llamado a la herencia en lugar del repudiante, posibilidad de acrecimiento en los coherederos, intereses de los acreedores particulares del llamado...), que el manifestarse sobre una cuestión puramente particional; a ello se une que, de no existir el artículo 1005 CC, el llamado a la herencia, en principio, tendría treinta años para manifestar si acepta o repudia (art. 1016 CC), y durante ese tiempo, todas las cuestiones indicadas estarían pen-

²³ Vid.: GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 654.

²⁴ Vid.: GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 171 y 172.

dientes de su decisión, todo lo cual justifica la *interpellatio*. Frente a ello, en nuestra hipótesis no se trata de que el esposo declare que acepta su parte en la comunidad postganancial (puesto que ya es partícipe en ella sin necesidad de aceptación alguna y se sabe desde un principio que su participación asciende a la mitad de la misma), ni de que dependa de su comunicación el que pueda comenzarse con la liquidación o la partición, sino que se trata, simplemente, de que manifieste si ejercerá su derecho a que un bien se incluya en su haber, a lo que hay que añadir que, en la práctica, ya tiene un plazo predeterminado para ello, pues deberá hacer su declaración como máximo, en el momento en que se vayan a configurar los lotes, deduciéndose del propio ordenamiento jurídico y la pura lógica, la solución del problema de cómo ha de procederse si no lo hace, pues llegado ese momento sin haber dicho nada al respecto, podrá practicarse la partición conforme a las reglas generales (art. 1061 CC). Además, en relación con lo anterior, ha de destacarse que cuando se trata del ejercicio de los derechos de atribución preferente, los propios sujetos afectados por la decisión del viudo (los herederos) tienen la posibilidad de controlar el tiempo en que éste deberá manifestar su voluntad, pidiendo la partición de la comunidad postganancial, puesto que, como máximo, antes de la elaboración de los lotes, tendrá que manifestarse y, si no lo hace, se entenderá que opta por una partición ordinaria; tal posibilidad no la tienen los interesados en la aceptación o renuncia a la herencia y a la espera de la decisión del llamado, razón por la que la *interpellatio in iure* adquiere un especial significado en dicha sede, del que carece en la nuestra. Por último, mientras que la aceptación o renuncia a la herencia son decisiones que (salvo la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario, si se manifestó la aceptación pura y simple) una vez adoptadas y manifestadas, excluirán la opción no elegida, lo cual hará útil a la *interpellatio* para los terceros interesados, en el caso de la manifestación de no desear ejercer positivamente el derecho de atribución preferente respecto a uno de los bienes del artículo 1406 CC como consecuencia de la *interpellatio*, ello no implica que éste vaya a tener un determinado destino en cuanto a su atribución a los herederos, puesto que, a la postre, cabe que, como consecuencia de la realización de las propias operaciones particionales, dicho bien termine incluyéndose en el lote de éstos, o repartido en cuotas entre las partes, o vendido y repartido el precio o, incluso, en el del viudo que fue titular del derecho de atribución preferente, lo que indica que la *interpellatio in iure* aplicada a nuestro supuesto no asegura ningún resultado en las operaciones

particionales y, por tanto, no prestaría una utilidad semejante a la que consiguen los artículos 1004 y 1005 CC aplicados al caso para el que están previstos. Pero, aún podemos añadir otro argumento: si se aceptara aquí la *interpellatio in iure*, ¿acaso no habría que aceptarla en cualquier otra hipótesis en que una de las partes antes de realizar la partición, quisiera saber si la otra está interesada en un bien concreto, o cuál es su posición sobre cierto aspecto que se abordará en aquélla? Todo ello hace más que discutible que esté justificado restringir la libertad del viudo beneficiario del derecho de atribución para adoptar su decisión en el momento que crea oportuno, siempre que sea antes de proceder a la partición. En definitiva, creemos que el interés a proteger con una hipotética *interpellatio in iure* aplicada al ejercicio de los derechos de atribución preferente, no justifica la aplicación analógica de los artículos 1004 y 1005 CC, por ser de mucha menor entidad que el atendido con dichas normas, ser mucho menor el periodo de tiempo a transcurrir para conocer la decisión del viudo o, al menos, estar en la mano de los propios interesados el controlar ese tiempo con su propia petición de partición y, por último, ser mucho menor la utilidad que obtendrían con ello los herederos, pues no asegura el destino que tendrá el bien en las operaciones particionales. Por otra parte, no estimamos que la posibilidad de una *interpellatio in iure* notarial, introducida por la Ley 15/2015, modifique estos planteamientos, pues el fundamento para rechazar en estos casos aplicación analógica es, como se ha visto, sustantivo, no simplemente formal: a nuestro entender, no existe la identidad de razón que reclama el artículo 4.1 CC.

En cuanto al carácter revocable o irrevocable de la declaración relativa al derecho de adquisición preferente, no hay unanimidad²⁵. Nosotros creemos que será irrevocable, tanto para garantizar la seriedad de la declaración, como para dar seguridad a la otra parte, y ello con independencia del tiempo en que se haya realizado, ya que, en principio, el interesado puede esperar hasta el momento mismo de practicar el reparto y nada le exige precipitarse, y porque, por tener que tratarse necesariamente de un cónyuge,

²⁵ Así, GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 168, considera que tiene carácter revocable, mientras que GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 653, estiman que podrá revocarse hasta que no se consume la adquisición mediante la definitiva adjudicación. Por su parte, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 835, entiende que no cabrá la renuncia cuando la solicitud de la atribución preferencial se hizo en el momento mismo de procederse a la realización de la partición propiamente dicha, con conocimiento de la cuantía del haber del adjudicatario y del valor del bien atribuible, pues su aceptación supondría ir contra los propios actos, causando constante e injustificada inseguridad a la otra parte, pero en el resto de los casos sí que debería aceptarse. REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9952, cree que es irrevocable, siendo nosotros de su misma opinión.

lo normal será que tenga conocimiento suficiente del patrimonio a repartir, sea cual sea el momento en que se manifieste, lo que viene favorecido por la vigencia durante el régimen del artículo 1383 CC, que obliga a los cónyuges a informarse recíproca y periódicamente, sobre sus actividades económicas. Por otra parte, el realizar la partición sin tener presente esta declaración determinará la anulabilidad de aquella²⁶.

El derecho de atribución preferente es renunciable, renuncia que puede hacerse expresamente, en cualquier momento a partir de la disolución de la sociedad de gananciales, que es cuando este derecho nace, o tácitamente, sin realizar ninguna declaración al respecto y aceptando la partición realizada conforme a los artículos 1061 y 1062 CC²⁷. En cuanto a la posibilidad de renuncia anticipada, entendiendo por tal la anterior a la disolución de la sociedad de gananciales, estimamos que no cabe, pues ello supondría realmente una modificación encubierta del régimen económico del matrimonio; sin embargo, estamos de acuerdo con Martínez Sanchiz²⁸, cuando señala que cabría tal renuncia si se lleva a cabo dentro de una liquidación anticipada realizada como consecuencia de la remisión del artículo 1410 CC a las normas de las herencias y concretamente en este caso, al artículo 1056, p. 1 CC, siempre que la renuncia se refiriera a bienes concretos y se integrara en un pacto entre cónyuges a través del cual éstos llevaran a cabo de acuerdo la liquidación y la partición de todo o parte del patrimonio ganancial. Otra cosa será la renuncia a la existencia de derechos de atribución preferente en la sociedad de gananciales de unos cónyuges concretos, la cual podrá ser pactada por los esposos en capitulaciones matrimoniales, tanto antes de contraer matrimonio como durante la vigencia del régimen siempre que se respete el artículo 1328 CC, y más concretamente, «la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge».

Por último, como ocurre con el resto de las adjudicaciones derivadas de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, las que tienen su origen en el ejercicio de un derecho de atribución preferente no tienen eficacia retroactiva²⁹, de modo que los frutos, productos o beneficios producidos durante la comunidad postganancial, incrementarán ésta o se repartirán entre los cónyuges, excónyuges o herederos, conforme a las normas generales, sin que el adjudicatario pueda reclamarlos para sí por el hecho de ser titular de tal derecho de atribución.

²⁶ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 168.

²⁷ Vid. Díez-PICAZO, 1984b, p. 1801.

²⁸ Vid. MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 289.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, VIVAS TESÓN, 2018, p. 352.

III. DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y LIQUIDACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

A) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y PAGO A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la liquidación de la sociedad de gananciales, los créditos de los terceros contra la sociedad tienen preferencia para ser satisfechos antes que los de los cónyuges contra la misma (arts. 1399 y 1403 CC)³⁰, de modo que el primer obstáculo que debe superar el bien al que se refiere el derecho de atribución preferente para llegar a ser atribuido a su titular, es el de la posibilidad de ser utilizado para pagar a los acreedores de la sociedad³¹. Efectivamente, en el caso de que no haya metálico suficiente para satisfacerlos, tal y como se desprende del artículo 1401 CC, podrán realizarse adjudicaciones de bienes gananciales en pago o para pago, siempre que no haya oposición a ello por parte de alguno de los partícipes o de los acreedores, caso en que se procederá a su enajenación, y entre dichos bienes puede estar el que debería, en principio, ser objeto de atribución preferente en la partición. Pues bien, en estos supuestos estimamos que, siempre que de ello no surja perjuicio para el resto de los partícipes, habrá de tratarse de hacer compatibles dichas adjudicaciones o ventas con el derecho de atribución preferente³², para lo cual, lógicamente, ha de haberse manifestado por su titular su voluntad de ejercerlo, ya en un momento anterior, ya en el momento de decidir los bienes que se darán en pago o para pago o los bienes que se venderán para obtener numerario, pero no después de haberse adjudicado o vendido el bien objeto de una hipotética atribución preferente. La pretensión de la otra parte en el sentido de que sean dados o enajenados precisamente los bienes preferentemente atribuibles, cuando puede acudir a otros sin que ello le cause perjuicio, incurrirá en abuso de derecho³³. Observa Rebolledo Varela³⁴, en opinión que compartimos, que la necesidad de respetar en lo posible los derechos de atribución preferente a la hora de hacer frente al pago de las deudas gananciales, es predicable sin problema cuando la elección de los bienes afec-

³⁰ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 512 ss.

³¹ Vid. SAP Lérida, 6 de julio de 2000, JUR 246727

³² Tal y como hace el artículo 265.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, que establece que si «fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán, en tanto sea posible» los derechos de adjudicación preferente.

³³ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 537.

³⁴ Vid. REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 97, nota 137; REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9951.

tados se plantea entre los cónyuges, pero si son los propios acreedores quienes proceden al embargo de bienes gananciales para conseguir el pago de sus créditos, éstos solo deberán atenerse al orden establecido en el artículo 592.2 LEC., en el cual no se hace alusión alguna a los derechos de atribución preferente; no obstante, este mismo autor indica que es posible que pueda alegarse para evitar el embargo del bien o bienes objeto de atribución preferente, la exigencia del artículo 592.1 LEC., de que la enajenación cause la menor onerosidad al ejecutado.

Por consiguiente, si hay otros bienes gananciales utilizables para, de una forma u otra, satisfacer a los acreedores, habrá que acudir a ellos y no al que sea objeto de la atribución preferencial, pero si no es así, el derecho a cobrar de los acreedores prevalecerá sobre el del esposo titular del derecho que estudiamos, de acuerdo con el principio «antes es pagar que partir». No obstante, el cónyuge interesado en la atribución preferencial podrá evitar tal desenlace satisfaciendo la obligación de la sociedad con sus propios bienes (art. 1158 CC), debiéndose distinguir tres supuestos distintos:

1. La obligación ganancial satisfecha por el esposo titular del derecho de atribución preferente era carga de la sociedad (art. 1362 CC) y, por tanto, definitivamente común. En esta hipótesis tendrá derecho a ser compensado por la masa de bienes gananciales, ya sea por la vía del artículo 1403 CC, puesto que tendría un derecho de reintegro por lo que pagó, a satisfacer, en principio, mediante el abono de dinero (lo cual, dadas las circunstancias de falta de liquidez que constituyen el presupuesto del pago efectuado por el esposo, no podrá darse, salvo que se venda precisamente el bien cuya salida de la masa ganancial se ha querido evitar); ya (en general, si es que cuenta con el acuerdo del otro esposo o, de no ser así, si no existe dinero ganancial para pagarle, que es lo que ocurre aquí) recibiendo un plus en la partición por el valor de la mitad de la obligación satisfecha al tercero, plus que se añadiría a su cuota incrementando el valor de su lote, lo que tiene gran importancia al poder hacer posible que el objeto de la atribución preferente quepa íntegramente en la hijuela del beneficiario³⁵. Esta solución podría apoyarse en varios argumentos³⁶: a) Que los derechos de atribución preferente deben

³⁵ Disentimos, por tanto, de la opinión de RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 962, cuando, en términos generales, afirma que si el esposo titular del derecho de atribución preferente, satisface aquélla con su propio peculio, adquiere «a su favor anticipadamente el derecho de uso o la propiedad de los bienes gananciales atribuibles». En nuestra opinión, estamos ante una operación particional, de modo que el esposo acreedor adquirirá el uso o la propiedad cuando se le adjudiquen en la partición.

³⁶ Ya nos referimos a estos argumentos, si bien tratando otras cuestiones en MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 539 y 540.

ser respetados en lo posible y entra dentro de lo posible adjudicar en pago al esposo convertido en acreedor de la comunidad postganancial, el bien preferentemente atribuible, de modo que la negativa a tal adjudicación constituiría un abuso de derecho; b) Que, específicamente para los casos del local profesional y la vivienda habitual, el artículo 1407, segunda parte CC, determina que si el valor de estos bienes o el del derecho de uso o habitación constituido sobre ellos, excede del valor del haber del adjudicatario, éste debe pagar el exceso en dinero, lo cual puede servir para apoyar que el titular del derecho de atribución preferente que ya ha pagado en dinero al acreedor de la sociedad de gananciales, pueda exigir que su crédito frente a la comunidad postganancial se satisfaga mediante la adjudicación del bien preferentemente atribuible en la parte en que el valor de éste exceda del de su haber; c) Que, tal y como sostiene Rams Albesa, en el régimen de participación en las ganancias, el artículo 1432 CC, con el mismo fundamento que justifica los derechos de atribución preferente, permite que el crédito de participación se pague, no en dinero, sino en bienes concretos, no solo cuando existe acuerdo de los interesados, sino también cuando lo decide el Juez a petición del deudor, protegiéndose así «la continuidad y la estabilidad de la profesión, modo de vida e incluso nivel económico del cónyuge que en el momento de la liquidación resulte deudor del otro o de los herederos»³⁷; no obstante, pensamos que este argumento, no tiene mucho peso, ya que se extrae de un régimen económico muy diferente al de gananciales y está pensado para un supuesto muy distinto. Para acabar con este apartado, hemos de decir que no cabe aplicar analógicamente el artículo 1405 CC, estimando que si un esposo satisface una obligación de la sociedad de gananciales, se convierte en acreedor personal del otro por la mitad de lo pagado, ya que el precepto ahora citado está pensado para cuando el cónyuge deudor no paga voluntariamente (es decir, no quiere o no puede pagar), lo cual no ocurre aquí, pues en nuestro caso el cónyuge no titular del derecho de atribución preferente sí que está dispuesto a pagar al tercero acreedor de la sociedad mediante la dación en pago o para pago, o la venta del bien ganancial preferentemente atribuible, y después tampoco se opondría a pagar al esposo que pagó al acreedor, mediante lo obtenido con la venta de dicho bien.

2. La obligación de la que había de responder la sociedad era carga definitiva del esposo no titular del derecho de atribución preferente, y el cónyuge titular la pagó voluntariamente para evitar el peligro de que el bien preferentemente atribuible saliera del patrimonio ganancial a repartir, si no la pagara su cónyuge. En este caso

³⁷ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 984.

será este esposo que debía soportar definitivamente la deuda, quien deberá indemnizar por la totalidad con sus bienes al esposo titular del derecho de atribución preferente que pagó, lo que implicaría que podría entrar en juego el artículo 1405 CC, pues el verdadero deudor era aquél y no la sociedad de gananciales. Nos referiremos a ello más adelante, cuando tratemos del derecho de atribución preferente y los créditos personales entre esposos

3. Si, por último, la obligación era carga definitiva del esposo que pagó (titular del derecho de atribución preferente), aunque fuera de responsabilidad ganancial, nada se le deberá y ningún plus en la partición deberá recibir.

B) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y PAGO DE INDEMNIZACIONES Y REINTEGROS DEBIDOS A LOS CÓNYUGES

Tal y como establece el artículo 1403 CC, una vez «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge». Aunque, en principio, tales derechos de crédito a favor de cada cónyuge y a cargo de la sociedad han de abonarse en dinero y por su importe actualizado (art. 1398.2 y 3, y art. 1358 CC), a falta de éste cabrá acudir, como en el caso anterior, a daciones en pago o para pago con el acuerdo de ambos esposos, o a la venta de bienes para pagar, con lo que podemos encontrarnos con idéntico problema al señalado más arriba, problema que ha de resolverse de igual manera, es decir, tratando de hacer compatibles tales daciones o ventas con el derecho de atribución preferente cuya intención de ejercicio haya sido manifestada por el esposo titular del derecho de atribución³⁸. Además, deberemos tener en cuenta quién es el esposo acreedor, puesto que si es el propio titular del derecho de atribución preferente, podrá acordar con el otro añadir al valor de su cuota en la masa líquida a dividir, el valor de lo que se le debe por reintegros e indemnizaciones, basándonos en los mismos argumentos ya expresados en el

³⁸ Solución ésta recogida por el artículo 265.3 del Código de Derecho Foral de Aragón. En el Derecho francés, el artículo 1470, p. 2 Code civil, establece: «S'il présente un solde en faveur de l'époux, celui-ci a le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever des biens communs jusqu'à due concurrence» y, a continuación, su artículo 1471, determina: «Les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. L'époux qui opère le prélèvement a le droit de choisir les meubles et les immeubles qu'il prélèvera. Il ne saurait cependant préjudicier par son choix aux droits que peut avoir son conjoint de demander le maintien de l'indivision ou l'attribution préférentielle de certains biens», con lo que, aunque da una solución distinta a la del CC español a la satisfacción de las deudas de la sociedad con los cónyuges, también opta por respetar los derechos de atribución preferente en lo posible.

apartado primero del epígrafe anterior, lo que, tal y como vimos, en ocasiones le podrá llevar a conseguir que el objeto de la atribución preferente no rebase el valor de su haber en la partición, siendo trasladable aquí lo mismo que dijimos sobre la necesidad de causa justificada de la negativa del otro esposo, so pena de apreciar abuso de derecho en su actuación.

C) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y CRÉDITOS PERSONALES ENTRE ESPOSOS EN EL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN

Si, en el momento de la liquidación, uno de los cónyuges es acreedor personal del otro y éste se niega a pagarle, el artículo 1405 CC le faculta para exigir que su crédito le sea satisfecho adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente³⁹. El pago en bienes comunes requiere que no exista numerario ganancial⁴⁰ y supondrá que el acreedor tome de más de los bienes gananciales el equivalente de su crédito –que formará un plus en su lote-, y que el deudor lo tome de menos⁴¹. La satisfacción de esta forma de ese derecho de crédito se sitúa, por tanto, en la partición, sin que el cónyuge acreedor tenga, en principio, derecho a elegir los bienes que le han de ser adjudicados en ese concepto⁴²; no obstante, la existencia de un derecho de atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales implicará que la actitud injustificada del esposo no titular del mismo que no haga posible la adjudicación al titular, deberá considerarse como constitutiva de abuso de derecho. Así, a los efectos de nuestro estudio, habrá que distinguir según el esposo acreedor sea a su vez el titular del derecho de atribución preferente o no lo sea. Si es también el titular del derecho de atribución preferente, exigiendo el pago en bienes comunes del artículo 1405 CC conseguirá un plus sobre el valor de su lote y, por tanto, la posibilidad de que el bien objeto de atribución preferente le sea adjudicado por completo; si el cónyuge acreedor no es el titular del derecho de atribución preferente, sino

³⁹ *Vid.* sobre el artículo 1405 CC: MARTÍN MELÉNDEZ, 2010a, pp. 1548 ss., y MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 536 y 537.

⁴⁰ *Vid.* GARCÍA URBANO, 1991, p. 796.

⁴¹ *Vid.* Díez-PICAZO, 1984a, p. 1800; RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1032; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, p. 292. De forma muy diferente se regula esta cuestión en el Derecho francés, en el que el artículo 1470 del Code civil, determina: «Après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre... il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels», pero añadiendo su artículo 1471, p. 1 que «Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne donnent pas lieu à prélèvement...».

⁴² *Vid.* GARCÍA URBANO, 1991, p. 796; PÉREZ GARCÍA, 2012, p. 1193.

que lo es el deudor, por una parte, el lote de éste se verá reducido, lo que puede hacer que el bien objeto de atribución no le sea finalmente adjudicado por completo por exceder del valor residual de su haber y, por otra, habrá de tratarse en lo posible que entre los bienes que sean adjudicados en el plus del lote del acreedor no se encuentre el que sea objeto de atribución preferente, para hacer compatibles ambos derechos.

En conclusión, podemos decir que la falta de numerario ganancial para pagar a los terceros acreedores de la sociedad, la existencia de reintegros e indemnizaciones debidos por la sociedad de gananciales a uno de los esposos, o la presencia de créditos personales entre cónyuges no pagados al liquidarse la sociedad, pueden, según los casos, facilitar o dificultar el juego de los derechos de atribución preferente, si bien siempre ha de tratarse de compatibilizar los derechos de unos y otros.

IV. LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE COMO OPERACIÓN PARTICIONAL: EL LÍMITE DEL HABER DEL ADJUDICATARIO

A) PLANTEAMIENTO

De la dicción literal del artículo 1406 CC, parece desprenderse que los bienes que enumera en sus cuatro apartados podrán adjudicarse al cónyuge titular del derecho de atribución preferente, siempre que su valor no exceda el de su haber en la partición (se incluirán «hasta donde éste alcance», dice el citado precepto). Por tanto, si el bien preferentemente atribuible vale menos o igual que el haber del esposo interesado, podrá serle adjudicado sin mayor problema. Ahora bien, ¿qué ocurrirá si el valor del bien al que se refiere el derecho de atribución preferente que se pretende ejercitar supera el del haber de quien pretende que le sea adjudicado preferentemente? ¿El alcance del haber al que se refiere el artículo 1406 CC es un límite insoslayable que implica que si el valor de dicho bien lo supera, no cabrá llevar a cabo la atribución preferente?⁴³

La cuestión aparece resuelta de forma expresa por el Código civil en el artículo 1407 cuando se trata del local profesional (art. 1406, núm. 3 CC) y la vivienda habitual (art. 1406, núm. 4 CC), a través

⁴³ En el Derecho aragonés no nos encontramos con este problema, ya que el artículo 267.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, no establece el límite del haber del adjudicatario.

de dos vías, debiéndose advertir que la primera puede seguirse con carácter general y no solo en los supuestos de exceso del valor del bien sobre el haber:

1. Posibilitando, si así lo desea el esposo, que esos bienes en vez de ser atribuidos en propiedad, lo sean mediante la constitución de un derecho de uso o de habitación, cuyo valor, por definición, será inferior al del dominio⁴⁴.

2. Permitiendo abonar al otro esposo o sus herederos la diferencia entre el valor del derecho de uso o habitación o del bien y el valor del haber, «en dinero».

Pero, estas soluciones que el artículo 1407 CC recoge para la vivienda y el local profesional de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, ¿serán aplicables también a los bienes de uso personal de su número 1 y a la explotación económica de su número 2? De todo ello nos ocuparemos en las líneas siguientes.

B) CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE USO O HABITACIÓN

B.1 Aspectos generales

Como hemos dicho, el artículo 1407 CC en su primera parte, otorga al cónyuge titular del derecho de atribución preferente sobre la vivienda que fuera su residencia habitual o el local en el que hubiese ejercido su profesión, la facultad de optar entre que dichos bienes le sean atribuidos en propiedad o constituyendo a su favor un derecho de uso (en el caso del local o, según un sector doctrinal, también de la vivienda⁴⁵) o un derecho de habitación (en el caso de la vivienda)⁴⁶, refiriéndose entonces la posibilidad del abono del exceso de valor en dinero aludida en su segunda parte, tanto al supuesto en que se haya optado por la propiedad como al de que se haya optado por el uso o la habitación y fueran estos derechos los que superaran el valor del haber. Ha de observarse que esta opción no queda limitada a los casos en que el valor de la vivienda o el local superen el del haber del esposo beneficiario del derecho de atribución preferente, sino que también se concede cuando su valor es inferior, ya que el artículo 1407 CC hace depender solamente de

⁴⁴ Esta facultad no se reconoce en el artículo 267.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

⁴⁵ Vid. CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, p. 593. Contra O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1511.

⁴⁶ Vid. STS 20 de mayo de 1993, RJ 1993\3809.

«su elección» la consistencia de la adjudicación, sin hacer distinciones al respecto. Ahora bien, la facultad de exigir y, en consecuencia, imponer, la constitución de un derecho real limitado sobre esos bienes, se refiere exclusivamente a los derechos de uso y habitación, no a otros tipos de derechos reales (como podría ser el usufructo) salvo, claro está, que se hubiera previsto en capitulaciones o se acuerde en el momento⁴⁷, lo que justifican algunos autores, porque el uso y la habitación no permiten transmitir su goce a un tercero⁴⁸, justificación que nos parece totalmente acertada por dos razones: la primera porque, como hemos dicho al principio de este trabajo, la finalidad de los derechos de atribución preferente es permitir la continuidad en la satisfacción de ciertos intereses, la cual quedaría defraudada si los bienes o derechos se transmitieran inmediatamente o poco tiempo después de su adjudicación, con lo que el uso y la habitación impedirán de raíz que se de esta hipótesis; y la segunda, que una cosa es que el otro esposo o sus herederos tengan que soportar al cónyuge adjudicatario como titular de un derecho real, y otra que, por voluntad de éste, no solo se vean privados del uso de esos bienes, sino que además tengan que soportar que los use un tercero. También se ha alegado, a nuestro parecer correctamente, que los derechos entre los que se ha de decidir, si se ejerce la opción, van dirigidos solamente a satisfacer las necesidades más perentorias del esposo y su familia, no otras que no lo sean, aparte de que suponen limitar al máximo los poderes del beneficiario⁴⁹.

Por otro lado, el ejercicio de esta facultad de optar cuando se hace a favor de la constitución del correspondiente derecho real limitado indicado en el precepto, tiene una importante consecuencia en la naturaleza de la partición, puesto que respecto a estos bienes no será, como ocurre en general⁵⁰, meramente especificativa o determinativa de derechos, sino que tendrá carácter constitutivo⁵¹, debiéndose valorar el nuevo derecho de uso o habitación creado, cuyo valor se detraerá del de la propiedad que es adjudicado a la otra parte⁵².

En cuanto al tiempo en que puede ejercitarse esta opción, estimamos que será posible hacerlo junto con la declaración de querer

⁴⁷ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1512.

⁴⁸ Vid. GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 654.

⁴⁹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 1016 y 1017, seguido por EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 696.

⁵⁰ Vid., entre otras, STS 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7482; STS 28 de septiembre de 1993, RJ 1993\6657; STS 25 de febrero de 1997, RJ 1997\1328; STS 11 de octubre de 1999, RJ 1999\7324, o RDGRN 28 de febrero de 1992, RJ 1992\2881, RDGRN 6 de febrero de 2008, RJ 2008\637.

⁵¹ En este sentido, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1016.

⁵² Vid. en este sentido, REYES LÓPEZ, 2004, p. 184.

ejercitar el derecho de atribución preferente, lo que nos remite a los tres momentos a los que aludimos más arriba. No obstante, si se hace esta declaración sin ejercer la opción, creemos que se podrá emitir otra posteriormente manifestando el deseo de que lo que se atribuya preferentemente sea el uso o la habitación, siempre que esta segunda tenga lugar antes de haber hecho los lotes⁵³. En el caso de que el beneficiario declare querer ejercitar el derecho de atribución preferente sobre el local o la vivienda, pero no especifique nada más, habiendo llegado ya el momento de hacer el reparto, habrá que entender⁵⁴ que desea que la adjudicación sea en propiedad. Una vez que se ha optado por el uso o la habitación, se plantea la posibilidad de revocación de tal opción por parte del esposo que la ejercitó, respecto a lo cual entendemos que ha de responderse negativamente, para dar seguridad a la otra parte y por exigencias de seriedad de la propia declaración⁵⁵.

También es claro el Código civil respecto a que la posibilidad de opción que se concede al esposo titular del derecho de atribución preferente cuando los bienes objeto del mismo son el local o la vivienda (si la disolución fue por muerte del otro cónyuge) no existe cuando se trata de la empresa o de los bienes de uso personal, puesto que el artículo 1407 CC la refiere en su texto solo a los supuestos de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, discriminación que creemos totalmente justificada. Así, respecto a los bienes de uso personal, siendo en principio bienes muebles –tal y como se desprende de poner en relación el 1406, núm. 1 CC con el artículo 1346, núm. 7 CC–, es implantable la habitación, y el uso se manifiesta poco adecuado porque, tal y como señala Garrido De Palma⁵⁶, se trata de bienes en cierto grado consumibles y que no producen frutos, pero sobre todo porque su goce se inserta en la esfera íntima de la persona, lo que reclama su propiedad. En cuanto a la empresa, la habitación es igualmente rechazable dado el propio concepto y finalidad de la habitación, sin embargo, el uso, merece que nos detengamos un poco más. En efecto, según el artículo 524 CC el uso solo da «derecho a percibir los frutos de la cosa ajena... que basten a las necesidades del usuario y de su familia» y,

⁵³ Sin embargo, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9952, estima que cuando se hace la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución preferente, ha de concretarse también la modalidad de adjudicación que se pretende.

⁵⁴ Tal y como hace GARCÍA URBANO, 1993b, p. 800.

⁵⁵ En este sentido, la SAP Asturias, 2 de febrero de 2018, AC 70297\2018, afirma que estamos ante «un derecho de opción que la Ley le atribuye no una simple facultad, y que en caso de ejercitar este derecho, la opción que la misma realiza, en este caso, con la constitución de un derecho de uso y habitación, es irrevocable e inatacable, por lo que el resto de los herederos deben pasar por ella».

⁵⁶ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 178.

tal y como pone de manifiesto Rams Albesa al estudiar este último precepto y puede deducirse del artículo 526 CC, «la necesidad que se contempla como objeto de protección jurídica en el uso no es el compendio de las necesidades primarias del ser humano y de su familia de modo general, sino aquéllas que se relacionan directamente con la producción del fundo objeto del derecho»⁵⁷, siendo el cubrir esa necesidad la medida y límite del disfrute⁵⁸. Pues bien, en relación con este requisito de que los frutos de la cosa sirvan para satisfacer directamente alguna necesidad del ser humano en general y del usuario en particular, entiende Lacruz⁵⁹ que el derecho de uso «puede comprender bienes muebles e inmuebles, pero no los llamados bienes inmateriales, que dan frutos civiles (dinero) y no son susceptibles de aquella aplicabilidad directa a la satisfacción de alguna necesidad humana» y que «por la misma razón parece imposible un uso de empresa comercial (porque no da sino dinero); sí, en cambio, el de una hacienda industrial o agrícola, porque da productos»; por su parte, Garrido De Palma, en general, niega que quepa constituir un derecho de uso sobre una explotación pues el fruto de la misma es en todo caso dinero y éste, *in natura*, no sirve para satisfacer necesidades humanas⁶⁰. En nuestra opinión, la explotación económica, tiene siempre como finalidad la de intermediar en el mercado de bienes o servicios para obtener dinero; habrá casos, como ocurre en el de la explotación puramente comercial (por ejemplo, un establecimiento dedicado a la venta de electrodomésticos), en que esto será más evidente, pero también cuando estemos ante una explotación agrícola, ganadera o industrial, el fin último perseguido será ése, pues no se agotará con la obtención de los distintos frutos o productos, sino con la introducción en el mercado de los mismos a cambio de dinero. Por consiguiente, como el dinero no sirve en sí mismo para satisfacer ninguna necesidad, pensamos que no cabe constituir un derecho de uso sobre una explotación económica. Lo que sí cabría en ciertos casos, con-

⁵⁷ Vid. RAMS ALBESA, 1991, p. 1386. Vid. también, LACRUZ BERDERJO, 2009, p. 82, según el cual «el uso de un bien –por ejemplo, una finca rústica– no autoriza a percibir tantos frutos como, vendidos, basten para conseguir el dinero suficiente para atender a las diversas necesidades vitales del usuario: alimentación en sentido estricto, vestido, habitación, cuidados médicos, esparcimiento, mobiliario, etc.», sino solo la cantidad suficiente para satisfacer la necesidad a la que sirve cada tipo de fruto, y añade que «los frutos que el usuario recoge en la cantidad justa, según sus necesidades, le pertenecen en plena propiedad; por eso tiene derecho a consumirlos en especie, o venderlos, o también a regalarlos: lo que legitima la apropiación no es el empleo real que vaya a darse a los bienes, sino que éstos se puedan emplear en satisfacer una necesidad real y se perciban en la cantidad precisa para ello, y no más». En este mismo sentido se manifiesta ALBALADEJO, 2010, pp. 554 y 555.

⁵⁸ Como dice Díez-PICAZO/GULLÓN, 2005, p. 366: «El usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá; éste es el límite de su derecho».

⁵⁹ Vid. LACRUZ BERDERJO, 2009, p. 81.

⁶⁰ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 178.

cretamente cuando la base de la explotación está construida por bienes fructíferos o que sirven para fabricar productos, es constituir un derecho de uso sobre estos bienes independientemente de estar integrados en la explotación, pero eso ya no es un derecho de uso sobre la explotación como tal.

Establecido en el primer inciso del artículo 1407 CC que el titular del derecho de atribución preferente puede exigir que se le adjudique la vivienda habitual o el local profesional en propiedad o constituyéndose a su favor un derecho de habitación o de uso respectivamente, a su elección, y derivándose de ello que esta opción no es posible –como hemos visto, justificadamente–, cuando se trata de los bienes de uso personal o de la explotación económica, resultará que en los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, el cónyuge solo podrá exigir la adjudicación en propiedad, sin perjuicio de que de común acuerdo pueda realizarse la adjudicación constituyendo otro tipo de derecho en su beneficio. Ahora bien, ha de advertirse que el término «propiedad» que utiliza este artículo 1407 CC y que hemos trasladado como única opción a los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, no ha de entenderse en sentido estricto, sino como el derecho que tuviera la sociedad de gananciales sobre el bien de que se trate⁶¹, teniendo siempre en cuenta la regulación del derecho en cuestión. Así: la adjudicación del arrendamiento del local de negocio o de industria⁶² al cónyuge que lo gestionó, figurando como arrendatario el otro esposo, se realizará de acuerdo con las normas de la cesión de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 4.3 y art. 32 LAU), aunque si la causa de la disolución de la sociedad de gananciales, fue la muerte o declaración de fallecimiento, se aplicarán las normas de la subrogación *mortis causa* (art. 33 LAU); la atribución preferente del arrendamiento de la vivienda habitual a favor del cónyuge viudo habiendo figurado como arrendatario el esposo fallecido, deberá llevarse a cabo conforme a las normas sobre subrogación por muerte del arrendatario de la misma Ley⁶³ (art. 16 LAU, modi-

⁶¹ Son también de esta opinión GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 170; GARCÍA URBANO, 1993b, p. 802.

⁶² Tal y como ponen de manifiesto SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 316, recogiendo en nota 28 varias sentencias sobre ello: «La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene declarado que la distinción entre los arrendamientos de local de negocio y los de industria o negocio es absolutamente diáfana, dado que mientras que en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial».

⁶³ *Vid.* sobre la atribución del arrendamiento: RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 824 y 825; RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1437 y 1438; REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 92 y 93,

ficado por LO 4/2013, de 4 de junio); si lo que existía era un derecho de usufructo ganancial éste será el que se adjudique al adjudicatario preferente⁶⁴...

B.2 En especial, su compatibilidad con la donación o legado de derecho de habitación del artículo 822 CC

El p. 4 del artículo 822 CC, precepto redactado por la Ley 4/2003, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, declara compatible, tanto el derecho de propiedad, como el derecho de habitación recayente sobre la vivienda habitual, atribuido al viudo por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, con el derecho de habitación correspondiente al legitimario discapacitado⁶⁵ que convivió en la misma con el cónyuge causante, conforme a los p. 1 y 2, del citado precepto⁶⁶.

poniendo de manifiesto, conforme a la doctrina de la STS 3 de abril de 2009, RJ 2009\2806, que «el derecho de arrendamiento de la vivienda no se incluye en el activo de la sociedad conyugal y ninguna adjudicación se realiza de él dentro del procedimiento de liquidación», mientras que el arrendamiento de local sí que podrá ser ganancial o privativo y, en el primer caso, le serán de aplicación los derechos de atribución preferente (*vid.*, además, refiriéndose concretamente al local, REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9941). Nosotros no estamos de acuerdo con ello en relación a la vivienda habitual, aunque ésta sea la posición del Tribunal Supremo, puesto que creemos que el derecho de arrendamiento, tanto de la vivienda, como del local de negocio, puede tener carácter ganancial o privativo, ya celebran el contrato los dos esposos o uno solo (como estimaba, entre otros, LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 431, sin que veamos justificado admitirlo en un caso y no en el otro, dado que el derecho de arrendamiento tiene la misma naturaleza en ambos; otra cosa será que exista dificultad para hallar el criterio determinante de su carácter ganancial o privativo, o resolver el problema de su valoración y que sea necesario atenerse, en todo caso, a lo previsto por la LAU o el artículo 96 CC; adviértase que si el arrendamiento de la vivienda familiar celebrado por un esposo siempre es privativo, también lo será el derecho de retracto derivado de él (art. 25 LAU) y, en caso de ser ejercitado, igualmente lo será la vivienda, aunque sea pagada con dinero común (art. 1346.4 CC). Ya tratamos esta cuestión en MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 1996, pp. 1061 ss. No obstante, no es nuestra postura la que defiende hoy la gran mayoría de la doctrina, que insiste en la imposibilidad de que el arrendamiento de vivienda tenga carácter ganancial, pudiéndose ver como ejemplo de ella, ARGELLICH COMELLES, *RDC*, 2016, pp. 125 ss.

En cuanto a la posibilidad de que el arrendamiento de local de negocio celebrado por un cónyuge sea ganancial, es clara la STC 6 de diciembre de 1989, *BOE* 7 de noviembre de 1989, o STS 20 de enero de 1996, RJ 1997\116. Como ejemplo en la doctrina, *vid.* MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 373, que afirma que si el arrendamiento se concertó durante la vigencia de la sociedad de gananciales, a costa de bienes privativos o comunes, será ganancial, y si se concertó antes de aquélla, será privativo.

⁶⁴ *Vid.* sobre el arrendamiento de negocio y el usufructo de negocio: SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, pp. 316 ss. y 321 ss., respectivamente.

⁶⁵ En cuanto al concepto de discapacitado, conforme a la disposición adicional cuarta del CC, añadida por el artículo 13 de la Ley 4/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha de estarse al concepto definido por el artículo 2.2 de esta última.

⁶⁶ *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010a, p. 942, que entiende que en estos casos «ambos derechos deben coexistir, siendo la situación similar a la que existía en el momento de fallecer el causante... aunque puede producirse un conflicto de intereses entre ambos titulares». También se refiere a esta coexistencia, independientemente de que se opte por la

El artículo 822 CC, aparte de la donación, recoge dos tipos de legado de derecho de habitación: el del artículo 822, p. 1 CC que tiene carácter voluntario y deriva de la disposición del cónyuge causante, y el del párrafo 2, que tiene origen legal, puesto que se atribuye por ministerio de la Ley al legitimario discapacitado conviviente que lo necesite, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente⁶⁷, con lo que la norma tiene un carácter dispositivo⁶⁸. En cuanto a los requisitos necesarios para que pueda constituirse este derecho de habitación y comunes a ambos casos, serían la condición de discapacitado y de legitimario (ya sea, descendiente, ascendiente o cónyuge) del legatario, y la convivencia con el testador en la época inmediatamente anterior al fallecimiento de éste⁶⁹; además, en el caso del legado legal, se exige, que el legatario tenga necesidad de vivienda, lo que implica que queden excluidos los legitimarios discapacitados que tengan derecho sobre una vivienda antes del fallecimiento del causante o como consecuencia de una disposición *mortis causa*⁷⁰.

Pues bien, a pesar de la simplicidad con que se despacha el párrafo 4 del citado al 822 CC, lo cierto es que suscita dudas de interpretación importantes con relación a los derechos de atribución preferente. Lo primero que llama la atención es que, con independencia de que el causante pueda donar o legar un derecho de habitación sobre un bien de su exclusiva propiedad, la compatibilidad del derecho de habitación de los párrafos 1 y 2 del artículo 822 CC, correspondiente al legitimario discapacitado, con los de los artículos 1406 y 1407 CC, implica que los bienes a los que entonces se refiere son necesariamente gananciales. Esto quiere decir, centrándonos en el artículo 822, p. 1 CC, que tanto la donación hecha por el esposo premuerto, como el legado contenido en su testamento, afectan a una vivienda de tal naturaleza; naturaleza ganancial que debería impedir, por una parte, que un esposo por sí solo pudiera hacer actos de disposición a título gratuito sin el consentimiento del otro (arts. 1322, p. 2 y 1378 CC) y, por otra, que el legado fuera eficaz desde el punto de vista de suponer la adquisición del derecho de habitación sobre la vivienda por el legatario, aunque ésta no hubiera sido adjudicada a la herencia del testador (frente a lo establecido en

propiedad o por el uso o habitación: O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 844; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 697.

⁶⁷ Vid. FUENTESECA, 2004, p. 1757.

⁶⁸ Vid. BUSTO LAGO, 2013a, p. 1148.

⁶⁹ Tal y como señalan TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 372, la discapacidad y la convivencia se apreciarán en el momento de la apertura de la sucesión, no en el de la donación o el del otorgamiento del testamento.

⁷⁰ Tal y como expone RAGEL SÁNCHEZ, 2004, p. 4029.

el art. 1380 CC⁷¹). Sin embargo, frente a ello, de una primera lectura parece desprenderse que el artículo 822, p.1 en relación con el p. 4 CC está permitiendo al esposo causante contravenir las normas citadas, haciendo donaciones válidas y eficaces de un bien ganancial sin contar con el consentimiento del otro esposo, y legados sobre bienes comunes eficaces en cuanto tales⁷² aunque el bien afectado termine siendo adjudicado al lote del viudo, lo cual es más llamativo si tenemos en cuenta que las normas vulneradas son fundamentales y básicas en el régimen de la sociedad de gananciales. Por esta razón, en nuestra opinión, ha de tratarse de conjugar las normas del régimen económico del matrimonio con lo establecido en el artículo 822 CC de modo que aquéllas sean respetadas en lo posible. De acuerdo con ello resultará que:

1. Aunque el cónyuge titular de un bien privativo, puede disponer a título gratuito sin el consentimiento del otro (teniendo en cuenta, cuando se trata de la vivienda familiar, el artículo 1320 CC, que exige el asentimiento del esposo no titular y que, por otra parte, no impide tal disposición si no se priva del uso de la misma a la familia⁷³), no creemos que el artículo 822 CC suponga facultar a un esposo para disponer a título gratuito de los derechos sobre la vivienda habitual ganancial, por sí solo, sino que, en todo caso, para hacer la donación del derecho de habitación requerirá el consentimiento (no simple asentimiento) del otro cónyuge, que después resultará ser el viudo⁷⁴. Así las cosas, pensamos que lo que desde este punto de vista quiere decir el artículo 822, p. 4 CC, es que, realizada la donación del derecho de habitación con el consentimiento de ambos esposos en favor del legitimario discapacitado de uno de ellos (o, en su caso, de los dos), fallecido éste (o cualquiera de ellos, en el segundo supuesto), el legitimario discapacitado podrá seguir disfrutando de su derecho de habitación, independientemente de que en la partición la vivienda sea adjudicada en propiedad o en uso o habitación, por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, al viudo, o no lo sea y vaya a parar al lote de los hered-

⁷¹ Vid. sobre este artículo, aplicable también por analogía al legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, pp. 1370 ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, ADC, 1990, pp. 794 ss., que en pp. 828 y 829, sostiene que la disposición testamentaria de un bien ganancial, debe ceder ante el derecho de atribución preferente.

⁷² En este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2014, p. 152, que entiende que estamos ante una excepción al artículo 1380 CC, ya que «el espíritu de la norma no puede estar en dejar en manos de la decisión del cónyuge viudo la subsistencia de la institución del legado de habitación, si bien creo que debería haberlo previsto el legislador, en el sentido ya expuesto en cuanto a la aplicación del artículo 813 CC»; RIVERA FERNÁNDEZ, 2016, p. 871, para el que «el artículo 822 establece un excepción a la solución dada por el artículo 1380 CC».

⁷³ Vid. STS 6 de junio de 1993, RJ 1993\4466.

⁷⁴ En este sentido, también: RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6108.

ros del difunto. Dicho de otra manera: el hecho de que se haya donado válidamente el derecho de habitación al legitimario discapacitado, no impedirá al esposo superviviente ejercer su derecho de atribución preferente.

2. Respecto al legado del derecho de habitación sobre vivienda ganancial, como hemos dicho, éste solo debería ser eficaz con relación a tal objeto, y no simplemente como legado del valor del mismo, si la vivienda o, al menos, el derecho de habitación, fuera adjudicado en el lote de los herederos del esposo causante premuerto (art. 1380 CC), lo cual dependerá de que en la partición de los gananciales, no sea adjudicado al viudo, ya que la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales, tanto lógica como temporalmente, son anteriores a la liquidación y partición de la herencia⁷⁵. Si esto es así, si el esposo superviviente, basándose en el artículo 1406, núm. 4 CC, solicita la adjudicación en su haber, de la vivienda habitual, ya no podría ser eficaz *in natura* el legado instituido por el esposo causante en favor del legitimario discapacitado y debería entenderse legado su valor (art. 1380 CC⁷⁶). Sin embargo, el artículo 822, p. 4 CC dispone de forma imperativa («no impedirá la atribución») e incluyendo sin matizaciones todos los supuestos previstos en los dos primeros párrafos («lo dispuesto en los dos primeros párrafos»), que «coexistirán» los derechos del legitimario y del viudo, lo que significa que el legado será eficaz en cuanto referido al derecho de habitación aunque recaiga sobre la vivienda habitual adjudicada en la liquidación de los gananciales al cónyuge superviviente, ya en propiedad, ya en uso o habitación. ¿Cómo explicar esta situación? Obsérvese que no estamos ante un legado de cosa ajena, en el que el heredero tiene la obligación de adquirir lo legado para entregárselo al legatario (art. 861 CC), ya que, por una parte, la vivienda ganancial pertenecía, aunque en comunidad germánica, al testador cuando hizo el testamento y hasta el momento de su muerte y, por otra, el discapacitado adquirirá el derecho de *habitación*, por vía sucesoria y directamente del causante, sin que los herederos tengan que adquirirlo de manos del superviviente adjudicatario, lo que a su vez contravendría lo establecido por el artículo 1380 CC («se entenderá legado el valor»). Expuesto así el problema, nosotros no pensamos, como hace un sector doctrinal⁷⁷, que si la propiedad de la vivienda es adjudicada

⁷⁵ Vid., recientemente, por ejemplo, RDGRN 29 de junio de 2017, BOE 25 de julio de 2017. En la doctrina, vid. ABASCAL MONEDERO, *RDP*, pp. 409 ss.

⁷⁶ Vid. REQUEIXO SOTO, 2016, pp. 1229 y 1230.

⁷⁷ Vid. DÍAZ ALABART, 2014, p. 870; RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6108; NOGUERA NEBOT, *RDUNED*, 2006, p. 488; BUSTO LAGO, 2013a, p. 1148; MONASTIER MORALES, 2014, p. 836, si bien propone, para evitar la compensación al legatario del artículo 1380 CC, recurrir al artículo 3.1 CC y a la tutela judicial efectiva, «en pro del sujeto más necesitado de protección, ante la posibilidad (no deseable pero posible) de un fraude de Ley».

preferentemente al viudo, haya de aplicarse el artículo 1380 CC y, como consecuencia de ello, haya de entenderse legado el valor del derecho de habitación, puesto que esto contradice el tenor del artículo 822, p. 4 CC que, como hemos dicho, clara e imperativamente dice que los derechos derivados de los artículos 1406 y 1407 CC coexistirán con el derecho de habitación donado o legado voluntaria o legalmente al legitimario discapacitado. En nuestra opinión, a través de este legado, se está permitiendo al esposo que tiene un legitimario discapacitado que convive con él en la vivienda habitual, configurar, por anticipado (obviamente, puesto que en el momento en que se vaya a partir el patrimonio ganancial, él ya habrá muerto), el lote que les ha de corresponder a sus sucesores en la partición del patrimonio ganancial, igual que se lo permitirá al supérstite a través de los derechos de atribución preferente; pero, a diferencia de lo que ocurre cuando los dos esposos viven y en ambos se dan los requisitos exigidos para ser titular de un derecho de atribución preferente sobre el mismo bien, que es que ninguno tendrá preferencia para la adjudicación⁷⁸, en el caso del artículo 822, p. 1 CC, las dos preferencias se respetarán, de modo que si el supérstite opta por la propiedad de la vivienda, la recibirá gravada por el derecho de habitación, y si opta por el derecho de habitación, éste coexistirá con el del discapacitado. De este modo, incluido el derecho de habitación en el lote del premuerto, podrá ser eficaz el legado *establecido* por el causante. Por tanto, la eficacia del legado de habitación es doble: primero, supone ejercer un derecho de configuración de los lotes en la partición de los gananciales, y segundo, una disposición de última voluntad a título singular, todo lo cual se justifica en aras de la protección del discapacitado, objetivo de la Ley 41/2003.

3. Cuando es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación al discapacitado, dicha asignación ha de justificarse en el deseo del legislador de atender especialmente al legitimario conviviente cuando está necesitado de vivienda⁷⁹. También aquí entendemos que el derecho de habitación se adjudicará en el lote del

⁷⁸ *Vid.*, refiriéndose a un caso en el que ambos esposos gestionaban efectivamente una explotación económica de un taxi, SAP Castellón, 13 de septiembre de 2016, AC 102\2016, negando la existencia el derecho de atribución preferente en favor de cualquiera de los esposos.

⁷⁹ En cuanto a cuándo existe necesidad de vivienda, *vid.* DÍAZ ALABART, 2014, pp. 873 y 874, según la cual: «Evidentemente, existirá siempre que el discapacitado no tenga otra vivienda a su disposición y carezca de los medios económicos suficientes para dedicarlos a cubrir dicha necesidad (en arrendamiento o adquiriéndola), también puede darse aunque tenga una vivienda pero que por su situación o características no sea la adecuada para sus necesidades. ¿Se puede decir que hay necesidad si tiene varias viviendas aunque ninguna se adecue? La respuesta es dudosa ya que siempre puede enajenar alguna y con ello poner en condiciones otra de ellas. Creo que en estos casos será también importante ver cuál es la situación de los demás legitimarios».

premuerto, aunque esta vez por voluntad de la Ley, y desde allí irá a parar al legitimario discapacitado en situación de necesidad. Además, en estos casos, si el supérstite opta por la propiedad de la vivienda, la recibirá con el gravamen del derecho de habitación en favor del discapacitado, y si opta por el derecho de uso o habitación, deberá compartir la vivienda con éste, de modo que el heredero o legatario (si se dan los requisitos del artículo 1380 CC) que resulte ser adjudicatario de la vivienda o, mientras se realiza la partición de la herencia, el conjunto de los herederos, la recibirá gravada con el derecho del viudo y del discapacitado.

En todos los supuestos expuestos, es posible que surjan desavenencias entre el viudo y el legitimario discapacitado que no hagan posible en la práctica el disfrute de sus respectivos derechos⁸⁰, lo cual se dará, sobre todo, cuando el legitimario discapacitado no sea un descendiente común del fallecido y el viudo. Ante ello, lejos de defender que habría que restringir la aplicación del artículo 822, p. 4 CC a los casos en que el supérstite sea progenitor del legitimario discapacitado, en los cuales puede haber problemas igualmente, creemos que se hará necesaria la intervención del juez para que éste establezca medidas que puedan facilitar la convivencia o reparta temporalmente el uso de la vivienda, si es que los interesados no llegan a un acuerdo⁸¹. También se ha hecho alusión a la posibilidad de que las dificultades surjan por ser las necesidades habitacionales de los titulares del derecho de habitación, «incompatibles con la estructura o superficie de la vivienda»⁸²; nosotros creemos que esto no puede ser inconveniente, puesto que, dado que tanto el viudo como el legitimario discapacitado, por las propias exigencias de los requisitos de aplicación de los artículos 1406, núm. 4 y 822 CC, ya convivían con anterioridad con el fallecido en la misma vivienda, se trataría de que continuaran en ella de la misma manera que lo hacían antes e, incluso, con más espacio físico aún, puesto que el cónyuge causante, ya no habitará con ellos.

En cuanto a la no computación del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas⁸³ a que se refiere el p. 1 del artículo 822 CC directamente, y el p. 2 del mismo precepto, por referencia al primero («en las mismas condiciones»), cuando juegan los derechos de

⁸⁰ De ello se hace eco la doctrina. Es, por ejemplo, el caso de MONESTIER MORALES, 2014, p. 336.

⁸¹ Punto este en el que coincidimos con, RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6109.

⁸² Vid. BUSTO LAGO, 2015, p. 225; BUSTO LAGO, 2013a, pp. 1148 y 1149.

⁸³ Vid. una perspectiva general sobre ello, en TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012a, p. 44.

atribución preferente⁸⁴, hemos de hacer también alguna observación⁸⁵. Se trata de que, en nuestra opinión: 1. Cuando el derecho de habitación recayente sobre vivienda ganancial fue donado por ambos cónyuges, habrá de descontarse del valor de la vivienda adjudicada en propiedad al viudo, el valor del derecho de habitación donado al legitimario discapacitado y, si el viudo opta por otro derecho de habitación conforme al artículo 1407 CC, el valor de éste será descontado del valor de la propiedad incluida en el lote de los herederos del esposo premuerto; por otra parte, lo que dejará de computarse para el cálculo de la legítima (art. 822, p. 1 en relación con el artículo 818 CC) será la mitad del valor del derecho de habitación donado al legitimario discapacitado, puesto que la donación la hicieron ambos esposos y a ambos pertenecía la vivienda. 2. Cuando se trata de legado, puesto que el viudo no tiene por qué soportar los deseos del causante de favorecer al legitimario discapacitado de éste a costa de la vivienda habitual, el derecho de habitación y su valor deberá ser tenido en cuenta al hacer la partición de los gananciales, descontándose del de la propiedad de la vivienda cuando el viudo optara por ésta y computándose en el lote adjudicado a los sucesores del causante; pero este valor no se tendrá en cuenta para el cómputo de las legítimas en la sucesión del cónyuge premuerto (art. 822, p. 1 CC) y, por tanto, quedará fuera del *relictum* a los efectos de determinar la base para calcular aquéllas y el discapacitado tendrá que imputarlo en la suya. 3. Cuando es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación, de la misma manera que indicamos más arriba, se tendrá en cuenta su valor en la partición de los gananciales, puesto que el supérstite no tiene por qué

⁸⁴ Aclara RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6100, que la no computación para el cálculo de las legítimas «significa que el derecho de habitación constituido por donación o legado no se sumará a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados. La computación y el cálculo de la legítima, de todas las legítimas, se efectuarán sin tener en cuenta el valor del derecho de habitación donado o legado. Así... si los legitimarios son dos hijos y uno de ellos es discapacitado, el derecho de habitación donado anteriormente en favor de este último no se sumará al *relictum* a la hora de hacer la reunión ficticia de los bienes hereditarios. Y como el valor del derecho de habitación no se tuvo en cuenta a la hora de calcular la legítima, la vivienda atribuida al hijo no discapacitado, cuando sea aquella sobre la que recae el derecho de habitación de su hermano tendrá que soportar este gravamen, que no se restará del valor económico del inmueble». Igualmente, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, 2004, p. 4024. Por su parte, MONASTIER MORALES, 2014, p. 334, entiende que «no solo el legado no será objeto de computación, sino que el mismo queda también exento de cualquier otra operación para el cálculo de la legítima como la imputación o, en su caso, la colación de los legados existiendo herederos forzosos, salvo disposición en contrario del testador (art. 1037)». *Vid.* también TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016a, p. 372.

⁸⁵ Dice DÍAZ ALABART, 2014, p. 872, al referirse a este tema: «En la legítima del discapacitado... no se computa este derecho adquirido, lo que disminuye la legítima de todos los legitimarios (incluido el propio discapacitado). Ahora bien lo justo es que la carga se distribuya entre todos proporcionalmente, luego el adjudicar la propiedad o el uso de la vivienda al cónyuge viudo habrá de hacerse tomando en consideración al disminución objetiva del valor de ese derecho por mor del derecho de uso del discapacitado».

soportar la necesidad de vivienda del legitimario del esposo fallecido, pero no se computará para el cálculo de las legítimas en la sucesión de éste, tal y como resulta, en nuestra opinión, de la propia letra del artículo 822, p. 2 CC, al decir que el derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley «en las mismas condiciones» que las expresadas en el p. 1 del mismo precepto.

Hasta ahora hemos tratado este tema pensando que el legitimario discapacitado es una persona distinta del viudo, pero, ¿qué ocurrirá si el legitimario discapacitado es precisamente el cónyuge supérstite? También aquí tendremos que distinguir según los casos: 1. Siendo la vivienda ganancial, es obvio que no podremos encontrarnos con una donación en vida del derecho de habitación, puesto que la facultad constitutiva del mismo ya está integrada en el derecho de propiedad del que era titular el que después será el viudo, junto a su cónyuge, futuro causante. 2. Si se trata de un legado en favor del supérstite, apoyándose en el artículo 1406, núm. 4 y el 1407 CC, éste podrá exigir la atribución de la propiedad de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual será incluida en su lote, descontando de su valor, el del derecho de habitación, el cual irá a parar a la hijuela correspondiente a los sucesores del causante, desde donde pasará, como consecuencia del legado, al patrimonio del esposo legatario, pero esta vez, sin tener en consideración su estimación económica a la hora de calcular las legítimas. Sin embargo, el viudo no podrá optar por el derecho de habitación conforme al artículo 1407 CC, por la sencilla razón de que, como ya hemos dicho, la Ley atribuyó al causante la facultad de configurar, mediante la institución de un legado de derecho de habitación, el lote correspondiente a sus sucesores, incluso, frente al otro esposo, por lo que recibirá el legado por el mismo mecanismo y con el mismo resultado que el explicado anteriormente, y no se tendrá en cuenta para el cálculo de las legítimas. 3. Si es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación al viudo discapacitado, por darse en él la situación de necesidad de la vivienda y no haberlo excluido o dispuesto otra cosa el esposo premuerto, de acuerdo con el artículo 822, p. 2 CC, que dice que la atribución se hará «en las mismas condiciones» previstas en el artículo 822, p. 1 CC, deberemos concluir que se entenderá incluido el derecho de habitación en el haber del premuerto por su valor y, desde allí, pasará al patrimonio del supérstite, sin tenerlo en cuenta para el cálculo de las legítimas, todo ello, sin perjuicio de que el viudo pueda solicitar la atribución preferente de la propiedad de la vivienda, en los mismo términos que apuntamos más arriba.

C) POSIBILIDAD DE PAGAR EL EXCESO SOBRE EL HABER EN DINERO

C.1 Casos en que procede

C.1.a EL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 1407 CC

Vista la primera parte del artículo 1407 CC, y habiendo concluido que no puede aplicarse a los bienes de uso personal y a la empresa, podemos pasar a tratar la segunda, cuyo tenor literal creemos conveniente reproducir. Concretamente dice: «Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero»⁸⁶.

Independientemente de reprobar su poco cuidada redacción –al decir «superara al de haber», en lugar de «superara al del haber», o hablar de «los bienes o el derecho», en lugar de «el bien o el derecho» o «los bienes o los derechos»–, estimamos que esta regla se refiere solo a los supuestos de atribución preferente de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC. Otra cosa sería, si en vez de estar unida al inciso primero del artículo del que forma parte con un punto y seguido, estuviera separada de él a través de un punto y aparte, pues eso nos serviría para interpretar que «los bienes» de que habla son todos los del 1406 CC y no solo la vivienda y el local profesional. Ello no obstante, hay quien⁸⁷ extiende sin más esta norma a los bienes de uso personal y a la explotación económica, dando por supuesto que es así, pero la mayoría de la doctrina entiende que este precepto se refiere sólo a la vivienda y al local y lleva a cabo una contundente crítica de la misma⁸⁸ por encontrar totalmente injustificado que no se haya establecido, en general, para todos los supuestos del artículo 1406 CC⁸⁹.

Realmente, la cuestión, tratándose de los bienes de uso personal, tiene poca importancia práctica dado su escaso valor en com-

⁸⁶ Vid. STS 1 de julio de 1991, RJ 1991/5314 o SAP Badajoz 26 de marzo de 2007, AC 2007\1312.

⁸⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, 2018a, p. 206; GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, p. 206.

⁸⁸ No así MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1897, que encuentra justificados los aspectos diferenciales en la regulación de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC por los «especialísimos fines a que sirven los apartados 3 y 4... (continuación de la actividad profesional y mantenimiento de la vivienda en la que el cónyuge habita)»

⁸⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 536; RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 1012, 1017, 1021 ss., recordando que en los ordenamientos en los que se admiten los derechos de atribución preferente, el pago en dinero se admite como regla general; GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 182 ss.; MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 315; FONSECA, *RDP*, 1986, pp. 19 y 35; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 374; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 270; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1200 y 1203; GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 655; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, 2006, p. 96.

paración, en términos generales, con el total del lote, pero cobra gran relevancia cuando se plantea respecto de la explotación, entendiendo la misma como «conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular, con destino a la producción o mediación de bienes o servicios, con vistas a la obtención de una ganancia»⁹⁰ o, más sencillamente y según decíamos en otro lugar, como «conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, es decir, la empresa en sentido objetivo»⁹¹. Y decimos que tiene mayor importancia la cuestión en este caso, porque el valor de la explotación económica ganancial⁹² superará a menudo el del haber del esposo que pretende su adjudicación. Por ello, en las siguientes líneas estudiaremos este tema básicamente desde el punto de vista de la explotación económica y, como la solución del problema planteado ha de tener como guía la finalidad del derecho de atribución preferente, comenzaremos por hacer unas aclaraciones sobre el objetivo del artículo 1406, núm. 2 CC en particular, para pasar a continuación a analizar las distintas opiniones existentes en la doctrina, y terminar exponiendo la que nosotros proponemos.

C.1.b FINALIDAD DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406, NÚM. 2 CC

Como indicamos más arriba, en general, la finalidad que justifica los derechos de atribución preferente es satisfacer ciertos intereses personales o de afección del cónyuge titular de los mismos. Pues bien, cuando hablamos de la explotación económica ese interés personal o de afección es, concretamente, el interés en la continuación del ejercicio de la empresa o, dicho de otra manera (utilizando las palabras del propio artículo 1406, núm. 2 CC, en su actual redacción), el interés en continuar dedicándose a la «gestión efectiva»⁹³ de la explotación, lo que no es más que facilitar al espo-

⁹⁰ *Vid.*: O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1511.

⁹¹ *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ. *RCDI*, 2015, pp. 3180 ss., donde profundizamos en esta cuestión. *Vid.* en el mismo sentido: STS 20 de noviembre de 2000, ROJ: STS 8428/2000 - ECLI: ES: TS:2000:8428. Hablando de explotación en sentido amplio, *vid.* la SAP Córdoba, 2 de junio de 2018, JUR 2018\218901. Negando la existencia de explotación en el caso, *vid.* SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2014, AC 428\2014.

⁹² Sobre la determinación del carácter ganancial de la explotación, *vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, *RDF*, 2008, p. 75 ss.

⁹³ Haber gestionado efectivamente la explotación, es requisito imprescindible para ser titular del derecho de atribución preferente sobre la misma. *Vid.* STS 9 de mayo de 2008, RJ 2008\2970, cuya doctrina es seguida por SAP Soria, 4 de septiembre de 2014, JUR 2014\256642. Refiriéndose a la posibilidad de continuar en la gestión efectiva tras la partición a pesar de los problemas de salud del esposo: SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016; Roj: SAP LU 788/2016 - ECLI: ES: APLU:2016:788. Se refiere a la posibi-

so proseguir con su trabajo y medio de vida, tal y como hasta entonces lo venía haciendo⁹⁴.

Tratándose de satisfacer este interés, la Ley faculta a quien lo ostenta para exigir que le sea atribuida la titularidad de la explotación, de donde se seguirá, siempre que ésta no exceda del valor de su lote: 1. Por un lado, que no se aplicará el artículo 1061 CC, evitándose así tanto su división y adjudicación por partes iguales al cónyuge gestor y al no gestor o herederos de éste⁹⁵ (como exigiría el principio de igualdad cualitativa de los lotes si no hubiera otras explotaciones en el patrimonio ganancial), como las injerencias de estas personas en la gestión empresarial derivadas de su cotitularidad; 2. Por otro, que si la explotación es indivisible o desmerece mucho por la división, tampoco podrá llegar a acudirse al párrafo 2.º del artículo 1062 CC, cuya aplicación supondría, normalmente, el fin de la actividad económica del esposo que, durante quizá mucho tiempo, mientras duró la sociedad de gananciales, dedicó todo su trabajo y esfuerzo a sacar adelante la empresa ganancial; 3. Por último, y como resultado más evidente, se impedirá que la explotación sea incluida enteramente en el lote del cónyuge no gestor o sus herederos.

Por consiguiente, la atribución de la explotación al esposo en el que concurren los requisitos del artículo 1406, núm. 2 CC es el medio para conseguir el fin perseguido que es la continuación de la actividad del esposo en la empresa, y este medio conlleva, entre otras consecuencias, la de la conservación de la unidad de la explotación; sin embargo, ésta no constituye el fin pretendido por el precepto⁹⁶, que atiende más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que en la economía general⁹⁷ puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que

lidad de continuar con la gestión de la explotación ganadera, la SAP Córdoba, 24 de febrero de 2005, JUR 2005\145083

⁹⁴ Del mismo modo que el fin del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 CC, sobre el local, es la continuidad en el ejercicio de la profesión. *Vid.* SAP Murcia, 10 de junio de 2011, JUR 2011\266399.

⁹⁵ En caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge no gestor de la explotación.

⁹⁶ En sentido contrario a lo que nosotros pensamos, el Tribunal Supremo ha declarado que éste (conservación de la empresa como unidad económica) es el fundamento del derecho potestativo del artículo 1406, núm. 2 CC. *Vid.* STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992\4391, según la cual: «... la preferencia o privilegio que otorga el derecho potestativo del núm. 2.º del art. 1406... ha de buscarse en la conservación de la empresa como unidad económica, de la que no forma parte aquel elemento que ha sido erradicado o excluido de la misma, dato que, con acierto, considera la Audiencia fundamental para aplicar las normas generales de la partición». Igualmente, SAP La Coruña, 20 de febrero de 2009, AC 77\2009.

⁹⁷ No ocurre esto en el Derecho francés, en el que la finalidad de los derechos de atribución preferente –nacidos en el derecho de sucesiones (art. 831 ss. *Code civil*), de donde pasaron al derecho de familia y, más concretamente, a la *communauté légale* (arts. 1471, 1475, p. 2 y art. 1476 *Code civil*)–, es conservar la unidad de la explotación.

exista una empresa ganancial. No obstante, este efecto provocado por el medio elegido por el legislador para satisfacer el interés personal del esposo gestor de la explotación en continuar con su gestión, se ha revelado de tanta importancia que –conforme al criterio de la realidad social del tiempo en que se aplican las normas del artículo 3 CC–, no podemos perderlo de vista a la hora de interpretar el derecho de atribución preferente que estudiamos, si bien, repetimos, la finalidad que ha de tenerse por prioritaria para resolver los distintos problemas que nos podamos encontrar en la aplicación de los artículos 1406, núm. 2 y 1407 CC, es la de continuidad del esposo al frente de la explotación⁹⁸, que ha de considerarse manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 C y del derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 de la misma norma fundamental⁹⁹. A corroborar lo que acabamos de decir, contribuye, en nuestra opinión, el hecho de que la unidad en la titularidad de la explotación en el sentido de evitar la comunidad por cuotas sobre la misma, no es un objetivo prioritario a conseguir, tampoco dentro de la regulación de la sociedad de gananciales en general, tal y como lo demuestra la evolución sufrida por el texto del artículo 1347, núm. 5 CC desde el Proyecto de 4 de octubre de 1978 hasta su redacción definitiva fruto de una enmienda a la redacción del Proyecto de 14 de septiembre de 1979¹⁰⁰. En efecto, mientras el artículo 1342 CC, que

⁹⁸ Esta misma opinión ya la sostuvimos en: MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, p. 3171. Postura semejante es defendida también por otros autores que han tratado el tema. Así: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 765 y 788; MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 294.

Otros, hablan de ambas finalidades sin considerar una de ellas como principal, siendo el caso de: GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 30; Díez BALLESTEROS, 1997, p. 401; GARCÍA URBANO, 1993a, p. 798; FONSECA, *RDP*, 1986, p. 114; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 256; refiriéndose al caso específico de la explotación agrícola, MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 363; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1196 y 1197. A ellos podríamos añadir a O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1510, que considera como fundamento del precepto, «el reconocimiento legal del principio de libertad empresarial y profesional, así como del de conservación y continuidad de la empresa».

Otros, se refieren sólo a la finalidad de posibilitar la continuación al frente de la explotación por parte del esposo que la gestionó. Es el caso de: MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1896.

Por su parte, SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 129, defiende que la finalidad del artículo 1406, núm. 2 CC es facilitar que no se divida la explotación económica, con lo que se asegura la continuidad de la empresa bajo la misma dirección, lo que nos lleva a entender que coloca como primer objetivo, la conservación de la empresa indivisa; y GUILLÉN CATALÁN, 2017, p. 868, considera que el fin general del artículo 1406 es «mitigar los riesgos de división de determinados bienes».

Por último, si bien refiriéndose únicamente al derecho de adjudicación preferente aragonés del artículo 85.2.c de la Ley 2/2003, de las Cortes de Aragón, de régimen económico matrimonial y viudedad, equivalente al actual artículo 267-2.c del Código Foral de Derecho de Aragón, MARTÍNEZ CORTÉS, 2005, p. 322, sólo reconoce como finalidad la conservación de la empresa con independencia de los avatares del matrimonio.

⁹⁹ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 13 y 30.

¹⁰⁰ *Vid.*, sobre la elaboración parlamentaria del artículo 1347 CC, TORRALBA SORIANO, 1984, pp. 1603 y 1604.

era el que enumeraba los bienes gananciales en el primer proyecto citado, establecía en su número 5, velando por alcanzar una titularidad unitaria de la empresa, que serían gananciales «Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa concurre capital privativo y capital común, la cualidad del bien dependerá del mayor importe de uno u otro, sin perjuicio de los derechos de reembolso», y esta misma idea se mantenía, si bien cambiando la redacción, en el artículo 1347, núm. 5 CC del citado Proyecto de 1979 que determinaba que serían gananciales «5.º Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas, en su mayor parte, de bienes comunes», en la redacción que pasó a ser el texto vigente, fruto de la enmienda 324 del Grupo Socialista, al criterio de la procedencia mayoritaria de los fondos empleados en la fundación de la empresa o explotación en caso de concurrencia de fondos de distinta naturaleza, le sustituye el de la subrogación real con la consiguiente constitución de una comunidad romana o por cuotas, fruto de la remisión al artículo 1354 CC.

También se ha traído a colación¹⁰¹ para defender que el fin propio del artículo 1406, núm. 3 CC es mantener la unidad de la explotación, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en sus apartados I y II, en los que, haciendo gala de una pésima técnica jurídica repite el siguiente párrafo: «Por último, se introducen modificaciones en el Código civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.». Esos tres, llamados «aspectos» a que se refiere, son los artículos 1056, p. 2¹⁰², 1271, p. 2 y 1406, núm. 3 CC. Pues bien, no creemos que lo declarado en el fragmento reproducido sea suficiente para funda-

¹⁰¹ Vid. SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 129.

¹⁰² Este artículo se reforma para aclarar las dudas que había suscitado la redacción de 1981 y, así, sustituye la enumeración de tipos de explotación que se hacía anteriormente («explotación agrícola, comercial o industrial»), que la doctrina había considerado que tenía simple carácter ejemplificativo, por una expresión más general («explotación económica») y lo mismo hace con la proposición referida a la actividad que debía desarrollar el esposo beneficiario («que hubiera llevado con su trabajo»), aclarando que ha debido dedicarse a gestionar efectivamente la explotación («que hubiera gestionado efectivamente»). Vid. sobre ello, MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 3176 ss.

mentar que el fin del 1406, núm. 3 CC es el de mantener la unidad de la empresa y no el de posibilitar al esposo gestor continuar con su actividad al frente de la misma. Ello, en primer lugar porque, a pesar de que se habla de los tres artículos sin hacer distinción, solo los dos primeramente citados encajarían dentro de la descripción que hace la Exposición de Motivos («dotarla [a la unidad productiva] de instrumentos que permitan *diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión* más adecuada de la empresa»), puesto que cuando se habla de que estamos ante instrumentos que facultan al emprendedor para diseñar *durante su vida la sucesión* de la empresa, es lógico pensar que se está refiriendo a facultar para ordenar la sucesión por causa de muerte del empresario, lo cual no es el caso del artículo 1406, núm. 3 CC, pues incluso aunque la disolución de la sociedad de gananciales tuviera lugar por muerte del otro esposo, la liquidación y partición del patrimonio ganancial, a la que afectan los derechos de atribución preferente, se colocarían en un momento anterior al de la sucesión hereditaria, y estaríamos hablando de la sucesión del cónyuge no empresario, no de la del empresario beneficiario del derecho de atribución sobre la explotación y, si se tratara de la muerte del esposo empresario, no existiría derecho de atribución preferente a favor del otro, ni tampoco de los herederos del fallecido; por otra parte, y deduciéndolo de lo anterior, el artículo 1406, núm. 3 CC encajaría simplemente en la alusión a «aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia»; y, por último, insistimos, aunque la consecuencia de que el esposo beneficiario consiga que se adjudique la empresa por entero en virtud del artículo 1406, núm. 3 CC, sea que se mantenga la unidad de la empresa, esto no quiere decir que el objetivo principalmente perseguido sea ese, pues el verdadero sentido de la norma que estudiamos ha de hallarse poniéndolo en conexión, en primer lugar, con el resto del precepto en el que aparece recogida, y de él lo que se desprende es que de lo que se trata es de proteger a la persona del cónyuge, no a la empresa (igual que tampoco se pretende mantener la unidad de la vivienda, del local o de los bienes de uso personal en los otros apartados del artículo 1406 CC). Ahora bien, una vez que el empresario, gracias al derecho de atribución preferente, haya conseguido mantenerse al frente de la explotación, podrá organizar la sucesión de la misma.

En conclusión, todo ello pone de manifiesto que el legislador en todos estos casos relativos a la explotación económica ha pensado más en términos de lo que puede ser más justo o apropiado para cada cónyuge, que en otros más abstractos y generales (economía del país) que prescindan de las personas de los esposos. Por consi-

guiente, la interpretación teleológica del artículo 1406, núm. 2 CC, exigirá que ante todo tengamos presente como finalidad primordial perseguida por el precepto, la continuidad del esposo en la gestión de la empresa, y que pongamos en segundo término y supeditado a aquélla, el mantenimiento de la unidad de la empresa o la continuidad o supervivencia de ésta en sí misma.

C.1.c ANÁLISIS DE LAS POSTURAS DOCTRINALES AL RESPECTO

Sobre el problema de que el valor de la explotación sobrepase el del haber del esposo, en la doctrina encontramos básicamente dos posiciones: la de los que entienden que, a falta de acuerdo, dado que el artículo 1407 CC es inaplicable a la explotación económica, no cabe imponer el pago del exceso en dinero cuando de ella se trata¹⁰³, ni reconocerse el derecho de atribución preferente¹⁰⁴, y la de aquellos que intentan buscar una alternativa que nos permita aplicar la misma solución del inciso segundo del artículo 1407 CC¹⁰⁵.

Dentro de esta última postura, a su vez, habría distintas vías para llegar a fundamentarla. Así, en primer lugar, aquella que, partiendo de que el artículo 1410 CC remite a las normas sobre «partición y liquidación de la herencia» en todo lo no previsto especialmente en la regulación de la sociedad de gananciales en materia de «adjudicaciones a los partícipes»¹⁰⁶, busca entre sus preceptos alguno que recoja el pago del exceso en dinero y que sea aplicable a la división de la comunidad posganancial cuando el objeto atribuible sea la explotación económica. En este sentido, dentro del Libro III, Título III, Capítulo VI, Sección 2.^a («De la partición») del Código civil, encontramos dos artículos a los que se podría acudir: el artículo 1056, p. 2 (partición por el propio testador para mantener indivisa una explotación económica o el control de una

¹⁰³ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1000, 1020 y 1021; DE LOS MOZOS, 1984, p. 513; GARCÍA URBANO, 1993b, p. 800; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1194, 1200 y 1203; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 231; MORALEJO IMBERNÓN, 2015, p. 192; VIVAS TESÓN, 2018, p. 351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, 2016, p. 293.

¹⁰⁴ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1025: «no puede reconocerse el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo en favor de quien la norma designa como potencial atributario cuando el bien atribuible, siendo de aquellos a los que se refieren los apartados 1.º y 2.º del artículo 1406, tiene un valor reconocido por las partes superior a la cuota que corresponde al atributario en la partición, es decir, el atributario en estas circunstancias no puede exigir que se le incluya en su lote o hijuela el bien de uso personal... o la explotación que hubiera llevado el atributario con su trabajo»; VIVAS TESÓN, 2018, p. 351.

¹⁰⁵ A ellos se une, aunque sin profundizar en el tema: NAVARRO FERNÁNDEZ, 2005, p. 289, refiriéndose en particular a la explotación agrícola. Igualmente, RODRÍGUEZ APARICIO/AGUSTÍN TORRES, BICAM, 1999, p. 53, o SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165.

¹⁰⁶ Vid. sobre el alcance de la remisión del artículo 1410 CC: MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 10 ss.

sociedad de capital) y el artículo 1062, p. 1 (cosa indivisible o que desmerezca mucho por la división).

En cuanto al artículo 1056, p. 2 CC, aparte de suponer una excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia, cabe decir como principales rasgos¹⁰⁷ que lo separan del artículo 1407, inciso segundo CC, que lo que en él básicamente está en juego es la protección de las legítimas¹⁰⁸ y ello es cuestión ajena a los derechos de atribución preferente, y que la finalidad que persigue es la mantener la unidad de la explotación («preservar indivisa»), ya sea para velar por el interés de la familia, ya para asegurar la conservación de la empresa, dentro de una circunstancia de cambio de titularidad de ésta¹⁰⁹, no permitir a quien la creó y gestionó continuar al frente de la misma, objetivo fundamental del artículo 1406.2 CC; igualmente, su aplicación supone la exclusión de la comunidad hereditaria¹¹⁰ sobre la explotación o paquete de acciones afectados, cosa que no ocurre con los bienes objeto de atribución preferente en general, que pertenecen a la comunidad posganancial hasta su adjudicación¹¹¹; a esto se une lo que es más importante desde nuestro punto de vista, y es que en el propio ámbito de aplicación del artículo 1056, p. 2 CC, si el testador no dispone expresamente la posibilidad de pago del exceso en dinero, dicho pago, salvo común acuerdo, no cabe, por mucho que haya realizado la adjudicación de la explotación o el paquete de acciones a alguno de sus legitimarios¹¹² (tal y como se desprende de este precepto cuando dice que «Si no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su

¹⁰⁷ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, pp. 1151 ss.

¹⁰⁸ Concretamente, tal y como manifiesta PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1665, en los supuestos del artículo 1056, p. 2 CC, la legítima se aparta de la regla general que la configura como *pars bonorum*, y sume la de *pars valoris valorum*, puesto que los legitimarios no adjudicatarios adquieren un derecho de crédito que, hasta que se satisfecho, estará garantizado con los bienes de la herencia que quedan afectos a dicho pago como consecuencia del artículo 806 CC, de donde se deduce, en opinión apoyada por TORRES GARCÍA, 2006, pp. 202 y 203, que la legítima no queda convertida en un simple derecho de crédito.

¹⁰⁹ Vid. TORRES GARCÍA, 2008, p. 1661. También se refiere al fin de conservación de la empresa, entre muchos otros: DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, p. 1151, o PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1665. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, 2005, p. 218, después de analizar el significado de las expresiones «interés de la familia» y «conservación de la empresa», recogidas en el precepto, se refiere finalmente al fin de mantener indivisa la empresa, sea cual sea el motivo del testador.

¹¹⁰ Vid. TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 130; TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 463; DOMÍNGUEZ LUELMO, 1989, p. 47; MARTÍNEZ ESPÍN, 2013, pp. 1425 y 1427.

¹¹¹ No obstante, entiende TORRES GARCÍA, 2008, p. 1670, que en los casos del artículo 1056, p. 2 CC, si existe aplazamiento, hasta que no se pague a los legitimarios, no tendrá efectividad la adjudicación hecha por el testador.

¹¹² Vid. RUEDA ESTEBAN, 2005 p. 237; TORRES GARCÍA, 2008, p. 1662; TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 131; Díez-PICAZO/GULLÓN, 2018b, p. 174; MARTÍNEZ ESPÍN, 2015, p. 106.

legítima en bienes de la herencia»), lo que traído a nuestra hipótesis implicaría que, dado que la Ley (que es la que sustituye en nuestro caso al testador) no ha establecido la posibilidad de pago en metálico, éste no será posible salvo que exista acuerdo de todos los interesados. Todo ello hace que no estimemos suficiente este artículo para contradecir lo que se desprende expresamente del tenor literal del artículo 1407 CC en su segundo inciso, que es que solo cabe el pago del exceso en dinero si los bienes son la vivienda habitual y el local profesional, y tampoco para prescindir de la solución que, en nuestra opinión, se desprende del artículo 1406 CC, como más adelante veremos.

Por lo que se refiere al artículo 1062 CC, sería aplicable solo al caso de que el bien atribuible preferentemente que excede del haber, fuera indivisible o desmereciera mucho con la indivisión. Entonces la aplicación de este precepto a la partición de la sociedad de gananciales supondría que, el cónyuge titular del derecho de atribución preferente podría exigir la adjudicación de la explotación pagando el exceso en metálico, pero si el esposo no titular o sus herederos, no están de acuerdo con esta adjudicación, cualquiera de ellos podría pedir su venta (de todo el bien) en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Sin embargo, a pesar de ello, basándose en este artículo algunos autores¹¹³ han defendido que si la explotación es indivisible cabrá *en todo caso* la adjudicación al esposo gestor de la misma compensando en metálico a la otra parte la diferencia respecto al haber, sin que pueda oponerse la otra parte, basándose en que el resultado de la aplicación del artículo 1062, p. 2 CC (es decir, de la celebración de la subasta a la que llevaría la negativa del cónyuge o herederos a tal adjudicación) sería para éstos el mismo que el de la sola puesta en práctica de su primer párrafo, es decir, que el de la atribución al esposo pagando en metálico el exceso (recibir dinero), puesto que debe serles indiferente de quién proceda éste (del cónyuge o de un tercero); por tal motivo, se llega a afirmar¹¹⁴ que la pretensión de

¹¹³ Vid.: LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615. También llega a la misma conclusión GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185, si bien se basa, no solo en el artículo 1062 CC, sino también en los artículos 821, 822, 829, 401 y 1056 CC en general, el cual es seguido por Díez BALLESTEROS, 1997, p. 415, por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 270, por REYES LÓPEZ, 2004, p. 185, y por GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, pp. 655 y 656; también, GARCÍA CANTERO, 1995, p. 104, o SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165. Vid. igualmente, alegando el artículo 1062 CC, SAP Salamanca, 17 de diciembre de 2010, Roj: SAP SA 641/2010 - ECLI: ES: APSA:2010:641.

¹¹⁴ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615; REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 99, que, tal y como se deduce de su remisión a las pp. 88, 89 y 90, entiende que habrá abuso de derecho si la valoración que se hace del bien, con relación a la cual está dispuesto a compensar el cónyuge adjudicatario, «es ajustada la realidad del mercado y la forma de pago de la compensación es al contado o a corto plazo, sin dilaciones ni inseguridades de futuro cobro».

celebración de subasta por el cónyuge del gestor de la explotación o sus herederos, podría ser calificada de abuso de derecho conforme al artículo 7, núm. 2 CC. De este modo, concluyen que cuando se trate de la vivienda o el local (o de los derechos de habitación o uso) y éstos superen el haber, cabrá imponer la adjudicación pagando el exceso en metálico, no sólo cuando dichos bienes sean indivisibles, sino también cuando no lo sean, mientras que sólo cabrá adjudicar preferentemente la explotación o los bienes de uso personal que excedan del valor del haber del adjudicatario si éstos son indivisibles o desmerecen mucho con la indivisión. Ante ello, nosotros podemos decir: primero, que no creemos que actúe abusivamente el partícipe que opta por la venta en pública subasta, pues aunque de ella obtenga también dinero, es lógico que quiera tener la oportunidad de obtener más de lo que el otro cónyuge le ofrece –aunque previamente haya sido valorado el bien– y nada impide a este último concurrir también a la subasta y mantener la explotación en su poder si es que está dispuesto a pagar lo mismo que el tercero mejor postor; se trata de un derecho que le concede la Ley a ese partícipe precisamente para esos supuestos y su ejercicio sería abusivo en todos los casos, no solo en este; segundo, que el resultado al que lleva la aplicación del artículo 1062 CC en sus dos párrafos, cuando el otro partícipe no está de acuerdo con la aplicación del párrafo primero (la celebración de la subasta), es muy diferente al del pago del exceso sobre el haber en dinero del artículo 1407 CC y, por consiguiente, no cabe alegar, como hacen estos autores, la similitud de las consecuencias a que lleva la aplicación de éste y la de los artículos 1410 y 1062 CC; en relación con esto último, piénsese que el esposo no titular del derecho de atribución, puede preferir que en su lote haya más dinero y menos bienes gananciales de los que se incluirían en el mismo para compensar la parte del valor de la empresa que cabe en el haber del cónyuge empresario, de modo que esos bienes gananciales se repartan entre los dos y no le sean adjudicados solo a él junto con el dinero que compensa el exceso, y esto lo conseguirá a través de la subasta, poniéndose más aún de manifiesto que oponerse a la adjudicación preferente y exigir la subasta no tiene por qué suponer ningún abuso; tercero, que no creemos que haya necesidad de acudir ni al artículo 1410, ni al artículo 1062 CC, ante la solución que ofrece el propio artículo 1406 CC. No obstante, hay también quien¹¹⁵, para evitar las consecuencias derivadas de la aplicación del p. 2 del artículo 1062 CC, defiende que solo sería aplicable su p. 1.º, pero nosotros pensamos que si se entiende que puede acu-

¹¹⁵ Vid. MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, pp. 374 ss.

dirse a este artículo, su aplicación deberá ser hecha por entero, sin obviar una de sus partes sólo porque no se corresponda con la solución que pretendemos justificar.

Otro camino seguido¹¹⁶ para alcanzar el objetivo propuesto es acudir, no solo a los dos artículos citados (arts. 1056, p. 2 y 1062, p. 1 CC) y afectados por la remisión del artículo 1410 CC, sino también a otros dentro del derecho de sucesiones que contemplan la posibilidad de pago de excesos en dinero en distintos supuestos – concretamente, al artículo 821 (legado de finca que no admita cómoda división), artículo 829 (mejora en cosa determinada), artículos 841 y ss. («Pago de la porción hereditaria en casos especiales»)¹¹⁷-, para concluir que de todos estos preceptos en su conjunto, se desprende que el pago en metálico es una solución, en cierto modo, general, para cuando el bien atribuido o atribuible excede de la parte que corresponde al adjudicatario, lo que podría justificar su aplicación a nuestra hipótesis a través de la analogía *iuris*, incluso prescindiendo del alcance de la remisión del artículo 1410 CC. No obstante, a nosotros esta vía nos parece rechazable porque no puede acudir a la analogía *iuris* ni *legis*, cuando no existe vacío legal para el caso concreto, que es lo que, en nuestra opinión, ocurre aquí.

Por último, en cuanto a la aplicación analógica del propio artículo 1407, inciso 2.º CC a los supuestos no previstos por él mismo, propuesta por algún autor¹¹⁸, entendemos que debe ser rechazada también por el carácter excepcional de este precepto (art. 4.2 CC)¹¹⁹, que lo hace inaplicable a los casos que no prevé¹²⁰.

C.1.d. NUESTRA INTERPRETACIÓN PARTICULAR

Vistos los argumentos esgrimidos a favor de que el cónyuge pueda *imponer* la adjudicación en su haber de los bienes a que se refieren los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, obligándose a pagar el exceso en dinero, a pesar de no estar contemplados estos

¹¹⁶ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185

¹¹⁷ Vid. sobre los artículos 821, 829 y 841 ss. CC, TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, pp. 128 ss.

Incluso, respecto a los artículos 841 ss. CC, TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, pp. 474 y 475, entienden que la aplicación extensiva de estos preceptos en cuanto a la posibilidad de pago en metálico de la legítima de descendientes, requiere, además de que los bienes queden en manos de los descendientes, que exista previsión al respecto del testador, lo que en nuestro caso supondría exigir que la Ley hubiera previsto expresamente el pago en metálico de los excesos sobre el haber también cuando se trate de la explotación, lo cual no ocurre.

¹¹⁸ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615.

¹¹⁹ Vid. sobre la interpretación de las normas y la analogía, GARCÍA RUBIO, 2002, pp. 149 ss.

¹²⁰ Estamos de acuerdo en este punto con RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1009, que no cree aplicable el artículo 1407 CC a otros casos distintos de los del 1406, números 3 y 4 CC

supuestos por el artículo 1407 CC, y los reparos que nos sugieren, pasaremos a exponer nuestra opinión al respecto, que no es otra que no admitirlo por las razones que expondremos.

Ante todo, hemos de comenzar diciendo que nosotros, como buena parte de la doctrina, creemos que no hay razón alguna que justifique dar un trato diferente a la explotación y al local, ya que en ambos casos está en juego la continuidad del esposo en su trabajo (fin perseguido por el derecho de atribución preferente en los dos supuestos), pero aún de forma más drástica en el caso de la explotación puesto que sobre ella recae la actividad del que la gestiona y muchas veces ella misma es fruto de su propia dedicación y esfuerzo: es su creación. Incluso creemos que, desde otro punto de vista, podríamos alegar otra razón por la que la explotación debería haberse incluido en el segundo inciso del artículo 1407 CC, ya que podemos encontrar semejanza entre la relación que une la explotación y el cónyuge gestor y la que une al profesional con los instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión a que se refiere el artículo 1346, núm. 8 CC declarándolos privativos aunque fueran adquiridos con fondos comunes, supuesto en el que el cónyuge sería deudor de la sociedad de gananciales por el caudal satisfecho (art. 1346, último párrafo, CC). Todo esto, en definitiva, hace que la explotación esté más vinculada a la persona que el local profesional, lo que debería haber conducido al legislador a establecer la posibilidad de pago del exceso en dinero, también de forma expresa, para la empresa con el fin de facilitar que ésta quede en manos de quien la gestionó. Sin embargo, y aunque lo lamentamos, no es así.

Dicho esto, creemos, por una parte, que no puede pretenderse que la norma que determina un artículo que excluye de forma totalmente consciente e intencionada determinados supuestos de su ámbito de aplicación, pueda aplicarse a los mismos, tal y como ocurre con el artículo 1407, inciso 2.º CC en relación con las hipótesis de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC; y, por otra, que para resolver el problema planteado no cabe acudir a las normas sobre la liquidación y partición de las herencias, pues éstas solo se aplican a la partición de la sociedad de gananciales en lo no previsto por las que específicamente la regulan y, en nuestro caso, el propio 1406 CC está dando la solución. En efecto, este precepto consagra el derecho del cónyuge en el que se den los requisitos para ser titular de un derecho de atribución preferente, a imponer, frente al principio de igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC y como excepción al mismo, que en su lote sea incluido el bien al que su derecho se refiere y, además, a que ese bien le sea atribuido *hasta donde su haber alcance*, esto último sin distin-

guir si el bien es divisible o indivisible. Por tanto, el haber determina no solo el límite más allá del cual, en principio, no existe derecho de atribución preferente, sino también la línea hasta donde ese mismo derecho ha de ser respetado, como mínimo, con independencia de la naturaleza del bien. Obsérvese que el artículo 1406 CC no dice que se tendrá sólo el derecho de atribución preferente «si» el bien no supera el haber, ni emplea expresiones más dudosas como que el derecho existirá «en tanto» el valor del bien no exceda del haber¹²¹, sino que directa y claramente dice que se tendrá *derecho a que le sea atribuido hasta* donde alcance el haber, y ello incluye, no solo el caso en el que el valor del bien sea igual o menor que el del lote, sino también aquél en el que lo supere, supuesto en el que, inevitablemente, sólo podrá ser atribuida una cuota del mismo. Esto quiere decir que, tratándose de las hipótesis de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC (pues solo a las de los números 3 y 4 se refiere el artículo 1407 CC), siempre que no se vaya más allá del haber, el titular del derecho de atribución preferente puede imponer a la otra parte la inclusión del bien de que se trate en su lote; más allá, requerirá el acuerdo de los demás sujetos de la partición, que podrán acceder a ello si lo desean a cambio de la correspondiente compensación en dinero. Como consecuencia de todo esto, si dicho acuerdo no existe, el titular del derecho de atribución preferente, si el bien es divisible, podrá exigir que le sea atribuida la porción física o material del bien que pueda caber en su lote (por ejemplo, si se trata de una empresa constituida por varias explotaciones y alguna o algunas de ellas pueden continuar con su actividad económica por separado de las demás, sin que las separadas ni las restantes sufran traumas de importancia, podrá incluirse en su lote la o las explotaciones que puedan caber en él: todas las que quepan o alguna de las que quepan); si el bien es indivisible (por ejemplo, empresa constituida por una sola explotación) el titular del derecho de adjudicación preferencial podrá exigir igualmente que su derecho sea respetado hasta colmar su haber, pero esta vez lo que se incluirá en él será una cuota abstracta del bien en cuestión, debiéndose adjudicar la cuota restante al otro esposo o sus

¹²¹ Tal y como hace, por ejemplo, si bien dentro del ámbito del derecho de sucesiones y tratando de la legítima del viudo, el artículo 257.1 de la Ley 2/2007, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, según el cual: «En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo». Obsérvese que dice «en tanto», no «en cuanto», lo cual hubiera sido muy diferente, puesto que introduciría la posibilidad de entender que con la última expresión citada se incida cantidad. *Vid.*, al respecto, SAP Pontevedra, 18 de febrero de 2016, AC 83\2016; Roj: SAP PO 122/2016 - ECLI: ES: APPO:2016:122, en la que se niega al viudo tal derecho, precisamente por exceder del valor de su haber.

herederos. Por tanto, en este último caso la atribución se llevará a cabo mediante la constitución de una comunidad romana por cuotas que en adelante se regirá por las normas de los artículos 392 y ss. CC, entre los que se encuentra el artículo 404 CC que permitirá a cualquiera de los condueños exigir posteriormente la venta del bien en pública subasta con el consiguiente reparto de su precio, subasta en la que, si lo desea, el adjudicatario preferente (igual que el otro esposo) puede participar para conseguir la totalidad del bien, teniendo en cuenta, además, que en caso de venta de la cuota del otro partícipe, a un extraño, jugará a su favor el derecho de retracto del artículo 1522 CC¹²². Para apoyar la posibilidad de atribuir preferentemente solo la parte del bien ganancial que quepa en el haber, podemos traer a colación que si la comunidad romana estuviera constituida previamente, existiendo ya durante la vigencia del régimen, entre la sociedad y un esposo, la parte ganancial también sería preferentemente atribuible y, si el esposo titular del derecho de atribución preferente y, por ello, adjudicatario, no fuera el copropietario, se mantendría la situación de comunidad y el posible ejercicio de la acción de división¹²³. Es verdad que el artículo 786.1 LEc., establece que el contador partidor «procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas», pero, tal y como ha indicado la doctrina, el verbo «procurará» no excluye que puedan adjudicarse bienes pro indiviso al realizar la partición, siempre que ello no se convierta en «solución

¹²² No creemos que sea aplicable a la hipótesis que analizamos el artículo 1067 CC, referido al retracto entre coherederos, con base en la remisión del artículo 1410 CC, ya que dicho precepto se refiere al caso de enajenación de cuota en el patrimonio hereditario por uno de los coherederos antes de haberse realizado la partición, mientras que aquí, además de no estar ante la enajenación del derecho sobre la comunidad posganancial, sino de una cuota de un bien concreto, ya se ha practicado la partición y, por tanto, estamos en un momento posterior en que la posibilidad de ejercer el derecho de retracto del artículo 1067 CC ya ha desaparecido. Contra GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185. *Vid.* SAP La Coruña, 27 de abril de 2007, JUR 2007\280626, que declara que el derecho de retracto del artículo 1067 CC se extingue con la partición.

¹²³ *Vid.* sobre el caso de vivienda habitual en parte privativa y en parte ganancial: RAGEL SÁNCHEZ 2017a, pp. 828 y 829, que rechaza que toda la vivienda pueda ser objeto de atribución preferente, y se plantea como posibles soluciones, la atribución preferente de la cuota ganancial (que nosotros creemos acertada) y la de acudir, a través del artículo 1410 CC, al artículo 821 CC, del que resultaría que, cuando la parte ganancial fuera igual o superior a la mitad del valor de la vivienda, ésta debería atribuirse por entero al esposo titular del derecho de atribución preferente y ello, si éste no es el condueño, implicaría disponer de una parte de la vivienda que pertenece a la herencia del cónyuge fallecido y no a la comunidad posganancial, lo que nos parece totalmente rechazable, además de que estimamos que al artículo 821 CC no llega la remisión del artículo 1410. *Vid.*, igualmente, RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1444 y 1445. En la jurisprudencia, la STS 16 de marzo de 2007, RJ 2007\1861, resuelve un caso en el que se solicita por la viuda la atribución preferente de una vivienda perteneciente en comunidad romana al marido fallecido y, en un porcentaje ínfimo (uno por ciento), a la sociedad de gananciales, negando la petición, si bien en el caso, no existía realmente tal derecho por no darse sus requisitos. *Vid.* sobre esta sentencia, el comentario de CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, pp. 585 ss.

natural» pues la finalidad de la liquidación es la división (art. 1401 CC), lo que implica que sólo de forma excepcional y motivada se podrían hacer en el cuaderno particional adjudicaciones de bienes gananciales en régimen de indivisión¹²⁴; y eso (excepción y justificación) es lo que concurre en nuestro caso, con el refuerzo que supone que esa excepcionalidad y esa motivación que justifican la adjudicación pro indiviso, aparecen recogidas expresamente por la Ley al constituir el derecho de atribución preferente hasta donde alcance el haber. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 1061 CC –precepto que justifica la facultad de solicitar la venta en pública subasta que se concede por el artículo 1062, p. 2 CC al esposo que se opone a la adjudicación al otro compensando el exceso en dinero–, según ha determinado la jurisprudencia, no es imperativo¹²⁵, lo que supone un argumento más a favor de nuestra posición, en cuanto que haría posible proceder a la adjudicación de cuotas indivisas de la explotación de distinta entidad, como forma de dividir la comunidad posganancial, incluso aunque no estuvieran legalmente recogidos los derechos de atribución preferente.

A primera vista, podría pensarse que la solución que aquí proponemos lleva al mismo resultado que la de acudir al artículo 1062, p. 2 CC a través del artículo 1410 CC, sin embargo no es así. Expongamos las diferencias que surgen de seguir una postura u otra:

1. Si se opta por aplicar el artículo 1062 CC, ante la inexistencia de acuerdo sobre la adjudicación del bien al esposo titular del derecho de atribución preferente pagando el exceso en dinero, los demás bienes gananciales serán repartidos entre los dos lotes siguiendo el principio de igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC y el bien indivisible se venderá en pública subasta, de modo que el precio obtenido se repartirá por mitad entre las dos partes implicadas. Por tanto, la aplicación del artículo 1062, p. 2 CC, lleva a que tanto el esposo titular del derecho de atribución preferente como el otro cónyuge o sus herederos reciban por igual dentro de su lote bienes gananciales (en lo posible, de la misma naturaleza, calidad y especie, art. 1061 CC) y dinero.

Frente a ello, si se opta por la solución que proponemos, se respetará el derecho de atribución preferente y se mantendrá la excepción a la igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC que la Ley ha querido posibilitar con el artículo 1406 CC. Por consiguiente, el esposo titular del derecho de atribución preferente

¹²⁴ Vid. en este sentido REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 77 a 80, y REBOLLEDO VARELA, 2018, p. 169.

¹²⁵ Vid. STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31; STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.

verá colmado su lote con la cuota del bien objeto de la misma que quepa en él y el otro o sus herederos recibirán todos los demás bienes gananciales y una cuota de aquel bien, proporcional a lo que resta para completar su haber.

Por tanto, la composición de los haberes será muy diferente: en un caso (art. 1062, p. 2 CC), bienes gananciales y dinero por igual; en el otro (arts. 1406 y 404 CC), uno recibe solo una cuota del bien objeto de la atribución preferente y otro, otra cuota de éste y los demás gananciales.

2. La distinta forma en que terminan configurándose los lotes a que nos lleva cada uno de esos dos caminos, tiene gran trascendencia respecto a la subasta a través de la cual el esposo titular del derecho de atribución preferente (también el otro si lo desea, aunque lo vemos mucho menos probable) puede llegar a hacerse con la totalidad del bien:

Si se aplica el artículo 1062 CC, el esposo en quien se cumplan los requisitos de la atribución preferente, para poder hacerse con el bien en la subasta –siempre, claro está, que sea el mejor postor–, deberá pagar al otro esposo o sus herederos la mitad del precio del remate.

Sin embargo, si se aplica el artículo 1406 y el artículo 404 CC, el cónyuge adjudicatario preferente para llegar a ser propietario de la totalidad del bien, siendo el mejor postor, deberá pagar al otro esposo o sus herederos solamente la parte del precio del remate que sea proporcional a la cuota de éstos que, por regla general, será menor que la mitad.

3. Por último, cuando se aplica el artículo 1062, p. 2 CC, la finalidad de la subasta será poder continuar con la partición de la masa indivisa mediante la sustitución del bien indivisible por dinero, el cual se subrogará en el lugar de aquél y será lo que se reparta para completar los lotes; mientras que si se aplica el artículo 1406 CC y seguidamente el artículo 404 CC, cuando se lleve a cabo la subasta, la partición ya habrá quedado concluida en un momento anterior mediante la adjudicación –por lo que al bien indivisible se refiere– de una cuota del mismo en cada lote y, por consiguiente, el bien objeto de la venta ya no formará parte de una masa a dividir en la que cada bien individual pertenece en régimen de comunidad germánica a ambos cónyuges (o cónyuge, por un lado, y herederos del premuerto, por otro), sino que estaremos ante un bien que pertenecerá en régimen de comunidad ordinaria y por cuotas, a esos sujetos

Vistas las diferencias entre la aplicación del artículo 1406 y del 1062, p. 2 CC, la importancia de éstas se incrementa si el bien indi-

visible al que nos referimos es una explotación económica, dado lo elevado de su valor.

Nuestra propuesta tiene, en este punto, varias ventajas frente a la vía del artículo 1062, concretamente:

- Respetar el derecho de atribución preferente, que es lo que la Ley quiere sin excepción cuando el esposo beneficiario así lo desea.

- Facilitar que el cónyuge empresario se haga con la totalidad de la explotación (pues el dinero que tendrá que pagar al otro esposo o sus herederos será normalmente mucho menos que la mitad de su valor), evitando que ésta termine en manos extrañas.

- Conseguir el fin que el legislador consideró digno de protección al introducir el artículo 1406, núm. 2 CC que, como vimos, era el mantenimiento del esposo al frente de la explotación, tal y como venía haciéndolo antes de la disolución de la sociedad de gananciales; incluso, tratándose de una explotación económica, la misma situación de comunidad creada sobre ella, antes de llegar a la venta de la misma en la subasta, podrá posibilitar que el esposo gestor pueda seguir con su labor de gestión efectiva tras la disolución del régimen de gananciales, si tenemos en cuenta que lo normal será que su cuota en la explotación sea bastante mayor que la del otro cónyuge (art. 398 CC), puesto que ocupará todo su haber, mientras que el lote del otro esposo estará integrado además por otros bienes.

Aunque en las líneas anteriores nos hemos referido especialmente al caso de la explotación económica, a los bienes de uso personal de extraordinario valor también les será aplicable el artículo 1406 CC con el mismo significado, pero hay que reconocer que será muy extraño que el valor de un bien de uso personal de un cónyuge supere el de su haber.

Por tanto, lo establecido en el artículo 1407 CC, inciso segundo, para el local y la vivienda (posibilidad de adjudicación directa de todo el bien –o en su caso, derecho– aunque su valor supere el del haber, pagando el exceso en dinero) es una excepción a lo determinado en general en el artículo 1406 CC cuando el valor del bien excede el del haber (adjudicación de la parte física del bien que quepa en el mismo si es divisible, o de la cuota abstracta que lo cubra si es indivisible) y ambos (arts. 1406 y 1407 CC) son excepciones diferentes a lo dispuesto en los artículos 1061 y 1062 CC

Por otra parte, dado que la explotación está constituida por muy diversos elementos que, organizados por el empresario, forman una unidad, no creemos que pueda separarse de ella el local en el

que se asienta, de modo que éste pudiera adjudicarse por la vía del artículo 1406, núm. 3 y el 1407 CC, mientras que al resto de la explotación se le aplicara el artículo 1406, núm. 2 CC; a ello ha de unirse que lo que convierte al local en «profesional» en el sentido del artículo 1406, núm. 3 CC, es el ejercicio en él de una «profesión», lo cual no es nuestro caso y hace a estos preceptos (arts. 1406, núm. 3 y 1407 CC) inaplicables al local en el que se asienta la explotación¹²⁶. No obstante, hay autores que, tratándose de una oficina de farmacia, aplican el artículo 1406, núm. 3 CC al local y el 1406, núm. 2 a la explotación farmacéutica, independizando aquél de ésta¹²⁷, con lo cual no estamos de acuerdo por las razones que acabamos de exponer puesto que creemos que en la actualidad la oficina de farmacia es ante todo una explotación comercial.

Por último, en cuanto a la necesidad de que el pago del exceso sobre el haber sea en dinero, la justificación de esta exigencia estaría, tal y como ponen de manifiesto Gardeazábal del Río y Sánchez González¹²⁸, en evitar la introducción de bienes extraños en la liquidación, lo que supondría el problema de tener que valorarlos¹²⁹. Según estos mismos autores, en los casos en que se trate de disolución *mortis causa* cuando al supérstite le competan derechos en la herencia, debería admitirse el pago en bienes hereditarios, pues en ese caso no existirían los inconvenientes apuntados, ya que sobre las valoraciones deberán entenderse de todos modos los interesados; sin embargo, en nuestra opinión, también aquí se requeriría acuerdo de los afectados, pues no tienen por qué verse

¹²⁶ Sin embargo, estima que el local se atribuirá por el 1406, núm. 3 CC, SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 130, según el cual la preferencia del artículo 1406, núm. 3 CC «recae sobre la explotación económica o negocio en cuanto tal, con independencia de la titularidad del local en el que esté instalado... aunque si el local... tiene carácter ganancial, podrá ejercitarse la preferencia al amparo del número 3 del propio artículo 1406», citando a continuación la STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992/4391. Aparte de las razones que apuntamos en el texto, no nos parece apropiado traer a colación esta sentencia pues, aunque el marido que quería que se le adjudicara un local junto con otros dos establecimientos integrantes de la explotación de electrodomésticos, alegando simultáneamente los números 2 y 3 del artículo 1406 CC, lo cierto es que el Tribunal Supremo deniega la adjudicación con base únicamente en el 1406, núm. 2 CC, por haber sido abandonado el citado local desde 1983 y no formar desde esa fecha una unidad de explotación del negocio de electrodomésticos, con lo que realmente está dando por hecho que el local forma parte integrante de la explotación y se atribuye preferentemente junto con ella merced al artículo 1406, núm. 2 CC

¹²⁷ Vid. CERDÁ OLMEDO, RDN, 1985, p. 99. Por su parte, RAMS ALBESA, RGLJ, 1987, p. 366, incluye el establecimiento farmacéutico en el artículo 1407 CC, y por consiguiente, en el artículo 1406, núm. 3 CC

¹²⁸ Vid. GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 656.

¹²⁹ Vid., sin embargo, SAP Murcia, 8 de marzo de 2001, AC 140\2001, Roj: SAP MU 777/2001 - ECLI: ES: APMU:2001:777, que en el caso de atribución preferente a la esposa de una nave industrial constitutiva del local en el que venía ejerciendo su profesión, declara que «por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1407 CC y dado que el valor de la nave industrial supera al del haber del cónyuge adjudicatario, viene éste obligado a abonar al otro cónyuge la diferencia en dinero o mediante otros bienes».

obligados a aceptar adjudicaciones en bienes distintos al dinero si no les interesa.

C.2 Forma de pago del exceso

Volviendo a los supuestos previstos por el artículo 1407 CC (local profesional y vivienda habitual), el pago del exceso en dinero estimamos que, salvo acuerdo de los cónyuges o del cónyuge y los herederos, deberá hacerse al contado en el momento de hacer las adjudicaciones, y ello ya se piense que estamos ante una operación puramente liquidatoria que no genera derecho de crédito alguno¹³⁰, ya se estime que sí surge tal derecho pero del silencio del precepto haya de deducirse que han de aplicarse las reglas generales y, en consecuencia, el artículo 1113 CC¹³¹. Esto es lógico si tenemos en cuenta que la finalidad de la liquidación de la sociedad de gananciales es dejar resueltas, no solo las relaciones entre terceros y el patrimonio común, sino también las relaciones entre los patrimonios privativos y el patrimonio ganancial e, incluso, en ciertos casos, las existentes entre los patrimonios privativos entre sí, tal y como acredita el artículo 1405 CC, por lo que habrá de procurarse que de la propia partición no surjan nuevas relaciones pendientes de un cumplimiento posterior en el tiempo; a ello se unen razones de carácter puramente personal, evidentes cuando la causa de la disolución ha sido la separación o el divorcio y existen desavenencias entre los esposos. Obsérvese también que, a diferencia de lo que ocurre con los herederos en relación a los bienes que recibirán de su causante, cuando se trata de hacer la partición del patrimonio ganancial y la causa de conclusión de la sociedad de gananciales fue distinta de la muerte de uno de los cónyuges, los adjudicatarios no son llamados a algo que no les perteneciera ya con anterioridad, sino que la partición se refiere a bienes que desde

¹³⁰ Vid. FONSECA, *RDP*, 1986, p. 36.

¹³¹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1018, aunque él estima que hubiera sido preferible que se hubiera permitido el aplazamiento (con el límite de los tres años del artículo 1431 CC), facultando al no atributario para exigir la constitución de una garantía real suficiente sobre el bien atribuido y fijando tipos de interés corrientes en el mercado en función de la duración del plazo; MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 315, que considera que sería desmesurado imponer atribución preferente más un plazo para el pago del exceso, aunque ello podría paliarse estableciendo un régimen de garantías. Sin embargo, RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 826 y 827, es de la opinión de que el artículo 1407 CC «como no... indica que el abono en dinero sea al contado, permite que el pago pueda quedar aplazado cuando así lo acuerdan los partícipes o lo decide el Juez» y que «es preferible que lo decida el Juez, pues cuando el aplazamiento es fruto únicamente del acuerdo... podría ser impugnado a través de una acción revocatoria o pauliana por los acreedores privativos del cónyuge acreedor, por haber sido realizado en fraude o perjuicio de sus derechos»; igualmente RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1442 y 1443.

antes de la disolución ya les pertenecían; en este sentido, sustituir la entrega de una cantidad de dinero en el mismo momento de la partición, por un derecho de crédito a cobrar en el futuro, supondría un perjuicio para el esposo acreedor, en relación a su situación anterior a la disolución, en cuanto que él durante el régimen habría sido (junto con el otro esposo) titular, por regla general, de derechos reales sobre ciertos bienes (vivienda y local) y, como consecuencia de la partición, pasaría a ser un simple acreedor de dinero, el cual solo podría ser exigido por él cuando se cumpliera el plazo; es decir, estaríamos ante un empeoramiento de la situación para el esposo acreedor que no sufre el heredero cuando se trata de la partición de la herencia, y que hace que el aplazamiento tenga un cierto carácter de «privación» que ha de tratarse de evitar. A ello podríamos añadir que conceder un aplazamiento en el pago supone obligar a un esposo (precisamente el que menos bienes va a recibir de la sociedad de gananciales) a financiar al otro (el que va a recibir más), lo cual carece de justificación salvo que la Ley lo hubiera establecido así.

Tal y como se deduce de todo lo anterior, no creemos aplicables a los excesos sobre el haber originados por el ejercicio de los derechos de atribución preferente de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, otros preceptos en los que se contempla la posibilidad de pago aplazado de excesos en dinero, tales como los artículos 1056, p. 2 (cinco años), 844 en relación con el artículo 841 (un año), o 1431 (tres años), todos del Código civil; no obstante haremos un pequeño comentario sobre ellos con el objeto de poner de manifiesto otras objeciones a su aplicación. Así, concretamente:

– El artículo 1056, p. 2 CC, aunque es una norma que podría estar incluida en la remisión del artículo 1410 CC, hay que tener en cuenta que se refiere solo a la «explotación económica» o al paquete de «control de una sociedad de capital o grupo de éstas», y precisamente el caso de la explotación no está contemplado por el artículo 1407 CC a los efectos de admitir su atribución preferente por entero cuando su valor excede del haber, mediante el pago del exceso en dinero, lo que, ya de entrada, nos impediría aplicar este precepto. No obstante, incluso si hiciéramos abstracción del tipo de bien para el que está concebido, tampoco creemos que la aplicación a nuestra hipótesis del artículo 1056, p. 2 CC llevara a fundamentar la posibilidad de aplazamiento en los casos en los que el artículo 1407 CC admite el pago del exceso en dinero (local profesional y vivienda habitual), ya que en el supuesto previsto por el citado precepto el testador es el único dueño de la explotación o las

acciones que adjudica¹³², y ello le permite hacer la partición excluyendo la situación de comunidad hereditaria¹³³ y decidir (o, en su caso, el contador designado por él) que quepa aplazamiento en el pago del exceso, mientras que en los supuestos del 1407 CC, el bien es ganancial y, por tanto, pertenece a ambos cónyuges conjuntamente, lo que supone que sólo por la voluntad del esposo beneficiario del derecho de atribución preferente, no podrá imponerse el pago aplazado del saldo, por mucho que la Ley le haya otorgado tal derecho de atribución, de donde se sigue que, dado el silencio legal sobre el aplazamiento –pues solo la Ley podría haber establecido otra cosa en nuestro caso, haciendo el papel que en el artículo 1056, p. 2 CC, hace el testador–, se requerirá el acuerdo de todos los titulares para que éste quepa. Por tanto, lo que habrá que concluir es que este precepto, realmente, lo que apoya es la imposibilidad del pago aplazado si no existe acuerdo, no lo contrario. De todos modos, hemos de insistir en la no aplicabilidad desde un principio, del artículo 1056, p. 2 CC

– En cuanto al artículo 1431 CC¹³⁴, hay que decir que, a diferencia del anterior, carece de la base que le ofrecería la existencia de un precepto como el artículo 1410 CC que, mediante una remisión, pudiera hacer aplicables al régimen de gananciales las normas del régimen de participación. Además, es un artículo que está pensado para un régimen económico muy distinto al de gananciales, del que no surgen bienes comunes a repartir y en el que, por definición (art. 1411 CC), al final habrá (salvo el caso en el que los

¹³² Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, 2013, p. 1424, que afirma que si se trata de bienes gananciales, cabría su partición «efectuado por los testadores [los cónyuges] mediante testamentos iguales y simultáneos (STS 21 de diciembre de 1998, RJ 1998, 9756)»; si no, la eficacia de la norma particional, quedaría supeditada a que «el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales (STS 14 de julio de 2008, RJ 3361)». En este mismo sentido se expresan TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 132.

¹³³ A pesar de ello, tal y como sostiene, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, p. 1152, «los legitimarios deben participar de las alteraciones de valor de la explotación económica hasta que se fije la cuantía que deben percibir. El hecho de que queden excluidos *ab initio* de la comunidad hereditaria no supone ningún obstáculo para defender que el importe de lo adeudado se refiere a un valor variable, referido al que tenga la explotación económica en el momento en que se realice la liquidación. Hasta ese momento existe una deuda de valor a cargo del adjudicatario, valor que opera en sustitución de la cuota legitimaria a que va referido». Igualmente en TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 472. Vid. también, sobre la base de la anterior redacción del artículo 1056, p. 2 CC, DOMÍNGUEZ LUELMO, 1989, pp. 171 y ss.

¹³⁴ A favor de su aplicabilidad, vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 188 y 189, que aunque se refiere también a los artículos 844 ss. CC, aboga por la aplicación analógica del artículo 1431 CC, puesto que éste requiere justificación para el aplazamiento, y reconoce que habrá casos en los que lo aconsejable será denegarlos (por ejemplo, si mediante imputaciones sucesivas se ha hecho atraer a un lote todos los bienes), por lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias; PÉREZ GARCÍA, 2012, p. 1204, y GARCÍA URBANO, 1993b, p. 802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, cree que el Juez podría fijar un plazo (art. 1431 CC) con las pertinentes garantías, si ello está justificado conforme a la finalidad de la norma.

patrimonios de los dos cónyuges hayan experimentado el mismo incremento durante su vigencia o hubiesen disminuido) un crédito de participación a pagar en dinero (art. 1427 CC), de modo que no se trata de adjudicar a uno de los esposos (o herederos) dinero cuyo pago pueda aplazarse, en vez de bienes (que es lo que nos estamos planteando con los derechos de atribución preferente)¹³⁵, sino simplemente de aplazar el pago de ese dinero que por la misma naturaleza del régimen, se debe, todo lo cual conduce a que no puedan adjudicarse bienes en pago del crédito de participación dentro del régimen del mismo nombre, salvo acuerdo o decisión del Juez a petición fundada del deudor (art. 1432 CC). Frente a ello, en la liquidación de la sociedad de gananciales no sólo cabe la adjudicación de bienes comunes, sino que ello pertenece a su propia esencia, siendo el pago del exceso en dinero, algo totalmente excepcional que lo sería todavía más si se pudiera imponer el aplazamiento. Aun así, y a pesar de sus propias peculiaridades, el artículo 1431 CC sólo permite el aplazamiento en el régimen de participación si existen «dificultades graves para el pago inmediato», lo cual hace pensar que en la partición de la comunidad posganancial no habría justificación para admitir ese aplazamiento y aplicar analógicamente el citado precepto de carácter excepcional dentro del propio régimen al que se refiere.

– En cuanto al artículo 844 CC, en relación con los artículos 841 y 842 CC, su supuesto de hecho resulta más parecido al nuestro en cuanto que, como el pago en metálico de la legítima es una facultad y tiene carácter opcional, deja en manos sólo del hijo o descendiente favorecido por el testador con todos o parte de los bienes hereditarios, el que finalmente los demás legitimarios reciban su cuota hereditaria en bienes o en dinero¹³⁶, igual que en nuestro caso dependería del titular del derecho de atribución preferente, exigir o no la adjudicación del local profesional o la vivienda por entero, pagando el exceso en dinero. Pero, aparte de que este artículo tampoco resulta cubierto por la remisión del artículo 1410 CC, podemos hacer aquí la misma objeción que poníamos al artículo 1056 CC, relativa a la diferencia que existe entre repartir algo que ya pertenecía a los partícipes por su condición de cónyuges y sobre lo que éstos ya tenían derecho, y algo que se les atribuye *ex*

¹³⁵ Tal y como señala, ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 1912, respecto al régimen de participación, «el pacto capitular o previo a la disolución, por el que se estableciese que el pago se haría mediante la adjudicación de concretos bienes de los cónyuges introduciría un matiz comunitario –de comunidad diferida– siendo necesaria una mayor limitación en las facultades dispositivas de ambos cónyuges sobre sus bienes, que nos impediría hablar propiamente de régimen de participación».

¹³⁶ *Vid.* BUSTO LAGO, 2013b, p. 1171.

novo, lo que impediría la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 841 CC

En conclusión, pensamos que, teniendo en cuenta la regulación actual de los derechos de atribución preferente, no cabe aplazar el pago del exceso de la adjudicación. No obstante, *de lege ferenda* podría permitirse que, solo en casos excepcionales, a falta de acuerdo, el Juez, a su prudente arbitrio pero dentro de un límite legal, teniendo en cuenta la situación de ambos esposos, autorizase un aplazamiento moderado si se dan especiales circunstancias y siempre que el que resultase deudor ofreciera garantías suficientes; el crédito, debería, además devengar intereses hasta su pago. Si no se diera esta excepcionalidad, el cónyuge que no tuviera dinero suficiente en el momento de partir, debería desistir de la atribución por entero del bien o buscar otras vías de financiación procedente de un tercero, ya sea éste una entidad crediticia o un particular¹³⁷.

Por último, hay que tener en cuenta que, en caso de que la disolución de la sociedad de gananciales haya sido la muerte o declaración de fallecimiento de un esposo, y se realicen a la vez la liquidación y partición de la sociedad y la partición de la herencia, podrá compensarse el exceso con una menor adjudicación de dinero hereditario¹³⁸ o, según algunos autores, lo que nos parece más discutible, de bienes hereditarios¹³⁹. A ello hemos de añadir concretando lo anterior que, cuando se trate de la atribución preferente de la vivienda familiar, el pago del exceso puede resultar de la aplicación al mismo de la cantidad resultante de la capitalización del usufructo correspondiente al viudo sobre la herencia de su esposo fallecido¹⁴⁰; lo mismo podríamos decir del local, cuando la causa de la disolución de la sociedad de gananciales hubiera sido la muerte de uno de los esposos, y el otro hubiera ejercido en él su profesión.

¹³⁷ En la prolija regulación que hace el Código civil francés, encontramos supuestos en los que, como consecuencia de la remisión a las normas del Derecho de sucesiones (art. 1476, p. 1 *Code Civil*), cabe aplazamiento de uno (art. 832.1, p. 5 *Code civil*) o de hasta diez años (art. 832.4, p. 2 *Code Civil*) en el pago del exceso, pero su artículo 1476, p. 2 deja claro que cuando la causa de la disolución fue el divorcio o la separación de cuerpos o bienes, la atribución preferencial nunca será de derecho y puede decidirse siempre que se pague al contado.

¹³⁸ En este sentido, la RDGRN de 2 de marzo de 2015, *BOE* de 21 de marzo de 2015, número 69, considera bien realizada una partición en la que la viuda (a la que el causante había dejado en testamento el usufructo de su herencia) ejercita su derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual ganancial, y como ésta vale más que su cuota en el patrimonio común, el exceso se compensa con parte del valor de capitalización de su usufructo hereditario, razón por la que a la viuda se le adjudica finalmente, la vivienda y una cantidad de dinero.

¹³⁹ *Vid.*, en este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 656.

¹⁴⁰ *Vid.*, a este respecto, RDGRN de 2 de marzo de 2015, *BOE* de 21 de marzo de 2015.

D) **CÓNYUGE TITULAR DE DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE SOBRE DISTINTOS BIENES**

Puede ser que un mismo cónyuge sea titular de varios derechos de atribución preferente a la vez sobre bienes comprendidos en distintos apartados del artículo 1406 CC. Así ocurrirá, por ejemplo, si la sociedad de gananciales se disolvió por muerte y el viudo que gestionó la explotación ganancial pretende que le sean adjudicados con preferencia en su haber la explotación, la vivienda en la que tenía la residencia habitual y los bienes de su uso personal de extraordinario valor. También cabe que un mismo cónyuge tenga distintos derechos de atribución preferente recayentes sobre bienes de un mismo tipo, como acontecerá si gestionó varias empresas o existen varios bienes de su uso personal de extraordinario valor. Pues bien, conforme a lo visto anteriormente, si todos los objetos (en propiedad o, si se trata del local o la vivienda, en su caso, en derecho de uso o habitación) valen en su conjunto menos o igual que el haber de dicho esposo, si él lo desea le deberán ser adjudicados todos ellos o, si lo prefiere, solo algunos, alguno o ninguno. Ahora bien, ¿qué ocurre si no caben todos en el haber porque su valor conjunto es mayor? En nuestra opinión, en principio y salvo lo que diremos seguidamente sobre la vivienda habitual y el local, según se desprende del artículo 1406 CC, podrá exigir que se le adjudiquen todos los que quepan juntos por entero y además uno que exceda del haber siempre que una parte de él quede incluida en éste, por dicha porción, puesto que tiene derecho a completar su haber con los bienes o derechos preferentemente atribuibles hasta agotarlo («hasta donde éste alcance», dice el artículo 1406 CC), de modo que si, por ejemplo, el que se incluye en el lote en último lugar es una explotación indivisible, se le adjudicará solo la cuota de la misma que quepa en la parte del haber que todavía no esté cubierta, con las consecuencias que vimos más arriba (posibilidad de ejercer la acción de división del artículo 404 CC si no se llega a un acuerdo sobre el pago del exceso en dinero).

Ahora bien, es posible que el orden de inclusión en el lote de los distintos bienes sea determinante para que el esposo pueda obtener la adjudicación de todos los que pretende, valiéndose de que el último le pueda ser adjudicado solo en una cuota o, incluso, pensando que la parte del último que exceda de la cuota, podrá compensarla en dinero (caso de la vivienda y del local). Así, por ejemplo, si el haber vale 10, y el esposo viudo es titular de un derecho de atribución preferente sobre una empresa indivisible que vale 12 y otro sobre la vivienda habitual que desea recibir en

propiedad que vale 2, si se incluye en su haber en primer lugar la explotación, ya no podrá adjudicársele también preferentemente la vivienda, pero si se incluye primero la vivienda y después la empresa, podrá conseguir que le sean adjudicados preferentemente la vivienda por entero y la cuota de la explotación que todavía quepa en su haber. Ante ello, las preguntas que se nos plantean son las siguientes: ¿puede, en estos casos, el esposo titular de varios derechos de atribución preferente elegir el orden en que los bienes objeto de éstos han de incluirse en su haber o, no? Y, si hay algún bien que por sí solo lo supera, ¿podrá pretender que se le atribuya primero otro u otros que sí quepan, y finalmente el que por sí solo lo excede aunque únicamente en la cuota que entre en lo que reste del haber, o, incluso, si ese bien que excede del haber e incluye en último lugar es la vivienda habitual o el local profesional, conseguir que se le adjudique también él por entero, pagando el exceso en dinero?, o, ¿en ese caso tendrá que elegir entre el que excede del haber y los demás? Teniendo en cuenta que ninguno de los autores que hemos consultado realiza una interpretación parecida a la que nosotros hacemos del artículo 1406 CC, cabe decir que Garrido de Palma¹⁴¹ entiende que el esposo puede elegir libremente el orden en que los bienes o derechos preferentemente atribuibles se incluirán en su lote, sin plantearse inconveniente alguno; por su parte, Rams y Fonseca¹⁴², basándose en que lo que se desprende del artículo 1407 CC («Si el valor de los bienes o el derecho superara...») es que lo que ha de superar el valor del haber para que pueda pagarse el exceso en dinero es el valor del bien de los números 3 y 4 CC (o, en su caso, del derecho de uso o habitación), entienden que si uno de los bienes o, en el caso de la vivienda y el local, derechos, supera por sí solo el haber, deberá ejercitarse el derecho atribución preferente relativo a éste en primer lugar, lo que supondrá no ejercitar los demás, salvo que se prescinda del primero.

Por nuestra parte, teniendo presente el tenor literal del artículo 1407 CC, pero también el del 1406 CC, pensamos que la regla general ha de ser que el esposo pueda elegir el orden de inclusión en su lote de los bienes atribuibles preferentemente siempre con el límite del valor de su haber, de modo que podrá quedar incluida solo una cuota del último que se haya elegido, incluso cuando éste por sí solo exceda del valor del haber. Así, por ejemplo, si el valor del haber es 15, el valor de explotación indivisible es 20 y el valor del objeto

¹⁴¹ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 174, nota 328.

¹⁴² Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 999, 1000, 1012 y 1013; FONSECA, *RDP*, 1986, p. 35.

de uso personal es 1, si se coloca primero la explotación, no podrá ejercer su derecho sobre el bien de uso personal, pero si lo hace al revés, sí, aunque la cuota de la explotación que se incluirá en su lote será menor. Ahora bien, si uno de los bienes respecto del cual se puede y se quiere, junto con otros, ejercitar el derecho de atribución preferente por un esposo, es el local profesional o la vivienda habitual, siempre habrá que empezar por la inclusión de éstos en el lote y, si el local o la vivienda vale más que éste, abstenerse de ejercitar los demás (a no ser, obviamente que prefiera ejercitar los otros y quedarse sin local o sin vivienda), pues el artículo 1407 CC, impone y, por consiguiente, posibilita, el pago del exceso en dinero solo cuando «el valor de los bienes [entendiendo por tales, solo el local o la vivienda, no los demás del artículo 1406 CC] o el derecho [de uso o habitación], superara el del haber [íntegro, no de parte de él] del cónyuge adjudicatario»; por consiguiente, si la vivienda o el local (o los derechos de uso o habitación), individualmente, valen más que el haber, solo podrá adjudicarse preferentemente, esa vivienda o ese local o ese derecho. Si la vivienda y el local (o los derechos citados), por separado no superan el haber, pero juntos, sí, del tenor literal del artículo 1407 CC («Si el valor de los bienes... superara el del haber»), parece desprenderse que cabría ejercitar los dos, en cuyo caso será indiferente el orden que elija para incluirlos en su lote, pues siempre habrá de pagar la diferencia en dinero y la cuantía de ésta no se verá afectada por dicha prelación; creemos que esto es así, aparte de porque la letra del artículo 1407 CC hable de «los bienes», porque al Código le merecen la misma consideración la vivienda y el local, y por eso, lo mismo dará que se atribuya uno de ellos cuando excede por sí solo del haber, compensando en dinero la diferencia, que se atribuyan los dos, cuando juntos lo exceden, siempre que el último incluido en el lote quepa en él en parte, pues se trata de que el supuesto sea semejante al de un solo bien (local o vivienda) que excede del haber.

Puede ser que, siguiendo esta interpretación y siendo los bienes preferentemente atribuibles la vivienda o el local, uno de los esposos consiga que todos los bienes gananciales queden incluidos en su lote, y el otro reciba solo dinero, pero pensamos que esto es lo que se deriva de artículo 1407 CC, que en estos casos ha permitido las compensaciones en metálico privativo configurándolas como una excepción al artículo 1061 CC, razón por la que no puede alegarse este último precepto para evitar la aplicación del propio artículo 1407 y, con él, del 1406 CC. Sin embargo, no es esta la postura del Tribunal Supremo que, basándose precisamente en el artículo 1061 CC, ha denegado la adjudicación al mismo esposo de los dos únicos inmue-

bles gananciales (vivienda habitual y local en el que ejercía la profesión)¹⁴³. Nosotros no estamos de acuerdo con ello, no solo por la argumentación que acabamos de exponer, sino porque creemos que si se sigue la tesis del Tribunal Supremo, tampoco sería admisible la adjudicación preferente de uno solo de esos bienes (vivienda o local) cuando es el único existente en el patrimonio ganancial, lo cual puede ocurrir con cierta frecuencia cuando se trata de la vivienda habitual y el viudo pretende su atribución, y sin embargo la admisión de dicha adjudicación preferente, con base en el artículo 1407 CC, no parece suscitar dudas. Entonces, ¿por qué ha de plantear menos problema este caso del único bien, que aquel en que los bienes son varios? ¿Qué más da que el «todo» esté constituido por un solo bien que por una pluralidad de bienes? A esto se une que si lo que no se permite es que «todos» los bienes (vivienda y local, o vivienda y varios locales, o, varios locales) vayan a parar al lote de un esposo, nos encontraríamos con un nuevo inconveniente cuando no son adjudicados preferentemente todos, que sería tener que determinar hasta qué cuantía se podría superar el haber del adjudicatario a través de las atribuciones preferentes para que se pudiera considerar respetado el artículo 1061 CC. También ha de tenerse en cuenta que los derechos de atribución preferente no se basan en el mero capricho del esposo beneficiario, sino en la presencia de intereses legítimos cuya existencia ha de demostrarse y que el ordenamiento jurídico quiere proteger, y esto el Código civil lo ha hecho de una forma especial cuando los bienes son la vivienda habitual y el local. Por último, queremos recordar que el artículo 1056, p. 2 CC (entre las normas de la partición de las herencias), permite la compensación en metálico, como excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, permitiendo que toda ella sea satisfecha en dinero a los demás legitimarios, con posible aplazamiento de hasta cinco años, y también permiten esto el artículo 841 y 844 CC, (fuera ya de las normas relativas a la partición de las herencias), esta vez con un posible aplazamiento de un año; no vemos por qué ha de plantear más problemas la admisión de la solución que proponemos para nuestro caso (atribución preferente de todos los bienes –vivienda y local o locales– a un esposo, con compensación en dinero) que la que resulta de estos otros preceptos, si también la postura que defendemos resulta del dictado de la Ley. De todos modos, el hecho de que el pago de la compensación o exceso haya de hacerse en el

¹⁴³ *Vid.* STS 28 de noviembre de 2007, RJ 2007\8652. Sigue la posición del Tribunal Supremo en esta sentencia, SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165, y REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9938.

momento de la partición, dificultará que nos encontremos con frecuencia con supuestos como el indicado

Expuesta nuestra interpretación, creemos, no obstante, que sería positivo que, en general, el haber no constituyera límite para la atribución preferente de los bienes con los que el esposo tiene especial vinculación y con los que se satisface un interés digno de tutela jurídica, siempre que se compense en dinero el exceso a la otra parte, para la cual esos bienes carecen de ese significado.

V. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Una vez estudiados los preceptos relativos al ejercicio de los derechos de atribución preferente y vistos los problemas que plantean, estamos en condiciones de hacer una propuesta de redacción de estos artículos que trate de paliar en lo posible las dudas que suscitan y, si puede ser, mejorar su regulación¹⁴⁴.

En nuestra opinión, la ordenación de esta materia ha de referirse a dos aspectos: la determinación del objeto de los derechos de atribución preferente y el problema de los excesos sobre el haber. Ambos temas han de tratarse separadamente, sin que sea correcto abordar cuestiones relativas a uno de ellos cuando se está regulando el otro. Por eso, y dado que en el Código civil existen dos artículos dedicados a la ordenación de los derechos de atribución preferente, podríamos mantener ambos, pero dedicando cada uno de ellos a uno de esos aspectos. De este modo, en nuestra propuesta el artículo 1406 CC se dedicaría a los posibles objetos del citado derecho, y el artículo 1407 CC, a solucionar los

¹⁴⁴ Por su parte, la Asociación de Profesores de Derecho Civil, ha realizado una propuesta, en la que, debido a la nueva estructura de Código civil y la remuneración de artículos que lleva a cabo, los vigentes artículo 1406 y 1407 CC, actualmente en el Libro IV, pasan a refundirse en un solo precepto, el artículo 264-44 CC, del Libro II. Concretamente dice la norma que se propone por la citada asociación:

«Artículo 264.44. *Derechos de inclusión preferente en el haber de cada cónyuge.*

1. Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

- a) Los bienes de uso personal no incluidos en el artículo 264.3.1.g.
- b) La explotación económica que gestione efectivamente.
- c) El local donde haya ejercido su profesión.
- d) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tenga la residencia habitual.

2. En los casos de los incisos c) y d) puede el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación.

3. Si el valor de los bienes o el derecho supera al del haber del cónyuge adjudicatario, debe éste abonar la diferencia en dinero.»

supuestos en los que el bien o el derecho o los bienes o los derechos exceden el valor del haber.

Por otra parte, en la redacción que proponemos hemos tratado de que aparezca claramente expresado:

1. Que el haber de cada cónyuge no es límite inexpugnable si se trata de ejercer los derechos de atribución preferente, puesto que, siempre que se pueda compensar al otro esposo pecuniariamente, ha de facilitarse que sean adjudicados a cada uno los bienes que han tenido y tienen una especial vinculación con él y con los que se satisfacen ciertos intereses que el ordenamiento jurídico ha considerado dignos de especial protección. Esto nos lleva a omitir de la redacción actual del artículo 1406 CC, primer inciso, la expresión «hasta donde éste [su haber] alcance».

2. Que si con la atribución se busca satisfacer ciertos intereses, es preciso, para que quede justificada, que éstos sigan satisfaciéndose en adelante. Por ello, en la nueva redacción del artículo 1406 CC que proponemos, se hace alusión a que la adjudicación se realiza «con el fin de que pueda seguir sirviéndose de ellos en el futuro»¹⁴⁵. En el ámbito fiscal nos encontramos también con exigencias de este tipo. Concretamente, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, en su artículo 20, apartado 2, letra c y apartado 6, establece para las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos*, la reducción de un 95 por ciento o más (si así se establece por la Comunidad Autónoma correspondiente) de la base imponible del valor de las empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades objeto de la transmisión, al cónyuge, descendientes o adoptados del fallecido o donante, pero exige que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante o a la escritura de la donación; lo mismo se establece para la vivienda habitual, en caso de transmisiones *mortis causa*, viéndose favorecido en este caso, además de los sujetos apuntados, el pariente colateral conviviente mayor de 65 años¹⁴⁶.

3. Que existe una verdadera vinculación entre el cónyuge y el bien desde el punto de vista temporal, puesto que el objetivo de estos derechos es «favorecer la continuidad en el uso de determinados bienes»¹⁴⁷ para conseguir diversos fines. Por ello, se proponen

¹⁴⁵ *Vid.*, SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016; Roj: SAP LU 788/2016 - ECLI: ES: APLU:2016:788, refiriéndose a la posibilidad que tiene el esposo de seguir ocupándose de la gestión efectiva de la explotación en el futuro, a pesar de su problemas de salud.

¹⁴⁶ *Vid.* sobre ello FERNÁNDEZ AMOR, 2016, pp. 228 ss.

¹⁴⁷ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 177 ss.; FONSECA, *RD*, 1986, p. 120; BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, p. 789; RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 824 y 826, con cita de la STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992\439, respecto a la explotación, y STS 30 de

expresiones como «venga gestionando» o «venga ejerciendo», que implican una concatenación en esa vinculación entre pasado, presente y futuro. En cuanto a los «bienes de uso personal» y la «vivienda donde tuviese la residencia habitual», el carácter netamente «personal», en los primeros, muestra de por sí la existencia de ese vínculo¹⁴⁸, y la «habitualidad» en la segunda, supone una permanencia que parte de un momento anterior (en la vigencia de la sociedad de gananciales) y, desde el actual, se proyecta intencionalmente hacia momentos posteriores¹⁴⁹.

4. Que, puesto que el artículo 1406 CC, ha de referirse al objeto sobre el que pueden recaer los derechos de atribución preferente, es este precepto el que debe aludir a la posibilidad de que la adjudicación sea, a elección del beneficiario, en propiedad o constituyendo un derecho de uso o habitación (para los casos del local y la vivienda, respectivamente), puesto que será la propiedad, o el derecho de uso o el derecho de habitación constituidos al efecto, los que se incluirán preferentemente en el haber del cónyuge beneficiario que así lo solicite; por ello, se añade un apartado segundo al artículo 1406 CC que recoge esta opción. Igualmente, ha de quedar claro que el derecho de uso se refiere al local y que el derecho de habitación se refiere a la vivienda habitual.

5. Que, dado que existe debate en la doctrina sobre el carácter revocable o irrevocable de la declaración relativa al ejercicio del derecho de atribución preferente, ha de aclararse esta cuestión e inclinar-

diciembre de 1998, RJ 1998\9763, respecto al local profesional. Con toda claridad dice esta última: «Para que la atribución preferente prospere ha de referirse al local donde se hubiera venido ejerciendo la profesión... al que le corresponda la nota de la habitualidad profesional, independientemente de su idoneidad que... es de carácter subjetivo. El ejercicio del derecho de preferencia se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales o provisionales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial y es lo que sucede en la cuestión que nos ocupa».

¹⁴⁸ Vid. SAP Orense, 27 de noviembre de 2012, AC 440\2012, según la cual: «Cuan- do la norma alude a los bienes de uso personal se está refiriendo a aquellos con los que el cónyuge interesado haya tenido un estrecho contacto, que incluso pertenezca al ámbito de su intimidad y que no hayan sido usados por el otro consorte, lo que no es el caso, durante el período de convivencia conyugal».

¹⁴⁹ Vid. BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, pp. 790 ss., en las que afirma, refiriéndose al local profesional, que es necesario que la profesión se ejerza en el mismo durante la vigencia de la sociedad conyugal y se extienda más allá del momento de la disolución (durante la comunidad posganancial) y partición, y que si de forma inmediatamente posterior a ésta, el bien atribuido deja de estar afecto al destino determinante de la atribución, se estaría vulnerando el criterio de paridad de lotes del artículo 1061 CC En relación con la explotación económica, exigiendo que se pretenda continuar en la gestión efectiva tras la partición, *vid.*: REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9940. Igualmente, respecto a esta continuidad en su uso, referida a la vivienda que fuera residencia habitual, *vid.* CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, pp. 595 ss. Sin embargo, encontramos alguna sentencia disonante en este punto, así, SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297, que recoge como requisito de aplicación del artículo 1406, núm. 4 CC, que la vivienda «hubiera sido residencial habitual u hogar familiar de los cónyuges, aunque no lo sea en el momento de la partición o liquidación de la masa ganancial».

se, a nuestro parecer, en favor de la irrevocabilidad. Lo mismo ha de hacerse respecto a la facultad de optar entre el derecho de propiedad o el de uso o habitación, en los casos del local y la vivienda habitual, respecto a la cual opción creemos que ha de determinarse además la posibilidad de reservarse el ejercicio de la misma para un momento posterior a la manifestación genérica de querer ejercitar el derecho de atribución preferente sobre estos bienes, o hacerlo simultáneamente, en todo caso con carácter irrevocable.

6. Que siempre que se pueda compensar el exceso en metálico, no debe discriminarse según el tipo de bien o derecho al que se refiera la atribución preferente, aunque no quepa en el haber, pues ha de facilitarse su ejercicio, sin que exista razón para discriminar entre local profesional y explotación económica. En consecuencia, se propone una redacción del artículo 1407 CC que deje claro este aspecto en su primer apartado.

7. Que, igualmente, siempre que se compense económicamente al otro esposo, el titular de varios derechos de atribución preferente ha de poder ejercitar todos o parte de ellos, sin límite alguno, lo cual se recoge en el apartado segundo del artículo 1407 CC

8. Que el pago de la diferencia en metálico deberá hacerse necesariamente en el momento de la partición, al contado, pero el Juez, excepcionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias, siempre que se presten garantías suficientes, podrá establecer un plazo moderado para que el esposo beneficiario de la atribución compense al otro o sus herederos, teniendo especial cuidado en que ello no cause perjuicio a este último o últimos. Este plazo deberá generar intereses legales, y proponemos que sea de cinco años como máximo por parecernos suficiente y no excesivamente perjudicial para el otro esposo, además de por ser el considerado en otros preceptos de nuestro Código civil, pero obviamente, podría fijarse otro que se estimara más conveniente por el legislador o determinar que el Juez sea también quien lo concrete, a la vista del supuesto que se le presente. Igualmente, el Juez podrá fijar las condiciones o la forma en que se hará dicho pago atendiendo a las circunstancias. Esto se recogería en un apartado tercero del artículo 1407 CC en el que debería recalcar especialmente el carácter excepcional de esta decisión judicial. Si el esposo adjudicatario preferente no puede o no quiere cumplir tales requisitos, deberá acudir a la financiación de un tercero para cumplir con su obligación de pago al contado.

De este modo, nuestra propuesta es la que sigue:

«Artículo 1406. 1. Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber con el fin de que pueda seguir sirviéndose de ellos en el futuro:

- a. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.
- b. La explotación económica que venga gestionando efectivamente.
- c. El local donde venga ejerciendo su profesión.
- d. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

2. Si el bien sobre el que recae el derecho de atribución preferente es el local profesional o la vivienda habitual podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuya en propiedad o que se constituya sobre él a su favor un derecho de uso o habitación respectivamente.

3. El ejercicio de los derechos de atribución preferente se llevará a cabo mediante una declaración de voluntad irrevocable dirigida a la otra parte. En los casos del local profesional o la vivienda habitual, la facultad de opción recogida en el apartado anterior podrá realizarse junto con la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución o, si en ese momento se la reserva de forma expresa, posteriormente.

Artículo 1407. 1. En todos los casos del artículo precedente, si el valor del bien o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.

2. Si un mismo cónyuge fuera titular de varios derechos de atribución preferente sobre distintos bienes, podrá ejercitar uno, varios o todos independientemente de su valor individual o conjunto, siempre que compense pecuniariamente al otro esposo el exceso sobre su haber.

3. El pago del exceso en dinero, deberá hacerse en el momento de la adjudicación, salvo que las partes acuerden otra cosa. De forma totalmente excepcional el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de ambos esposos, podrá, siempre con las suficientes garantías, conceder un plazo que no excederá de cinco años, para efectuar el pago de todo o parte del exceso, así como determinar la forma en que se hará dicho pago en el plazo fijado. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal.»

VI. CONCLUSIONES

Una vez finalizado nuestro estudio y sin perjuicio de que hayamos abordado otras muchas cuestiones, las conclusiones más importantes que podríamos destacar son las siguientes:

1. Los derechos de atribución preferente son derechos facultativos de configuración jurídica, cuya puesta en práctica conlleva

una excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición (arts. 1061 y 1410 CC).

2. Sólo pueden ser titulares de los derechos de atribución preferentes los cónyuges, no los herederos.

3. Los derechos de atribución preferente se harán valer a través de una declaración de voluntad expresa, unilateral y recepticia dirigida al otro esposo o, en su caso, a los herederos del esposo fallecido. Esta declaración es irrevocable y ha de hacerse antes de que se vaya a proceder a la formación de los lotes.

4. Los derechos de atribución preferente son renunciables, expresa o tácitamente.

5. La atribución preferente es una operación particional, pero su existencia influye en la liquidación de la sociedad de gananciales en sentido estricto, en cuanto que en ella ha de tenerse en cuenta su existencia para evitar en lo posible que, cuando sea necesario enajenar bienes comunes para pagar los créditos de terceros o de un cónyuge frente a la sociedad, se acuda a los que constituyen su objeto, so pena de poder incurrir en abuso de derecho.

6. En los supuestos del artículo 1405 CC, cuando no exista numerario ganancial y se acuda a la adjudicación de bienes comunes, la existencia de un derecho de atribución preferente implicará que la actitud injustificada del esposo no titular del mismo que no haga posible la adjudicación al titular, deberá considerarse como constitutiva de abuso de derecho.

7. La regla general que se desprende del artículo 1406 CC, es que el haber de cada cónyuge constituye el límite hasta donde pueden ser adjudicados los bienes objeto de atribución preferente. No obstante, y solamente cuando se trata de la vivienda habitual o el local profesional (no si estamos ante una explotación económica o un bien de uso personal de extraordinario valor), si se supera dicho límite, el beneficiario puede conseguir la atribución del bien por entero, imponiendo a la otra parte la compensación pecuniaria del exceso. Éste deberá pagarse al contado, sin que quepa aplazamiento alguno, salvo acuerdo.

8. Cuando el objeto de la atribución preferente es la vivienda habitual o el local profesional, el beneficiario puede elegir entre su adjudicación en propiedad (entendida en sentido amplio, es decir, como el derecho que ostentara la sociedad de gananciales sobre el bien), o mediante la constitución de un derecho de uso (sobre el local) o de habitación (sobre la vivienda), en cuyo caso la partición tendrá una naturaleza constitutiva, no simplemente determinativa. No cabe exigir la constitución de otros derechos diferentes a los expresados, como podría ser un usufructo.

9. Tratándose de la vivienda y el local profesional, la opción por el derecho de uso o habitación podrá hacerse junto con la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución o en un momento posterior, pero siempre anterior a la partición; si llegado ese momento, no se ha concretado la opción, se entenderá que se elige la propiedad. Manifestada la opción, ésta es irrevocable.

10. El artículo 822, p. 4 CC declara compatible el derecho de habitación sobre la vivienda habitual ganancial, donado o legado voluntariamente o por ministerio de la Ley (en este supuesto, si existe necesidad), al legitimario discapacitado conviviente con el donante o testador, con los derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC. En caso de donación, ésta requerirá el consentimiento de ambos esposos y supondrá, que fallecido el cónyuge, su legitimario discapacitado podrá seguir disfrutando de su derecho de habitación, independientemente de que en la partición la vivienda sea adjudicada en propiedad o en uso o habitación, por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, al viudo, o no lo sea y vaya a parar al lote de los herederos del difunto. En cuanto al legado voluntario de derecho de habitación, éste tiene una doble eficacia: primero, supone ejercer un derecho de configuración de los lotes en la partición de los gananciales por parte del testador y, segundo, una disposición de última voluntad a título singular. Cuando se trata del legado legal del derecho de habitación, entendemos que, como en el supuesto anterior, éste se adjudicará en el lote del premuerto, aunque esta vez por voluntad de la Ley y, desde allí, irá a parar al legitimario discapacitado en situación de necesidad. El derecho de habitación donado o legado al legitimario discapacitado no se computará para el cálculo de las legítimas.

11. La finalidad del derecho de atribución preferente recayente sobre la explotación económica, es posibilitar al esposo que la gestionó continuar haciéndolo en el futuro y, solo indirectamente, en un segundo plano, la conservación de la empresa.

12. Cuando la explotación económica excede del haber y es indivisible, no cabe que el beneficiario de la atribución preferente imponga la adjudicación por entero a su favor, pagando el exceso en dinero a la otra parte; para ello se requeriría el acuerdo de todos los partícipes. Por tanto, no creemos aplicables, ni por vía de la remisión del artículo 1410 CC, ni por la vía de la aplicación analógica, otras normas del Derecho de sucesiones que facultan para el pago de los excesos en metálico. En nuestra opinión, conforme al artículo 1406 CC, el titular del derecho de atribución puede exigir que le sea atribuida la cuota de la explotación que quepa en su haber, de modo que la restante será adjudicada a la otra parte,

creándose una situación de indivisión o comunidad romana, de la que se podrá salir, si es que no se acuerda otra cosa, a través del ejercicio de la acción de división del artículo 404 CC. Lo mismo puede decirse cuando el bien objeto de atribución preferente que excede del valor del haber de su beneficiario sea un bien de uso personal de extraordinario valor.

13. Si un esposo tiene varios derechos de atribución preferente sobre distintos bienes y todos ellos en su conjunto no caben en su haber, en principio, según se desprende del artículo 1406 CC, podrá exigir que se le adjudiquen todos los que quepan juntos por entero y además uno que exceda del resto del haber siempre que una parte de él quede incluida en éste, puesto que tiene derecho a completar su haber con los bienes o derechos preferentemente atribuibles hasta agotarlo. Además, como regla general, el esposo puede elegir el orden de inclusión en su lote de los bienes atribuibles preferentemente siempre con el límite del valor de su haber, de modo que podrá quedar incluida solo una cuota del último que se haya elegido, incluso cuando éste por sí solo exceda del valor del haber. Ahora bien, si uno de los bienes respecto del cual se puede y se quiere, junto con otros, ejercitar el derecho de atribución preferente por un esposo, es el local profesional o la vivienda habitual, creemos, basándonos en el artículo 1407 CC, que siempre habrá que empezar por la inclusión de éstos en el lote y, si el local o la vivienda vale más que el haber, abstenerse de ejercitar los demás (a no ser, obviamente que prefiera ejercitar los otros y quedarse sin local o sin vivienda).

14. Sería conveniente dar una nueva redacción a los artículos del Código civil que regulan los derechos de atribución preferente para aclarar las dudas más importantes que la actual suscita y ampliar las posibilidades de pago del exceso sobre el haber en dinero, de modo que no sólo quepa cuando se trate de la vivienda habitual y el local profesional, sino también cuando el objeto del derecho de atribución preferente sea la explotación económica gestionada por el esposo o un bien de uso personal de extraordinario valor.

(Estudio concluido en julio de 2018.)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31.

STS 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7482.

STS 1 de julio de 1991, RJ 1991/5314.

STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992 / 4391.

STS 20 de mayo de 1993, RJ 1993\3809.
STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.
STS 28 de septiembre de 1993, RJ 1993\6657.
STS 6 de junio de 1993, RJ 1993\4466.
STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.
STS 15 de marzo de 1995, RJ 1995\2654.
STS 16 de diciembre de 1995, RJ 1995\9144.
STS 20 de enero de 1996, RJ 1997\116.
STS 25 de febrero de 1997, RJ 1997\1328.
STS 10 de noviembre de 1997, RJ 1997\7892.
STS 16 de febrero de 1998, RJ 1998\868.
STS 21 de diciembre de 1998, RJ 1998, 9756.
STS 30 de diciembre de 1998, RJ 1998\9763.
STS 11 de octubre de 1999, RJ 1999\7324.
STS 20 de noviembre de 2000, ROJ: STS 8428/2000 - ECLI:
ES: TS:2000:8428.
STS 16 de marzo de 2007, RJ 2007\1861.
STS 9 de mayo de 2007, RJ 2007\3561.
STS 28 de noviembre de 2007, RJ 2007\8652.
STS 16 de enero de 2008, RJ 2008\5.
STS 4 de abril de 2008, RJ 2008\2944.
STS 14 de julio de 2008, RJ 3361.
STS 3 de abril de 2009, RJ 2009\2806.
STS 9 de mayo de 2008. RJ 2008\2970.
STS 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2572.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Asturias, 11 de junio de 1996, AC 1998\6138.
SAP Barcelona, 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028.
SAP Asturias, 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.
SAP Barcelona, 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028.
SAP Navarra, 17 de enero de 2000, AC 2000\3308.
SAP Lérida, 6 de julio de 2000, JUR 246727.
SAP Murcia, 8 de marzo de 2001, AC 140\2001.
SAP Asturias, 10 de enero de 2003, JUR 2003\39899.
SAP Córdoba, 24 de febrero de 2005, JUR 2005\145083.
SAP Badajoz, 26 de marzo de 2007, AC 2007\1312.
SAP La Coruña, 27 de abril de 2007, JUR 2007\280626.
SAP La Coruña, 20 febrero de 2009, AC 77\2009.
SAP Salamanca, 17 de diciembre de 2010, Roj: SAP SA
641/2010-ECLI: ES: APSA:2010:641.
SAP La Coruña, 8 de febrero 2011, AC 55\2011.

- SAP Murcia, 10 de junio de 2011, JUR 2011\266399.
 SAP La Coruña, 20 abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 - ECLI: ES: APC:2012:1111.
 SAP Madrid, 21 de noviembre de 2012, AC 722\2012.
 SAP Orense, 27 de noviembre de 2012, AC 440\2012.
 SAP Soria, 4 de septiembre de 2013, JUR 2014\256642.
 SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2014, AC 428\2014.
 SAP de Pontevedra, 18 de febrero de 2016, AC 83\2016.
 SAP Castellón, 13 de septiembre de 2016, AC 102\2016.
 SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016.
 SAP Córdoba, 2 de junio de 2018, JUR 2018\218901.
 SAP Asturias, 2 de febrero de 2018, AC 70297\2018.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN 28 de febrero de 1992, RJ 1992\2881.
 RDGRN 6 de febrero de 2008, RJ 2008\637.
 RDGRN 2 de marzo de 2015, *BOE* 21 de marzo de 2015.
 RDGRN 29 de junio de 2017, *BOE* 25 de julio de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. J.: «La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición de la herencia», *RDP*, mayo, 2002, pp. 409 ss.
- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil, III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.
- ARGELLICH COMELLES, C.: «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *RDC*, vol. II, núm. 4, 2016, pp. 125 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Capítulo V. Del régimen de participación. Artículos 1411 a 1434», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1899 ss.
- BENAVENTE MOREDA, P.: «Sentencia de 30 de diciembre de 1998. Oposición a las operaciones divisorias de bienes gananciales realizadas por el contador-partidor dirimente. Atribución preferente de local profesional ganancial», *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pp. 781 ss.
- BUSTO LAGO, J. M.: «Sección 5.ª De las legítimas. Artículos 806 a 822», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013a, pp. 1114 ss.
- «Sección 8.ª Pago de la porción hereditaria en casos especiales. Artículos 841 a 847», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013b, pp. 1169 ss.
- «Legítimas y reservas», *Manual de Derecho civil, sucesiones*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 207 ss.

- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Sentencia de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007\1861)», *CCJC, Familia y Sucesiones*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 585 ss.
- CERDÁ OLMEDO, M.: «La oficina de farmacia y el régimen de gananciales», *RDN*, julio-diciembre, 1985, pp. 63 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código civil», *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Coordinadora M. Herrero Oviedo, Directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, La Ley, 2014, pp. 143 ss.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Artículos 1404 a 1407», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Dirigidos por M. Albaladejo, t. XVIII, vol. 2.º, artículos 1344 a 1410 del Código civil*, EDERSA, 1984, pp. 497 ss.
- DÍAZ ALABART, S.: «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Coordinadora M. Herrero Oviedo, Directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, La Ley, 2014, pp. 848 ss.
- DÍEZ BALLESTEROS, J. A.: *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Montecorvo, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Artículo 1405», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1984a, pp. 1800 y ss,
— «Artículo 1406», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1984b, pp. 1801 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil, III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005.
— *Sistema de derecho civil, IV, T. I, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018a.
— *Sistema de derecho civil, IV, T. 2, Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2018b.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.
— «La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)», *ADC*, tomo XLIII, fasc III, julio-septiembre, 1990, pp. 794 ss.
— «Artículo 822», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010a, pp. 941 ss.
— «Artículo 1056», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010b, pp. 1149 ss.
- EVANGELIO LLORCA, R.: «Sección Quinta. De la disolución y liquidación de gananciales (II)», *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Coordinadores J. Rams Albesa. y J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 596 ss.
- FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: «Régimen fiscal de la sucesión hereditaria: determinación de la deuda tributaria y gestión del impuesto sobre sucesiones y donaciones», *Tratado de Derecho de sucesiones, T. II (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1213 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: «Empresa familiar y régimen sucesorio», *Empresa familiar y sociedad mercantil (Especial referencia a la sociedad limitada nueva empresa)*, Cámara, Madrid, 2006, pp. 89 ss.
- FONSECA, R.: «Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil», *RDP*, enero 1986, pp. 8 ss. (I parte) y febrero 1986, pp. 107 ss. (II parte).

- FUENTESECA, C.: «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, T. I*, Coordinadores J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1743 ss.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar», *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la IIMP*, Director V. M. Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 1995, pp. 97 ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.
- GARCÍA URBANO, J. M.: «Art. 1405», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 796 ss.
- «Art. 1406», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a, pp. 798 ss.
- «Art. 1407», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993b, pp. 799 ss.
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F., y Sánchez González, J. C.: «La sociedad de gananciales», *Instituciones de Derecho privado, Vol. IV, Familia, T. 2*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 295 a 661.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., y otros.: *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Reus, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «Régimen económico de gananciales (II)», *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, Coordinador F. J. Sánchez Calero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 187 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, R.: «La empresa familiar: su planificación testamentaria como instrumento de conservación», *Derecho de Sucesiones*, Directoras J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 823 ss.
- LACRUZ BERDERJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales, vol. 2.º, Derechos reales limitados, Situaciones de cotitularidad, Bienes inmateriales*, Dykinson, Madrid, 2009.
- *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, fasc. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, VI, Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Sociedad de gananciales II. Cargas y responsabilidades. Administración. Disolución y liquidación», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Directora M. Linacero de la Fuente, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 237 ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. Á.: «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *RJC*, 1983, núm. 3, pp. 585 ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- «Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos)», *RCDI*, mayo-junio 1996, Núm. 634, pp. 1037 ss.
- «Artículo 1405», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010a, pp. 1548.
- «Artículo 1406», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010b, pp. 1549 ss.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «Artículo 1407», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010c, pp. 1551 ss.
- «Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales», *RCDI*, noviembre-diciembre 2015, núm. 752, pp. 3169 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Capítulo 10. La sociedad de gananciales», *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Coordinador C. Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 249 ss.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J.: «La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Coordinadores M. Garrido Melero y J. M. Fugaró Estivill, Coordinador especial V. M. Garrido de Palma, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 305 ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Sección 2.^a De la partición. Artículos 1051 a 1067», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1418 ss.
- «Partición y colación», *Manual de Derecho civil, sucesiones*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 99 a 127.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I.: *Tratado de Derecho de sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, La Ley, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.: «Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia», *RDN*, 1986, abril-junio, pp. 7 ss.
- MILLÁN SALAS, F.: «La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales», *RGLJ*, III época, 2001, núm. 2, abril-junio, pp. 361 ss.
- MONASTIER MORALES, J. L.: «Los discapacitados y el legado de habitación», *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Directora M. C. García Garnica, Coordinador R. Rojo Álvarez-Manzaneda, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 317 ss.
- MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Sección 5.^a De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1880 ss.
- «La sociedad de gananciales (Continuación)», *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 183 ss.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- NOGUERA NEBOT, T.: «El legado del derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471 ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- PÉREZ ESCOLAR, M.: «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento futuro», *ADC*, tomo LX, fasc. IV, octubre-diciembre 2007, pp. 1641 ss.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo Giménez, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 1187 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «El derecho de habitación establecido a favor del legionario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, T. II*, Coordinadores J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4017 ss.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Artículo 822», *Comentarios al Código civil*, t. V (arts. 819 a 1052), Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6095 ss.
- *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017a.
- «La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales. Capítulo 26», *Tratado de Derecho de familia*, vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales* (I), Dirigidos por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, Thomson Reuters Aranzadi, 2017b, pp. 1271 ss.
- RAMS ALBESA, J.: «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, pp. 727 ss. (I) y pp. 927 ss. (II).
- «La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales», *RGLJ*, 2.ª época, núm. 3, septiembre 1987, pp. 357 ss.
- «Art. 524», *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1384 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L.: «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC», *El Derecho de Familia ante la crisis económica, La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 13 ss.
- «Artículo 1406», *Comentarios al Código civil, T. VII (Arts. 1265 a 1484)*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a, pp. 9937 ss.
- «Artículo 1407», *Comentarios al Código civil, T. VII (Arts. 1265 a 1484)*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a, pp. 9949 ss.
- «Aspectos liquidatorios de la vivienda familiar en los distintos regímenes económicos-matrimoniales», *25 años impulsando el Derecho de familia. Ponencias del XXV encuentro de la AEFA, Madrid, febrero de 2018*, Asociación Española de Abogados de Familia, Sepin, Madrid, 2018, pp. 125 ss.
- REQUEIXO SOTO, X.: «Clases de legados», *Tratado de Derecho de sucesiones, T. I (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1193 ss.
- REYES LÓPEZ, M. J.: «Economía del matrimonio y empresa familiar», *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Coordinadora M. J. Reyes López, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 97 ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 40, julio-septiembre, 2008, p. 23 ss.
- *La sociedad legal de gananciales. Criterios de aplicación práctica*, Dilex, Madrid, 2010.
- «Artículo 822», *Código civil comentado, Volumen III, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*, Directores A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 869 ss.
- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y Agustín Torres, C.: «La empresa familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3.ª época, mayo 1999, pp. 39 ss.

- RUEDA ESTEBAN, L.: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV, *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Coordinadores M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.: «Tema 6. La sociedad de gananciales», *Instituciones de Derecho privado*, t. IV, *Familia*, vol. 2.º, Coordinador general J. F. Delgado de Miguel, Coordinador especial V. M. Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *Disolución y Liquidación de Regímenes Matrimoniales*, Ed. Reus S. A, Madrid, 2016.
- SEBASTIÁN CHENA, M. S.: *La liquidación de la sociedad de Gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- TORRALBA SORIANO, V.: «Art. 1347», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1602 ss.
- TORRES GARCÍA, T. F.: «Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2006, pp. 173 ss.
- «Una aproximación al artículo 1056. II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)», *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 1653 ss.
- TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «La legítima en el Código civil (I)», *Tratado de legítimas*, Coordinadora T. F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 21 ss.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de legítimas*, Coordinadora T. F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87 ss.
- «La legítima en el Código civil (I)», *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. II, (*Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*), Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 355 ss.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. II, (*Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*), Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 417 ss.
- VIVAS TESÓN, I.: *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2018.