

## La ganancialidad de la indemnización por despido y la prestación por desempleo

Víctor MORENO VELASCO

Abogado

Diario La Ley, Nº 7299, Sección Tribuna, 9 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-380, Editorial LA LEY

LA LEY 20579/2009

En plena crisis económica, la materia de familia modifica sus perfiles repitiéndose problemáticas derivadas de la falta de empleo y de los despidos masivos. Desde la perspectiva del Derecho de Familia y de la práctica de los juzgados esta situación se traduce en la multiplicación de supuestos en los que es necesario de decidir si una indemnización por despido y la prestación por desempleo son gananciales o privativas del cónyuge que las percibe. La cuestión adquiere una cierta actualidad por cuanto se han pronunciado varias sentencias del Tribunal Supremo que parecen hacer fijado una doctrina o guía sobre la ganancialidad de la indemnización por despido. En este breve trabajo trataremos, desde un punto de vista práctico y siempre respetando el limitado tiempo que para su lectura dispone el práctico del Derecho, hacer un esbozo de las líneas maestras de la doctrina de nuestro Alto Tribunal de nuestras Audiencias Provinciales y de algún avisado y brillante juzgador de instancia.

### Jurisprudencia comentada

*Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 28 May. 2008 (Rec. 5198/2000)*

*Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 26 Jun. 2007 (Rec. 2750/2000)*

## I. INTRODUCCIÓN

En esta época de crisis en la que nos encontramos y en la que los trabajadores viven al socaire de la evolución de sus empresas, la materia relativa a la ganancialidad de la indemnización por despido y la prestación por desempleo alcanzan un interés, mayor si cabe, que en épocas pasadas al plantearse con más frecuencia en la práctica diaria.

La materia, no carente en absoluto de complejidad, ha adquirido en los últimos tiempos una cierta importancia de la que se ha hecho eco nuestro Alto Tribunal, tratando de dar una pauta ante una materia carente de regulación expresa, haciendo uso de las facultades que le asigna el Código Civil (CC) (art. 1.6 CC).

## II. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

En primer lugar trataremos la que ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial; así trataremos las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, refiriéndonos después a la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales.

### 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Para tener una idea clara y actualizada de cual es la doctrina del Tribunal Supremo sobre la consideración privativa o

ganancial de la indemnización por despido debemos acudir a la STS, Sala 1.ª, 715/2007 de 26 de junio, cuyo Ponente fue la Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.

Esta sentencia marca un antes y un después en la materia ya que pone las bases de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia a partir de dicho momento.

En la citada sentencia el Alto Tribunal parte de dos elementos fundamentales para calificar una indemnización por despido como ganancial:

1.— El primero de los elementos es la fecha de la percepción de los emolumentos: si se perciben constante la sociedad de gananciales, tendrán esta naturaleza, y si se perciben con posterioridad a la fecha de la disolución, tendrán la consideración de privativos de quien los percibió.

Sobre este primer requisito y sin perjuicio de la evolución jurisprudencial sobre el devengo de la indemnización a que haremos referencia más adelante, no puedo sino referirme a la STS, Sala 1.ª, Secc. 1.ª, 541/2005, de 29 de junio, Ponente Excmo Sr. D. Xavier O'Callagan Muñoz. Hago referencia a la misma porque considero más acertada la matización realizada en esta sentencia cuando afirma que, disuelta la sociedad de gananciales, ya no se puede hablar de bienes privativos, por contraposición a los bienes gananciales, sino que se tratará de «un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a ésta».

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, 593/2006, de 8 de noviembre, rec. 27/2005, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Begoña Rodríguez González.

2.— Debe distinguirse entre el derecho a cobrar la prestación que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y por ende, como bienes privativos (*ex art. 1346.5.º*) y los rendimientos de estos derechos devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales (STS de 20 de diciembre de 2003).

La evolución de esta doctrina se ve, si cabe «perfeccionada» o matizada por la STS, Sala 1.ª, 429/2008 de 28 de mayo, donde la misma ponente de la sentencia anteriormente comentada introduce matizaciones a la doctrina recogida en su sentencia de 26 de junio de 2007, señalando que:

**a)** Lo importante, para determinar la ganancialidad de la indemnización no es la fecha de percepción sino la fecha del devengo, es decir, el nacimiento del derecho a su percepción, si el devengo es anterior y la percepción posterior se incluirá en el inventario de la sociedad de gananciales el derecho de crédito del trabajador frente a la empresa; si el devengo y la percepción son anteriores a la disolución de la sociedad de gananciales, se deberá incluir en el inventario el importe percibido; sólo si el devengo y la percepción son posteriores se excluirá del inventario.

**b)** Asimismo, la Sala incluye una cuestión importante y es si debe incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales toda la indemnización, o la parte proporcional a los años trabajados constante la sociedad de gananciales. En este caso el Tribunal Supremo opta por la segunda opción manteniendo que deben considerarse privativas aquellas cantidades correspondientes al número de años en que no existía la sociedad de gananciales, bien por no existir matrimonio, bien por no regirse el matrimonio por este régimen económico matrimonial.

Por ello, dice la sentencia «a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años

trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales».

Con posterioridad la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, 588/2008, de 18 de junio, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, reitera la doctrina de la privatividad (entendida como derecho propio de cada persona, no como contraposición a bien ganancial) la indemnización por despido cobrada tras la disolución de la sociedad de gananciales.

## **2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales**

Desde lejos la cuestión ha sido más que polémica, existiendo sentencias para todos los gustos. Así, por ejemplo la SAP Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2003, determinaba que la indemnización será privativa tanto si consideramos que se trata de un derecho inherente a la persona como si entendemos que se trata de un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular como es el salario futuro por aplicación del art. 1346.3.º (en la misma línea SAP León, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 12 de enero de 2007). Sobre esta tesis discrepo en el hecho de que la indemnización sustituya el salario futuro ya que el trabajador, tras cobrar la indemnización por despido puede volver a trabajar al día siguiente y percibir un salario por su trabajo.

Por su parte otras sentencias como la de la SAP Valencia, Secc. 10.<sup>a</sup>, 300/2006, de 17 de mayo, Rec. 236/2006, Ponente. Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García España, anticipándose en dos años a la postura actual del Tribunal Supremo establece como ganancial la indemnización devengada constante la sociedad de gananciales (en la misma línea SAP Guipúzcoa, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de julio de 2004, SAP Cantabria, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2007, y SAP Baleares, Secc. 3.<sup>a</sup>, 221/2004, de 21 de mayo)

Como vemos, antes de la STS de 26 de junio de 2007, son diversos los criterios mantenidos. Lo que sorprende es que, tras esta sentencia, aunque meses antes de la sentencia 588/2008, de 18 de junio, la SAP Madrid siga manteniendo la privatividad de la indemnización por despido aunque percibida constante el matrimonio. Sobre la base de que «la misma ni retribuye una actividad laboral desempeñada con anterioridad, ni constituye un complemento del sueldo entonces 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 del derecho fundamental (art. 35 CE), teniendo, en consecuencia, un indiscutible componente de resarcimiento moral».

## **3. La separación de hecho**

Establecida por el Tribunal Supremo la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales como momento a partir del cual el devengo de la indemnización por despido deja de integrarse en el acervo ganancial, se torna muy importante hacer referencia a los supuestos relativos a la separación de hecho de los cónyuges y sus efectos respecto a la retroactividad de la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales.

Así las cosas, nuestro Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges» (STS de 13 de junio de 1986), de esta forma la separación de hecho sería prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación (STS de 27 de enero de 1998), excluye la aplicación del régimen de sociedad de gananciales desde ésta.

De esta forma, la separación de hecho, no es que disuelva la sociedad de gananciales, que sólo puede ocurrir por alguna de las causas legalmente previstas (arts. 1392 y 1393 CC) sino que, una vez disuelta, sus efectos se retrotraen al momento del inicio de aquella separación.

Ello determina que para completar la doctrina del Tribunal Supremo, en lo que ahora nos incumbe, si se devenga una indemnización por despido tras la separación de hecho con los requisitos establecidos jurisprudencialmente, y antes de la disolución de la sociedad de gananciales, dicha indemnización tendrá carácter privativo del cónyuge que la percibe ya que de lo contrario, se producirá, en palabras de nuestro Alto Tribunal un «abuso de derecho más allá de sus límites éticos, teleológicos y sociales lo cual constituye un ejercicio anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del art. 7 apdo. 2 del Código Civil» (STS de 17 de junio de 1988).

#### 4. Opinión personal

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos y como opinión personal considero que la solución del momento del devengo de la indemnización para determinar la ganancialidad de la indemnización por despido es poco convincente, aunque válida y respetable, como otra cualquiera. En primer lugar, no despeja la duda de qué conexión existe entre el salario y la indemnización, a salvo de utilizar aquél como forma de cálculo de ésta; asimismo, si el trabajador puede trabajar al día siguiente a cobrar la indemnización y percibir un salario, que también será ganancial, si se cobra constante la sociedad de gananciales ¿qué justificación tiene incluir también la indemnización como ganancial, si se incluye también el salario? Por otra parte, si se trata de una indemnización que trata de resarcir el daño moral irrogado por el despido improcedente —porque recordemos que si el despido es procedente no existe derecho a indemnización—, ¿no tiene más sentido excluirla de los bienes gananciales? Recordemos que el propio Tribunal Supremo, Sala 4.<sup>a</sup>, recurso de casación para la unificación de la doctrina, núm. 4372/2004, de 17 de mayo de 2006, recoge el carácter indemnizatorio de la indemnización por despido, en contraposición a los daños y perjuicios derivados de una enfermedad psíquica derivada de un acoso laboral; admitida, por tanto, la naturaleza indemnizatoria de la indemnización por despido ¿no sería más coherente incardinarla en el núm. 1346.6.º CC? Ahí quedan estas reflexiones.

### III. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Respecto a **la prestación por desempleo, efectivamente sí sustituye al salario dejado de percibir y tiene un fundamento más social o prestacional que indemnizatorio, dado que, entre otras razones, si el trabajador comienza a trabajar, deja de percibir la prestación por desempleo. Ello, a mi juicio, hace equiparables, a los efectos civiles que ahora nos ocupan la prestación por desempleo y el salario.**

De esta forma, lo percibido constante la sociedad de gananciales será ganancial, siendo de cada cónyuge lo percibido tras la disolución de la sociedad de gananciales o la separación de hecho, si deben retrotraerse a este momento los efectos de la disolución.

No obstante queda la duda de qué ocurre cuando la prestación por desempleo se percibe en un pago único. Estoy con mi brillante compañero de ASEMIP, D. Francisco Serrano Castro, cuando en su sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 7, 327/2002, de 26 de abril, determina 2/3 partes ganancial y 1/3 parte privativa, dado que se trataba de una prestación en pago único capitalizada para el período comprendido entre 20 de noviembre de 1991 y 19 de noviembre de 1993 ya que la sociedad de gananciales se disuelve el 19 de noviembre de 1992.

Es decir, lo lógico es que se determine como ganancial sólo la parte que se habría cobrado antes de la disolución siendo del cónyuge perceptor el resto, dado que aunque se percibe en un solo pago, en circunstancias normales se habría abonado una parte de la prestación, ya disuelta la sociedad de gananciales.