

EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: CRITERIOS DELIMITADORES

THE PROFIT OR PRIVATIVE CHARACTER OF THE COMPENSATION FOR DISMISSAL: DELIMITERS PRINCIPLES

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 440-457



Diego Eloy
GARCÍA GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: No siempre ha sido pacífica la consideración como bien ganancial o privativo de las indemnizaciones por despido percibidas por uno de los cónyuges. A partir de 2007 en adelante la doctrina del Tribunal Supremo generaliza una serie de criterios a tener en cuenta para determinar si dicha indemnización puede considerarse como bien privativo o ganancial y cuyas directrices han tratado de seguir las Audiencias Provinciales.

PALABRAS CLAVE: Bien ganancial, bien privativo, indemnización por despido, sentencia de divorcio.

ABSTRACT: It hasn't always peaceful the considerations as community property or privative of the compensation for dismissal received by one of spouses. From 2007 until now the doctrine of the Supreme Court generalizes a number of criteria to consider in determining if such compensation can be considered as a privative good or community property good and whose underlines have tried to follow the provincial courts.

KEY WORDS: Community property good, privative good, unemployment compensation, divorce sentence.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. SENTENCIAS RECIENTES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ACERCA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: SUPUESTOS DE HECHO, DOCTRINA Y FALLOS. III. CRITERIOS Y/O ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 1. El momento de percepción de la indemnización. 2. El derecho al trabajo y la indemnización por despido. Calificación de la indemnización en función de su naturaleza (artículos 1346 y 1347 del Código civil). 3. Cómputo de la indemnización por despido. Qué parte de la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales. IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La indemnización por despido percibida por uno de los cónyuges fue uno de los focos problemáticos en materia matrimonial durante un largo periodo de tiempo por cuanto a su consideración como bien ganancial y por tanto, integrable dentro del activo de la sociedad de gananciales o, en cambio, su consideración como bien privativo o perteneciente en exclusiva al cónyuge que la percibe.

La jurisprudencia antes del año 2007 exponía distintos criterios y alcanzaba soluciones distintas en función del caso concreto. A partir del año 2007, el Tribunal Supremo trata de forma amplia y exhaustiva la calificación como bien ganancial o bien privativo de la indemnización por despido en función de la presencia o no de una serie de requisitos.

El Tribunal Supremo configura una serie de elementos a analizar para concluir si la indemnización por despido tiene carácter privativo o ganancial, elementos que se analizarán más exhaustivamente en posteriores apartados.

A partir de esta sentencia del año 2007 y posteriores sentencias en 2008 se unifica doctrina en la materia y las Audiencias Provinciales han acogido las directrices del Tribunal Supremo, no existiendo en la actualidad prácticamente ningún foco de conflicto acerca de la indemnización por despido.

Antes existían dos corrientes jurisprudenciales contradictorias:

La primera corriente consideraba que en la medida en que la indemnización por despido retribuía la prestación de servicios en la empresa, en tanto en cuanto la

• **Diego Eloy García García**

Graduado en Administración de Empresas y Derecho en la Universidad de Valencia, estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía de dicha Universidad, Responsable de Comunicación del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: Diegar6@alumni.uv.es

indemnización correspondiera a los años de trabajo constante matrimonio, tendría la consideración de bien ganancial por tratarse de una cuantía que se obtiene como compensación económica por el incumplimiento del empresario y el cálculo de la misma se realiza en función de los años trabajados.

La segunda corriente consideraba que en la medida en que el despido del trabajador afectaba a su derecho al trabajo, la indemnización tiene un importante componente moral de resarcimiento del perjuicio causado a su derecho al trabajo, aspecto este que resultó clave para considerar en un primer momento la indemnización por despido como bien privativo en base a la afectación a un derecho de la personalidad (artículo 1346.5º del Código civil). Esta posición se mantuvo durante bastante tiempo por gran parte de las Audiencias provinciales hasta el 26 de junio de 2007, incluso algunas Audiencias han seguido manteniendo este criterio a posteriori. No obstante, si esta posición ha seguido siendo adoptada por ciertas Audiencias provinciales, lo ha sido con carácter marcadamente residual.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acabó desechando la segunda corriente y apostó por la primera desarrollando los concretos requisitos necesarios para considerar dicha indemnización como bien ganancial.

II. SENTENCIAS RECIENTES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ACERCA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: SUPUESTOS DE HECHO, DOCTRINA Y FALLOS.

Los supuestos de hecho que serán mencionados son especialmente recientes y confirman la consolidación de la jurisprudencia entre los años 2007 y 2008 del Tribunal Supremo.

a) En primer lugar, la SAP de Alicante 1 octubre 2015¹, en la cual se parte del siguiente supuesto de hecho: en primera instancia se celebró juicio de liquidación del régimen económico matrimonial, dictándose sentencia por al Juzgado de Primera Instancia de Alicante en cuya parte dispositiva negaba el carácter ganancial de la indemnización por despido percibida por el esposo. La mercantil extingue su contrato de trabajo fruto de la decisión de despido colectivo por parte de la empresa, cuyo periodo de consultas finaliza con acuerdo, siendo despedido e indemnizado.

El Juzgado de Primera Instancia de Alicante dicta sentencia en la cual determina el inventario correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales, quedando excluido del activo de la sociedad de gananciales la indemnización percibida por el esposo.

¹ SAP Alicante 1 Octubre 2015 (RAJ 2015, 299)

La sentencia de instancia es recurrida en apelación ante la Sección 4ª de la AP de Alicante por la ex-esposa del apelado. Sin embargo, en esta segunda instancia la AP considera que, si bien, la indemnización se cobró posteriormente a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, lo determinante es cuál fue el periodo en que se generó el derecho a percibirla, pues la indemnización se calcula en función de los años trabajados y lo verdaderamente determinante es la indemnización se cause constante la sociedad de gananciales, con independencia de que se perciba con posterioridad a la sentencia de despido (doctrina jurisprudencial del TS en el año 2008, posteriormente a una sentencia de junio de 2007)

Conforme a ello, aunque la indemnización es considerada por la Audiencia como bien ganancial integrable en el activo de la sociedad de gananciales, argumenta que no comprende todo el montante de la indemnización porque parte de la indemnización percibida se corresponde a periodos de prestación de trabajo en los que los esposos no estaban casados y por tanto no existía sociedad de gananciales. Por ello, la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales en proporción al periodo en que coinciden prestación de trabajo y vigencia de la sociedad de gananciales (FJ 2º)

Finalmente, la AP estima el recurso de apelación de la antigua esposa del apelado declarando la indemnización por despido como bien ganancial y revoca la sentencia de primera instancia integrando en el activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por el esposo correspondiente a los años trabajados vigente la sociedad de gananciales.

b) En segundo lugar, la SAP de Burgos 22 marzo 2016 ² se pronuncia de manera similar pero con alguna matización en el supuesto de hecho que da lugar al posterior pronunciamiento de la Audiencia provincial:

También en este caso se plantea en primera instancia la liquidación de la sociedad de gananciales estimando parcialmente el Juzgado de Primera Instancia la demanda e incluyendo en el inventario de la sociedad de gananciales distintos créditos y deudas pero sin hacer expreso pronunciamiento sobre determinadas partidas, entre ellas la indemnización por despido percibida por la ex esposa.

El esposo recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Burgos la sentencia dictada en primera instancia basándose en la existencia de incongruencia omisiva del artículo 218 de la LEC pues la sentencia ha obviado según la parte apelante pronunciarse sobre la inclusión y exclusión de determinadas partidas. Solicita entre otras la inclusión de la indemnización por despido percibida por su antigua esposa en el activo de la sociedad de gananciales como crédito a favor de la sociedad.

2 SAP Burgos 22 de marzo 2016 (RAJ 2016, 117)

Según la Audiencia provincial, el Juzgado de Primera Instancia sí se pronunció sobre el carácter de la indemnización por despido, atribuyéndole naturaleza privativa.

La parte apelada aduce como motivo de la consideración de la indemnización como bien privativo el hecho de que la indemnización se percibió una vez producida la separación de hecho y presentadas sendas demandas de divorcio, y que por tanto, al percibirla cuando estaban separados (de facto) no tiene la consideración de ganancial sino de bien privativo.

La Audiencia provincial considera que aunque la indemnización se percibió en diciembre de 2012 cuando la demandante desistió de la demanda de despido a cambio de aceptar la indemnización y la separación de hecho y la presentación de demandas para la ruptura formal del vínculo tuvieron lugar en los meses de septiembre y octubre respectivamente, la rescisión de la actividad y el devengo de la prestación por desempleo se produjeron anteriormente en julio de 2012 estando vigente la sociedad de gananciales, por lo que la indemnización tendría carácter ganancial.

Es lógico pensar que el devengo de la prestación se produce antes de la separación de hecho y la presentación de demandas de separación puesto que en diciembre de 2012 reconoció la empresa la improcedencia del despido, por lo que aceptando la improcedencia del despido, el devengo de la indemnización tuvo realmente lugar en julio cuando se produjo el despido que adoleció de defectos formales y, por tanto, todavía existía la sociedad de gananciales.

La diferencia con respecto al anterior supuesto es que la cuantía de la indemnización que la Audiencia Provincial decide incluir en el activo es la totalidad de la misma porque la indemnización comprendía todo el periodo de existencia de la sociedad de gananciales, debiendo integrarse en el activo el montante completo como crédito a favor de la misma pues no había existido actividad laboral previa al matrimonio.

c) En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid 6 marzo 2015³ en la cual en primera instancia el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dicta sentencia en un procedimiento de liquidación de régimen económico-matrimonial por la cual incluye dentro del activo de la sociedad de gananciales la indemnización percibida por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.

El esposo recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual desestima el recurso interpuesto sobre la base de que el despido y el percibo de la indemnización se produjeron con anterioridad a la sentencia formal de separación

3 SAP Madrid 6 marzo 2015 (RAJ 2015, 225)

aunque se hubiere producido en primer lugar la separación de facto. La AP se apoya en la jurisprudencia del TS, concretamente las sentencias de junio de 2007 y mayo de 2008.

Cita la Audiencia en el FJ 2º de la sentencia el pronunciamiento del TS contenido en la sentencia de 28 de mayo de 2008 en los siguientes términos:

“Debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo. El primero es un bien privativo por tratarse de un ‘derecho inherente a la persona’, incluido en el artículo 1346.5 del CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el Art. 1347.1 CC.

Algunas veces se ha considerado que la indemnización va a sustituir la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo y por ello dicha indemnización no debe tener la condición de ganancial, sino que es un bien privativo, por aplicación del principio de la subrogación.

Pero este argumento no resulta convincente, puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad lo que ocurre es que la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales”.

En base a los argumentos del TS, la Audiencia provincial concluye considerando ganancial la indemnización por despido porque se ha devengado y percibido durante la existencia de la sociedad de gananciales y tiene su causa en el contrato de trabajo, asimilando la indemnización a una ganancia originada por el desempeño de la prestación laboral existiendo matrimonio entre cónyuges.

Por todo ello, la Audiencia provincial desestima el recurso interpuesto por el apelante.

III. CRITERIOS Y/O ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

I. El momento de percepción de la indemnización

La fecha en que se percibe la indemnización ha sido y es un elemento clave a la hora de determinar la naturaleza privativa o ganancial de dicha indemnización.

Antes de la sentencia del TS de 26 de junio de 2007, las Audiencias provinciales por regla general mantuvieron un criterio distinto al escogido por dicha sentencia.

En un principio no existió ninguna duda acerca de las indemnizaciones por despido percibidas fuera de la vigencia de la sociedad de gananciales. Aquellas que se percibían disuelta la sociedad de gananciales tenían carácter privativo pues dichas indemnizaciones como salarios futuros que se perciben disuelta la sociedad pertenecen a la esfera privada del ex cónyuge. Esta posición la adoptan, por citar a modo de ejemplo, algunas Audiencias provinciales como la AP de Madrid en su sentencia de 15 de mayo de 1995 o la propia sentencia del TS de 29 de junio de 2005 con cita de anteriores sentencias del propio Alto Tribunal de 18 de mayo de 2000, 26 de octubre de 2000, 6 de abril de 2001 y 31 de mayo de 2001.

La STS 29 junio 2005⁴ se pronuncia expresamente sobre el carácter de la indemnización y considera que dicha indemnización "es un bien adquirido tras las extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere."

Más problemas provocó inicialmente la percepción de indemnizaciones por despido estando vigente la sociedad de gananciales, situación que supuso verdaderas diferencias de criterio entre Audiencias provinciales.

Así, la SAP de San Sebastián 9 septiembre 1998 sostiene que la indemnización por despido tiene naturaleza ganancial porque "es producto del trabajo desempeñado cuando estaba vigente la comunidad de gananciales, y por ello, debe calcularse sobre la base del periodo de tiempo existente entre la fecha de inicio de la comunidad que se produce con la celebración del matrimonio hasta la extinción con la sentencia formal de separación (véase párrafo XI del Preámbulo de la ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria y 777.10 LEC y Código notarial respectivamente por cuanto a la posibilidad de finalizar el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo por las partes a través de decreto del Secretario Judicial o escritura notarial) independientemente

4 STS 29 junio 2005 (RAJ 2005, 541)

de que la indemnización se haya percibido posteriormente a la disolución del matrimonio.

También la SAP de Guadalajara 2 noviembre 2000⁵ afirma que aquella indemnización por despido que se percibe durante la vigencia de la sociedad de gananciales debe ser considerada bien ganancial. "Aquella más que un salario diferido constituye un resarcimiento por la pérdida de empleo y justo es que su importe acreciente los bienes comunes pues frutos son del trabajo o actividad, actualizados en momento idóneo."

A su vez, la SAP de Zaragoza 17 julio 1999 sostiene que la indemnización por despido no puede ser excluida del activo de la sociedad de gananciales, "pues se abona en sustitución de unos salarios que hubieran debido percibirse constante matrimonio, y que, por tanto, hubieran recaído en la comunidad".

Sin embargo, otras sentencias como la SAP de Palencia 31 mayo 2004 entre otras⁶ en su FJ 2º considera que "la indemnización por despido tiene siempre carácter privativo del cónyuge que la recibe, siendo independiente el momento en que la misma se perciba, ya constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, ya después de la separación de los cónyuges y disuelta, por tanto, esta".

En el mismo sentido se pronuncia el propio Tribunal Supremo en la sentencia 22 diciembre 1999⁷ que es confirmada posteriormente por el Alto Tribunal en la sentencia 29 junio 2000⁸ argumentando que "la indemnización por despido no tiene carácter de bien ganancial porque no es retribución de trabajo alguno".

Como se puede comprobar, en estos años no hay un criterio unificado acerca de la indemnización. Para algunas Audiencias Provinciales, la indemnización tiene carácter ganancial, y sin embargo, para otras tiene carácter privativo con independencia del momento en que esta se hubiere percibido por el cónyuge. Incluso el Tribunal Supremo comenzó otorgando carácter privativo a dicha indemnización.

En este sentido, la STS 26 junio 2007⁹ resuelve en cierta manera la controversia acerca de las indemnizaciones por despido.

En primera instancia, el Juzgado estimó parcialmente la demanda de liquidación de sociedad interpuesta por el esposo habiendo reconvenido su esposa y consideró

5 SAP Guadalajara 2 noviembre 2000 (RAJ 2000, 403)

6 SAP Palencia 31 mayo 2004 (RAJ 2003, 488)

7 STS 22 diciembre 1999 (RAJ 1999, 1096)

8 STS 29 junio 2000 (RAJ 2000, 674)

9 STS 26 junio 2007 (RAJ 2007, 715)

que la indemnización por despido tenía carácter ganancial y debía integrarse en el activo de la sociedad de gananciales.

Distinto pronunciamiento adoptó la AP de Madrid ante el recurso de apelación interpuesto por ambos cónyuges, entendiendo que la indemnización por despido tenía carácter privativo por tener un componente de resarcimiento moral.

El TS admite que la indemnización tiene un importante componente moral, pero fija dos parámetros a tomar en consideración a la hora de calificar la indemnización por despido, como son la fecha de percepción de la indemnización y la distinción entre el derecho a cobrar dichas prestaciones y los rendimientos de dichos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

En base a ello, el TS resuelve otorgando carácter ganancial a la indemnización por despido porque la sociedad de gananciales se disolvió tres meses después de la percepción de la indemnización esta es considerada como una consecuencia económica del trabajo efectuado por el percceptor (FJ 3º).

Posteriormente en el año 2008 el TS trata más exhaustivamente la fecha de percepción de la indemnización por despido.

La STS 28 mayo 2008¹⁰ considera que lo relevante es que la indemnización se cause constante la sociedad de gananciales aunque se perciba con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales (véase también pronunciamiento del Magistrado Antonio Javier Pérez Martín).

En dicha sentencia, el Tribunal recuerda como hechos probados que la fecha de cese del trabajo del marido fue el día 15 de diciembre de 1993, la fecha de sentencia firme de separación es de 21 de diciembre de 1993 y la fecha de cobro de la indemnización es de 31 de enero de 1994.

Por ello, aunque la indemnización se percibiera posteriormente a la disolución de la sociedad de gananciales, el argumento clave de esta sentencia es que la indemnización se causa constante la sociedad de gananciales, por lo que tendría carácter ganancial. Dicha sentencia completa en este punto la argumentación efectuada por el TS en la sentencia de 26 de junio de 2007.

Por cuanto al momento en que se entiende disuelta la sociedad de gananciales, el TS en la sentencia se remite a los artículos 95.1, 1392.3 y 1394 del Código civil.

Será la sentencia firme de separación o de divorcio habiendo agotado las vías de recurso precedentes si fuera necesario la que extinguirá el régimen económico

10 STS 28 mayo 2008 (RAJ 2008, 429)

matrimonial atendiendo a la dicción literal del artículo 95 del Código civil, y en lo que a la sociedad de gananciales concretamente se refiere, resultan aplicables los artículos 1392.3 y 1394 del Código civil (véase también ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria y artículo 777.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

2. El derecho al trabajo y la indemnización por despido. Calificación de la indemnización en función de su naturaleza (artículos 1346 y 1347 del Código civil)

El derecho al trabajo como derecho constitucional contemplado en el artículo 35 de la Constitución española comprende tanto el derecho a desempeñar la prestación laboral como la protección contra el desempleo.

Ha existido durante bastante tiempo una cierta conflictividad acerca de si el despido de un trabajador lesiona su derecho al trabajo o si, por el contrario, el derecho al trabajo permanece incólume pudiendo el trabajador despedido buscar un nuevo empleo dentro del mercado de trabajo.

Determinar a qué finalidad obedece la indemnización por despido se convirtió en una tarea crucial para concluir si esta tiene la consideración de bien privativo o bien ganancial.

Algunas Audiencias provinciales a finales de los años 90 y principios de siglo actual consideraban que la indemnización por despido no retribuía un trabajo prestado con anterioridad sino la pérdida del derecho al trabajo.

Así por ejemplo, destaca la SAP de Vizcaya 7 julio 2015¹¹ en cuyo FJ 2º concibe la indemnización por despido como "una compensación por la pérdida de un bien exclusivamente personal e individual, su propio trabajo, desarrollo de su personalidad, resultado o consecuencia de una formación profesional, lo que no cabe confundir con los rendimientos que de este se obtienen. El primero es un elemento esencialmente privativo y, por ende, será privativa la indemnización que sustituye (artículo 1346.5º CC) al trabajo perdido; los rendimientos del trabajo sí son gananciales **ex** art 1347 del Código civil".

Se entendía la indemnización por despido como una compensación o resarcimiento moral por la lesión producida sobre el derecho al trabajo.

La AP de Madrid en la sentencia 28 septiembre 2006¹² excluye del activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por una de los cónyuges calificando como bien privativo la indemnización por despido, pues considera a tenor de la anterior sentencia de 12 de julio de 2005 de la misma Sala,

¹¹ SAP Vizcaya 7 julio 2015 (RAJ 2015, 534)

¹² SAP Madrid 28 septiembre 2006 (RAJ 2006, 994)

que la indemnización no tiene encaje en el artículo 1347.1º del Código civil, “ya que la misma ni retribuye una actividad laboral desempeñada con anterioridad, ni constituye un complemento del entonces sueldo percibido, ya que lo determinante de la misma no es en sí, de modo directo e inmediato, el trabajo ya retribuido salarialmente en el pasado, sino la pérdida de dicho derecho fundamental (artículo 35 de la CE), teniendo en consecuencia, un indiscutible componente de resarcimiento moral.” En base a ello, se encuadra en el artículo 1346.5º del Código civil por entender el derecho del trabajo como un derecho de la personalidad cuya calificación es la de bien privativo.

En el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias como la AP de Granada (RJ 2007, 339) en la sentencia 20 julio 2007¹³ y la AP de Madrid en una sentencia ligeramente anterior 7 marzo 2006.

Incluso hay Audiencias Provinciales que han encuadrado la indemnización por despido como bien privativo pero no por medio del número 5º del artículo sino del número 6º del artículo 1346 del Código civil “por tratarse de una indemnización que compensa un daño sufrido en sus bienes privativos, indemnización por daño moral al perder el trabajo”. La jurisprudencia relaciona el derecho al trabajo con la indemnización por despido a través del artículo 1346.6º bajo el argumento de que la indemnización va a resarcir la pérdida del derecho al trabajo siendo privativo el resarcimiento por los daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

A partir de las sentencias 26 junio 2007, 18 marzo¹⁴ (RJ 2008, 216) y 28 mayo 2008 el TS diferencia el derecho a cobrar dicha prestación considerado como bien privativo y los rendimientos de dichos bienes privativos que tendrían la consideración de gananciales, y a su vez cambia de criterio y explica por qué la indemnización por despido no tiene por finalidad compensar por la pérdida del derecho al trabajo o resarcimiento moral.

El Tribunal Supremo en el FJ 3º de la sentencia 18 marzo 2008 argumenta que hay que “diferenciar entre el derecho al trabajo que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge accede al mercado de trabajo y desarrolla así sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho del trabajo”.

Entiende el TS que el primero es un bien privativo por tratarse de un derecho inherente a la persona, y por tanto, incluido en el artículo 1346.5 del Código civil,

13 SAP Granada 20 julio 2007 (RAJ 2007, 339)

14 STS 18 marzo 2008 (RAJ 2008, 216)

mientras que el segundo es un bien ganancial contemplado en el artículo 1347.I de Código civil.

No hay duda de que, por beneficios que se obtienen con el ejercicio del derecho del trabajo, se encuentra presente el salario percibido por el desempeño de la prestación laboral. Más dudas planteó la calificación de una indemnización que según el TS “son ganancias obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y se extingue por alguna de las causas establecidas en la legislación laboral”.

Para el Tribunal no resulta convincente el argumento de que la indemnización por despido porque “el derecho al trabajo permanece incólume ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido”.

En palabras del Alto Tribunal la indemnización por despido sea o no improcedente constituye una compensación por el incumplimiento del contrato por parte del empresario, lo que dará lugar a considerar que es idéntica a las demás ganancias derivadas del contrato de trabajo siempre y cuando estas hayan tenido lugar estando vigente la sociedad de gananciales, es decir, antes de que se dicte sentencia firme de separación o divorcio (artículo 95 del Código Civil).

Finalmente, concluye diciendo que el derecho al trabajo no se ha lesionado en absoluto, vulnerándose únicamente “la efectiva obtención de ganancias originadas por la inversión de capital humano”.

A partir de estas sentencias, se ha clarificado la controversia sobre la calificación de la indemnización por despido estando vigente la sociedad de gananciales, siendo incluida dentro del activo de la sociedad ganancial (artículo 1347.I CC) siempre que la decisión empresarial de extinguir el contrato por despido haya recaído antes de producirse la separación legal o el divorcio por sentencia firme, independientemente de que el importe o cuantía de la indemnización se perciba posteriormente a la disolución de la sociedad de gananciales

Distinta es la indemnización percibida por uno de los cónyuges pero que obedece a otra causa como es la del artículo 49.I e) del Estatuto de los trabajadores cuando concurre una situación de incapacidad permanente total o absoluta.

En estos casos, desde la STS 22 diciembre 1999¹⁵ que consideró como bien privativo la indemnización percibida por uno de los cónyuges fruto de un plan de bajas incentivadas llevadas a cabo en la empresa, lo que colocaba al trabajador en situación de jubilación.

15 STS 22 diciembre 1999 (RAJ 1999, 1096)

A partir de aquí, ha habido una tendencia general por las Audiencias provinciales a considerar como privativa la indemnización percibida en supuestos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez sobre la base de la afectación al derecho a la integridad física, derecho de la personalidad y a la merma que se produce sobre la capacidad de trabajo del cónyuge que sufre esta situación de incapacidad que le imposibilita de forma ininterrumpida poder seguir desempeñando la prestación laboral en la rama de actividad en que prestaba servicios e incluso no poder acceder nunca más al mercado de trabajo en atención a la patología o dolencia que padezca.

Conforme a ello, sí ha existido en estos casos mayor unanimidad en orden a la consideración de la indemnización percibida como bien privativo del cónyuge o ex cónyuge que la percibe, estando vigente o no la sociedad de gananciales.

Vigente la sociedad de gananciales, la incapacidad supone una situación que afecta a una vertiente tan personalísima del cónyuge, que para los Tribunales no ha sido un dato a tener en cuenta el hecho de que la indemnización por extinción del contrato en base a un supuesto de incapacidad se perciba antes o después de la disolución del matrimonio.

Así, la sentencia de la AP de A. Coruña 23 enero 2014¹⁶ en su FJ 3º diferencia la indemnización por extinción de contrato basada en despido procedente o improcedente (FJ 3º STS 18 marzo 2008) de la indemnización por extinción de contrato basada en un supuesto de incapacidad.

La segunda “no es una indemnización derivada de un incumplimiento contractual en la que permanece incólume la capacidad de trabajo del marido, sino que por mor de una enfermedad común, que el mismo sufre y afecta directamente a su salud, que conforma un bien personalísimo, padece una merma en su capacidad laboral que le imposibilita permanentemente para el ejercicio de su profesión habitual, lo que provocó la extinción de la relación laboral con la empresa para la que trabajaba.

No es por lo tanto, una indemnización por incumplimiento contractual del empresario, sino por enfermedad común, ajena a la observancia de las obligaciones directamente dimanantes del vínculo contractual laboral.”

La finalidad de dicha indemnización es resarcir al sujeto que sufre una patología física que tiene una repercusión crucial sobre la posibilidad de ejercer una profesión habitual a causa de una dolencia “en su personalísimo patrimonio biológico”.

Finalmente, la Audiencia Provincial concluye que dicha indemnización “nació de una vicisitud estrictamente personal ajena a la condición de casado. La finalidad de la

16 SAPA Coruña 23 enero 2014 (RAJ 2004, 8)

indemnización deriva de una lesión física o mental que afecta a la capacidad laboral más reconducible al individuo que al consorcio conyugal.”

Por ello, dicha indemnización tiene la condición de bien privativo, porque el derecho al trabajo aparece altamente mermado y el derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo negativamente disminuido, vertiente personalísima de quien sufre una patología física o mental y en consecuencia recibe la indemnización.

Suficientemente clarificadora es la SAP de Zaragoza 20 octubre 2005, en cuyo FJ 3º sostiene en un supuesto de incapacidad permanente absoluta el carácter resarcitorio de la indemnización ante la existencia de un perjuicio personal como es la merma física, aspecto que anula la capacidad laboral e incide en la vertiente personalísima del cónyuge que percibe la misma, teniendo carácter privativo.

La SAP de Lugo 5 junio 2006¹⁷ (RJ 2006, 165) considera que dicha indemnización tiene una clara vocación de futuro y tiene por objeto resarcir la pérdida total o absoluta de la capacidad de trabajo.

También la SAP de Badajoz 19 junio 2007 en su FJ 4º se pronuncia sobre la indemnización por incapacidad permanente y destaca su proyección de futuro y su carácter privativo.

3. Cómputo de la indemnización por despido. Qué parte de la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales.

La correspondencia exacta entre el tiempo trabajado por los cónyuges y la existencia de la sociedad de gananciales no plantea problemas en términos de indemnización por despido. En estos casos, toda la cuantía de la indemnización formaría parte del activo de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, el problema se plantea cuando el cónyuge cuyo contrato es extinguido a través de una decisión empresarial de despido durante la vigencia de la sociedad de gananciales había desempeñado la prestación laboral en la empresa antes de contraer matrimonio.

Por lo que a salarios se refiere, no cabe duda de que los salarios percibidos antes de existir la sociedad de gananciales tendrían la consideración de bien privativo (1346.1º del Código civil).

Con respecto a la indemnización por despido, las sentencias del TS 18 marzo 2008 y 28 mayo 2008 anteriormente mencionadas se pronuncian sobre esta cuestión, doctrina jurisprudencial que será acogida por las distintas Audiencias provinciales

17 SAP Lugo 5 junio 2006 (RAJ 2006, 165)

como se ha expuesto al inicio del comentario con algunos de los supuestos de hecho.

En el FJ 3º de la sentencia 18 marzo 2008 el Tribunal Supremo, con ocasión de una indemnización que comprende el trabajo desempeñado antes y durante el matrimonio, argumenta "que para el cálculo de la concreta cuantía de indemnización que pasará a formar parte del activo hay que tener en cuenta el porcentaje de indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio".

En el mismo párrafo, el Alto Tribunal dice que, "a la vista de que la indemnización se calcula en base al número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial aquellas cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales".

En la STS 28 mayo 2008 anteriormente, el Tribunal se remite de nuevo al porcentaje de indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Y a su vez dice lo siguiente: "Porque puede que el trabajo que se ha perdido por el despido y que ha generado el cobro de la indemnización haya empezado antes del matrimonio, así como debería tener en cuenta en la liquidación de gananciales la capitalización por posibles indemnizaciones que se generen por despidos por contratos de trabajo vigentes durante el matrimonio y por el periodo de tiempo trabajado vigente la sociedad".

Esta es la posición más lógica y coherente para evitar situaciones de posible enriquecimiento injusto que se producirían si se integrara toda la indemnización como activo de la sociedad de gananciales habiendo prestado servicios el cónyuge que la percibió para la empresa tanto antes como después de contraer matrimonio.

El otro cónyuge estaría percibiendo por vía de liquidación de gananciales más de lo que le correspondería ya que estaría percibiendo parte de indemnización que sería privativa de uno de los cónyuges teniendo en cuenta que parte de la prestación de servicios fue anterior a la celebración del matrimonio y por consiguiente a la existencia de la sociedad de gananciales.

IV. CONCLUSIONES

La indemnización por despido ha sido ampliamente tratada en todas sus vertientes conflictivas, ejerciendo el Tribunal Supremo una tarea unificadora de gran importancia siguiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales los criterios adoptados en los años 2007 y 2008 por el Alto Tribunal hasta la actualidad.

Sin embargo, ha habido Audiencias provinciales que en contra de los criterios acogidos por el Tribunal Supremo en dichos años dictan resoluciones en años posteriores que se apartan de dicha doctrina jurisprudencial.

Así, pueden citarse sentencias como la SAP de Madrid 13 marzo 2008¹⁸ que es ligeramente posterior a la STS 26 junio 2007 en la cual siguen basándose en doctrina jurisprudencial anterior como la STS 22 febrero 1999 para considerar que la indemnización por despido tiene carácter privativo por el especial componente de resarcimiento moral que conlleva y la compensación de la lesión de un derecho constitucional del artículo 35 de la Constitución española como es el derecho al trabajo.

También la SAP de Madrid Sección número 22¹⁹ se pronuncia en el mismo sentido, lo que contrasta con una sentencia actual de la misma Sección de la AP de Madrid 20 mayo 2016 en la cual acoge la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 2008 del TS.

Si bien la sentencia de 26 junio 2007 del TS fue clave para establecer los criterios a tener en cuenta en la consideración de la indemnización por despido como bien ganancial, más importantes si cabe fueron estas sentencias del año 2008 porque continuaron perfilando los argumentos de la anterior sentencia 26 junio 2007, y es en realidad a partir de estas sentencias en adelante cuando ya no se observa que las Audiencias Provinciales se aparten de dicha doctrina.

En la actualidad, no se observan discrepancias entre Audiencias provinciales, y en caso de existir alguna es mínima puesto que esa doctrina del TS ya está suficientemente asumida y consolidada.

Los argumentos dados por el TS en su momento son coherentes con la dicción literal de los artículos 1346 y 1347 del Código civil, siendo ganancial la indemnización por despido que uno de los cónyuges haya devengado por haber sido objeto de una decisión empresarial de despido, con independencia de que esta se perciba después de la disolución de la sociedad de gananciales.

No obstante, si bien no hay ninguna objeción por mi parte a la propia consideración como ganancial de la indemnización por despido, si puede plantearse alguna duda con respecto al propio carácter resarcitorio de la indemnización y la situación del mercado laboral en la actualidad.

Aunque los salarios percibidos por cada uno de los cónyuges tienen consideración de bien ganancial mientras esté vigente la sociedad de gananciales, la indemnización

18 SAP Madrid 13 marzo 2008 (RAJ 2008, 330)

19 SAP Madrid 2007 Sección 22 (RAJ 2007, 672)

por despido deriva de una circunstancia personal de uno de los cónyuges, pues ha sido objeto de la decisión empresarial de despido, decisión que tiene especial trascendencia dada la coyuntura actual.

Es una vicisitud que se produce en la figura de uno de los cónyuges y aunque el derecho al trabajo no se ha visto lesionado porque el trabajador puede buscar empleo en el mercado de trabajo sin quedar imposibilitado para ello salvo que existiera alguna causa de incapacidad permanente, la decisión empresarial de despido es ajena a la voluntad del propio trabajador y le causa un perjuicio mayor si cabe actualmente dada la situación del mercado de trabajo.

En sí, la indemnización por despido está compensando el perjuicio ocasionado al trabajador máxime cuando este es declarado improcedente dado que se genera un incumplimiento contractual por parte del empresario.

Las sentencias del TS hacen alusión expresamente a que no se ve lesionado el derecho al trabajo porque el trabajador puede acceder al mercado de trabajo y encontrar otro trabajo. No obstante, la situación actual del mercado de trabajo y las dificultades que existen actualmente para acceder a otro puesto de trabajo puede convertir la indemnización junto con la prestación por desempleo en los elementos principales de subsistencia de aquella persona que a partir de la disolución de la sociedad de gananciales pasará a depender de sí mismo y no tendrá el soporte del otro cónyuge.

No se cuestiona el hecho de que se vea afectado el derecho al trabajo, aspecto que como ha quedado claro en este artículo no se produce. Pero tampoco hay que obviar que aunque no se lesiona el derecho al trabajo puesto que el trabajador no tiene vedada la posibilidad de acceder a otro puesto de trabajo, las escasas posibilidades que el mercado ofrece al trabajador que ha sido despedido podría generar cierto debate sobre si fuera de la lógica del Código civil se considera justo que parte de la indemnización por despido a que tiene derecho uno de los cónyuges se integre en la liquidación de la sociedad ganancial y hacer partícipe al otro cónyuge de esta.

No se trata de personalizar caso por caso la consideración de la indemnización por despido como bien ganancial o privativo, aspecto sobre el que a día de hoy no se puede generar debate dada la consolidada doctrina jurisprudencial, pero sí tener en cuenta que aunque no se lesione el derecho al trabajo, la decisión empresarial de despido como mínimo genera un perjuicio de una importante envergadura que obliga a plantearse si el otro cónyuge debe beneficiarse al liquidar la sociedad de gananciales de parte de la cuantía que viene destinada a resarcir el perjuicio que la decisión empresarial genera para el cónyuge que la sufre.