

Sobre esta cuestión hay que valorar también el hecho ya comentado de que, al margen de celebrarse el matrimonio en Cataluña, donde ambos residían, la mujer tenía la vecindad catalana, vecindad que no perdió al contraer el matrimonio, ya que no siguió la del marido ni cambió u optó por la común, razón esta última por la que, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12, en relación con el 15 del Código Civil, el derecho aplicable era el foral, porque el último de estos dos artículos establece en qué supuestos «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código son aplicables, supuestos los enumerados entre los que no se encuentra el presente, que, por ello y por el sentido y alcance de los contemplados, se debe considerar expresamente excluido».

## RESUMEN

### VECINDAD CIVIL Y NACIONALIDAD

*El adquirente de la nacionalidad española tendrá la posibilidad de optar su vecindad civil en el momento de la inscripción de aquella en el Registro Civil. No obstante, hay una atracción a favor de la vecindad común, ya que la adquisición de la vecindad foral o especial exige que el extranjero cumpla los requisitos del artículo 14.3.*

## ABSTRACT

### PLACE OF CIVIL RESIDENCE AND NATIONALITY

*Persons who earn Spanish nationality may choose their place of civil residence when they have their nationality entered in the Civil Registry. Common residence is the more attractive choice, because in order to acquire residence in an area with special regional historical privileges a foreign citizen must meet the requirements in article 14.3.*

## 1.2. Derecho de familia

### LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE NUEVA CREACIÓN POR EL CÓNYUGE: SU CONSIDERACIÓN DE BIEN GANANCIAL.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora*

*Derecho Civil UCM*

## I. INTRODUCCIÓN

El régimen de gananciales origina tres patrimonios diferenciados: el patrimonio privativo del marido, el patrimonio privativo de la mujer, y el patrimonio ganancial, como masa de bienes comunes a ambos que se divide por igual cuando se disuelve el régimen.

El patrimonio ganancial está integrado por los bienes originados por la actividad de los cónyuges, *directamente* por su esfuerzo personal, o *indirectamente*,

mente, como frutos o rentas de sus bienes privativos o de los mismos gananciales; los procedentes de sustitución de otros gananciales y, los originados por accesión de éstos. Esta es la esencia de dicha masa patrimonial y así se instituye en el Código Civil.

Todo ello se complementa con la idea de presunción de ganancialidad, presunción *iuris tantum*, de extraordinaria importancia práctica en cuanto supone que los bienes existentes en el matrimonio, vigente el régimen de gananciales, se presumen gananciales salvo prueba en contrario.

## II. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE NUEVA CREACIÓN POR EL CÓNYUGE

Las reglas fundamentales de determinación del carácter ganancial de los bienes se contienen en el artículo 1.347 del Código Civil.

Hoy nos interesa el apartado 5.<sup>º</sup> del citado precepto que enmarca como bien ganancial «*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 o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.*

Según la premisa inicial de la que hemos partido estamos en el supuesto de bienes gananciales por *subrogación*, ya que las empresas o demás establecimientos se consideran bienes nuevos fundados con dinero o con otros bienes gananciales.

El supuesto también denota la incidencia de la «comunidad en el costo», o sea, el dinero empleado en la inversión, causa de la fundación o constitución de la empresa o establecimiento, provoca que éstos sean también comunes; se trata de atraer a la ganancialidad el capital invertido o su realidad económica subrogada, al margen de que su rendimiento o beneficio también sea ganancial.

Se califica como privativa o ganancial a la *universitas* y no a cada uno de los elementos que pueden componerla, con un criterio progresivo que se introduce en la reforma de 1981. Es indiferente que la fundación se realice por uno solo de los cónyuges o por los dos conjuntamente.

La idea de universitas ha sido defendida por la jurisprudencia, pues «en nuestro derecho en la regulación de la sociedad de gananciales efectivamente se contempla la *empresa individual como un bien unitario, como un único objeto de derecho en los artículos 1347.5.<sup>º</sup>, 1.360, 1406.2.<sup>º</sup>* del Código Civil. Objeto unitario que, como señala entre otras la reciente sentencia del TS de 20 de noviembre de 2000, con cita de precedentes, se entiende como un bien diferente que surge de la organización del empresario de un conjunto de bienes de diversa índole. Por ello la calificación que corresponda al citado bien (privativo o ganancial), de acuerdo con las normas específicas del Código Civil, se refiere al conjunto y no cada uno de los elementos que lo componen, bien que tal calificación unitaria no implica que los diferentes elementos pierdan el régimen jurídico que les corresponda. De ahí que la titularidad que recaiga sobre la empresa no hace desaparecer las titularidades de cada uno de los elementos que la integran (RDGRN de fecha 20 de marzo de 1986) (1).

---

(1) Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, sentencia de 14 de enero de 2002, rec. 319/2001. LA LEY 12381/2002; FJ 1.<sup>º</sup>

### III. REQUISITO ESENCIAL: FUNDACIÓN DE LA EMPRESA ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD GANANCIAL

La reforma de 1981 ha introducido en esta materia una terminología sin precisar su significado exacto, pues se habla de *empresa*, de *explotación*, de *establecimiento mercantil* (arts. 1.360 y 1.389, entre otros), e incluso de *negocios* (art. 1362.4.a).

La idea dominante no es la de identificar la empresa con su base física, que es el establecimiento, sino la consideración de la empresa como universitas, es decir, como un conjunto de elementos organizados con vistas a la producción de bienes o servicios. Entre aquellos elementos figura desde luego el establecimiento, pero como uno más.

El precepto que estamos analizando habla de *establecimientos fundados*, que es la idea vulgar de creación de la empresa porque el establecimiento como base física está ahí, no se funda (sentencia de 29 de septiembre de 1997).

El Código Civil contempla en este punto las *empresas individuales*, no societarias. En éstas, lo que puede haber es una inversión de fondos comunes para adquirir participaciones o acciones, que tendrán naturaleza ganancial en aplicación del principio de subrogación real.

Este requisito ha sido minuciosamente estudiado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como elemento clave para su inclusión en el patrimonio ganancial.

La STS de 14 de mayo de 2003 (2) señala que la «segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia que comprende el local de negocio en el que asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia. Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil. Centrando ya la cuestión, haya que decir, en contra de la tesis de la sentencia recurrida, que *la farmacia puede ser estimada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o un establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales*».

Las oficinas de farmacia han sido objeto de varias decisiones judiciales, puesto que como señala la Audiencia Provincial de Alicante, en su sentencia de 11 de febrero de 2002 (3): «un primer problema que nos asalta es el de determinar si la *oficina de farmacia* creada o adquirida durante un matrimonio en régimen económico de sociedad de gananciales y a costa del caudal común es idónea de ser calificada como un bien ganancial, o si por el contrario, ésta debe ser considerada como un bien privativo de naturaleza patrimonial inherente a su persona. Con ello no hacemos más que situar el marco legal dentro de los números 5 de ambos artículos citados. Si se trata de un bien privativo

---

(2) STS de 14 de mayo de 2003 (AC 551/2003).

(3) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.<sup>a</sup>, sentencia de 11 de febrero de 2002, rec. 954/1999. LA LEY 32577/2002.

porque la «farmacia» es un bien inherente a la persona (art. 1.46,5), o si se trata de un bien ganancial porque es una empresa fundada vigente la sociedad a expensas de bienes comunes (art. 1.347,5)» (4).

La sentencia de la Audiencia señalada concluyó que la farmacia no tiene carácter ganancial en tanto que son requisitos que la regente un farmacéutico, una autorización administrativa, que le permite su ejercicio en un lugar determinado, y la clientela, que se desarrolla merced a las aptitudes y cualidades del farmacéutico (5). Y finaliza diciendo en su fundamento segundo que «*las oficinas de farmacia no pueden considerarse como una empresa o un establecimiento a los que el artículo 1.347, número 5, les atribuye la condición de bienes gananciales, y sí tendrían este carácter el local donde se ejerce la profesión, los medicamentos, los artículos sanitarios, el utillaje de la*

---

(4) Previamente la sentencia de esta Sala, de 2 de junio de 1997, se pronunciaba en un supuesto semejante de la siguiente manera: «El farmacéutico ejerce una profesión liberal que tiene como misión la elaboración de fórmulas magistrales, la expedición de medicamentos y la venta de productos en general relacionados con la salud. Las oficinas de farmacia, desde que entró en vigor la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 tienen la consideración de establecimientos sanitarios, cuyo objeto lo constituye la custodia, conservación y dispensación de medicamentos, como expresamente declara el artículo 103 de la citada Ley, la cual reserva para los farmacéuticos la facultad de regentar las oficinas de farmacia, ya que conforme al artículo citado en su número 4: *sólo estos profesionales podrán ser propietarios y titulares de farmacias abiertas al público. Las farmacias no pueden considerarse como un establecimiento comercial o industrial en el que se realiza una actividad mercantil*, que tienen un ánimo de lucro y que se rigen por el Código de Comercio. La farmacia no es un negocio mercantil, pues ni los productos farmacéuticos son mercaderías, ni existe libertad de comercio, ni libertad de circulación, ni de dispensación de los mismos, pues conforme a los artículos 95 y siguientes de la Ley de Sanidad los medicamentos y demás productos y artículos sanitarios le corresponde a la Administración Sanitaria del Estado autorizar su circulación, su uso, y controlar su calidad. Sin este control administrativo no pueden circular ni prescribirse por los facultativos médicos, ni, por supuesto, dispensarse por los farmacéuticos, y de hacerlo los mismos incurrirfan en las responsabilidades administrativas y penales a que hubieren lugar, como expresamente dispone la Ley de Sanidad. Por consiguiente, *las oficinas de farmacia no pueden considerarse como un establecimiento comercial o industrial, como tampoco lo puede ser una notaría, el despacho de un Corredor de Comercio, la clínica de un médico, o el bufete de un Abogado, pues en todos ellos el profesional ejerce una actividad personalísima unida a una función de evidente interés público, por afectar a la salud de las personas y estar sometidos a un riguroso control administrativo para su instalación y funcionamiento*, como se desprende de los artículos 29 y 30 de la Ley de Sanidad, rigor que se manifiesta hasta el punto que cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios».

(5) «A ello debemos añadir, para negarle carácter ganancial, que entre los elementos que configuran la Oficina de Farmacia está el título del farmacéutico, que como privativo e intransferible le habilita para el ejercicio profesional, la autorización administrativa, que le permite su ejercicio en un lugar determinado, y la clientela, que sólo aparece y se desarrolla merced a las aptitudes y cualidades personales y profesionales del farmacéutico y a la confianza que el público deposita en él. Todos estos elementos pertenecen al titular de la oficina de farmacia como derechos inherentes a su persona, y por lo tanto la farmacia, como tal, no sería nunca un bien de carácter ganancial. Sólo tendrían dicha cualidad los restantes elementos componentes de la misma que siendo de naturaleza patrimonial no son inherentes a la persona de su titular, como el local, las existencias, etc.» (FJ 2.º).

*farmacia, si no se encuentran estos bienes entre los privativos de uno de los cónyuges»* (6).

#### IV. LA SALVEDAD DEL PROINDIVISO DEL ARTÍCULO 1.354 DEL CÓDIGO CIVIL

El final del precepto establece una salvedad aclarativa, y el reenvío al 1.354 atrae la formación del proindiviso empresarial entre la sociedad y el cónyuge aportante, al margen de la proporcionalidad de sus cuotas según sus respectivas aportaciones, determinante del uso de las mayorías decisorias.

Recordemos que textualmente el citado artículo mantiene que «*los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*».

La concurrencia de capital privativo y capital común en la fundación de la empresa se rige por lo dispuesto en el artículo 1.354. El trabajo de los cónyuges debe ser considerado como aportación no privativa de ellos, sino común (art. 1.359, p. 2.º, por analogía).

Por otro lado hay que indicar la dificultad de que haya un supuesto de empresa fundada durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges que tenga carácter enteramente privativo, pues la aportación de trabajo de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común. La empresa puede tener carácter común aunque se trate de una empresa mercantil fundada por uno de los cónyuges con numerario ganancial, pero con la oposición del otro a que en general los bienes comunes resulten obligados a las resultas del ejercicio del comercio.

Un supuesto controvertido ha sido el de la consideración de una explotación ganadera como ganancial (7), pues en el supuesto en cuestión se partía

---

(6) Y en cuanto a la inclusión en los bienes gananciales era el local donde se ubicaba la farmacia, situado en la Avda. Marqués de Campo, lo que tiene una indudable trascendencia económica... se tuvo en cuenta que «la parte demandante en su contestación a la reconvenCIÓN indica que los gastos de la apertura de la primera farmacia corrieron de su cuenta, y que todas las gestiones realizadas para trasladar la oficina de Baimuz a Denla y las posteriores dentro de la localidad significaron una serie de desembolsos económicos y gestiones por su parte, tanto en adquirir los inmuebles, independientemente de las personas que figuran en las escrituras, como en habilitarlos».

«...Por todo ello la conclusión no puede ser otra que declarar como bien privativo el local donde se ubica actualmente la farmacia y que el mismo no puede formar parte de la liquidación de los bienes gananciales».

(7) Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, sentencia de 14 de enero de 2002, rec. 319/2001. LA LEY 12381/2002; FJ 1.º: «En definitiva se insiste en el escrito de interposición del presente recurso en la alegación de que la explotación ganadera, entendida como organización de los distintos elementos heterogéneos que la integran, en este caso tiene un indudable carácter privativo al preexistir a la celebración del matrimonio.

Frente a ello el esposo demandado, defendiendo la tesis de la sentencia de primera instancia, invoca su carácter ganancial con fundamento en estimar que aun siendo cierta esa preeexistencia de la casería, la actual explotación fue creada por el matrimonio, ya que lo que tenían los padres de la esposa no era más que elementos aislados, cabezas de ganado, fincas destinadas a gradería, etc., carentes de organización productiva, y sin un valor independiente de los elementos que la integran, estimando que tal

«de la preexistencia de una explotación ganadera, propiedad de los padres de la esposa, que el matrimonio incrementó con su trabajo y determinados elementos, debe la misma ser calificada de privativa o ganancial» (8).

En todo caso, aun cuando pudiera ser calificada la explotación ganadera litigiosa como una empresa agrícola, esto es, como un bien unitario con un valor económico distinto e independiente de los elementos que la integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, en palabras del TS (STS de 20 de noviembre de 2000), *el criterio de calificación de la misma como privativa o ganancial lo da el número 5 del artículo 1,347 del Código Civil, atendiendo a que «su fundación» se hubiere llevado a cabo durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, lo que impediría en este caso su calificación como ganancial y ello porque con la referencia expresa que tal precepto hace a la «fundación», es evidente que su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellas empresas individuales creadas ex novo vigente la sociedad de gananciales por cualquiera de los cónyuges y además a expensas de los bienes comunes, requisitos ambos que aquí no concurren, desde el momento en que es un hecho indiscutido el que la fundación de la casería fue previa a la celebración del matrimonio al venir ya explotándola los padres de la esposa.*

## RESUMEN

### BIENES GANANCIALES

*Se considera bien ganancial las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. La so-*

## ABSTRACT

### COMMUNITY PROPERTY

*Enterprises and establishments founded during partnership by either of a pair of spouses at the expense of the spouses' common assets are considered community property. A partners-*

---

extremo resulta ratificado por la circunstancia de que la propia actora no inventarió la explotación en la relación de bienes y derechos presentados por la misma al fallecimiento de sus padres a efectos del impuesto de sucesiones...»

(8) FJ 2.º: «...Ello no obstante en este caso no puede dejar de señalarse que, cuando de explotaciones agrícolas se trata, surge una primera dificultad para la aplicación de este concepto unitario de empresa. Dificultad que deriva del hecho de que ordinariamente en las mismas tienen mayor valor los elementos que la integran, sobre todo las fincas que constituyen su principal base operativa, que el todo, y por ello los incrementos de la explotación durante el matrimonio, bien en fincas, nuevas instalaciones, maquinaria, etc., no suelen calificarse de aumentos de empresa a efectos de aplicar al conjunto el régimen jurídico postulado por el esposo y aplicado en la recurrida, ni el que más propiamente sería procedente, que no es otro que el previsto en el artículo 1.354 o, en su caso, el de los incrementos patrimoniales de los artículos 1.359 y 1.360, todos del Código Civil. Antes al contrario, precisamente por ese mayor valor de sus elementos, en este tipo de explotaciones los bienes que las integran se califican aisladamente como privativos o gananciales, según sea ganancial o privativo el dinero con el que se pagaron los mismos, que es, en definitiva, lo que aquí han hecho los interesados con las fincas, aparejos, instalaciones fijas y maquinaria adquiridos constante matrimonio, siendo esa la razón que explica la ausencia de declaración separada de la explotación ganadera por la esposa en el impuesto de sucesiones de su padre...».

ciedad ganancial atrae el capital invertido o su realidad económica subrogada, al margen de que su rendimiento o beneficio también sea ganancial.

*hip holding property in community attracts invested capital or the subrogated economic reality thereof, regardless of whether the yield or profit is also shared on a community basis.*

### 1.3. Derechos reales

#### *HACIA LA ADMISIÓN DE LAS HIPOTECAS FLOTANTES PURAS*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

#### I. CONCEPTO DE HIPOTECAS FLOTANTES

La hipoteca «flotante» es aquella que se constituye en garantía de una serie de obligaciones distintas (generalmente operaciones propias de la actividad bancaria), ligadas normalmente a través de una cuenta corriente, sin que entre ellas exista un nexo causal, y ni siquiera se funden o reúnan en una nueva obligación resultante de una novación.

Y estas hipotecas «flotantes» (1) se caracterizan, como dice REY PORTOLÉS (2), «por intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que liguen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (usualmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento éstas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos». Estas son las hipotecas flotantes que yo denomino puras, es decir, en sentido estricto, o en su más pura esencia.

Al lado de estas hipotecas flotantes existe otra pluralidad de hipotecas, también de máximo, que a veces se confunden con dichas hipotecas flotantes (por ciertas similitudes) pero que no son estrictamente hipotecas flotantes, y que la DGRN ha venido admitiendo en nuestra jurisprudencia por su asimilación a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito del 153 LH. Básicamente la DGRN ha admitido su posibilidad cuando las distintas obligaciones que se pretenden asegurar con la hipoteca tengan un nexo causal entre ellas y se produzca (al igual que en la cuenta corriente de crédito) una nova-

---

(1) El nombre de «flotante» se acuña a partir de la RDGRN de 23 de diciembre de 1987, y es el que con más frecuencia se ha utilizado por la doctrina para referirse a este tipo de hipotecas.

(2) REY PORTOLÉS, M., «Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, CER, Madrid, 1993, pág. 136.