



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

SEPARACIÓN DE BIENES Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Presentado por:

Lorena de la Iglesia Fernández

Tutelado por:

Félix Manuel Calvo Vidal

Valladolid, 28 de junio de 2023

RESUMEN

El régimen de separación de bienes se caracteriza por la independencia y libertad que ofrece a ambos cónyuges en la adquisición, administración y disposición de sus bienes, con la única obligación de contribución a los gastos derivados del sostenimiento de la familia, lo que aporta seguridad jurídica y rapidez en el proceso de liquidación.

Pese a su aparente sencillez, presenta ciertas dificultades y particularidades lo que derivan en una múltiple casuística de la que trataremos a lo largo del trabajo.

ABSTRACT

The separation of property regime is characterised by the independence and freedom offered to both spouses in the acquisition, administration and disposal of their property, with the only obligation of contribution to the expenses derived from the support of the family, which provides legal certainty and speed in the liquidation process.

Despite its apparent simplicity, it presents certain difficulties and particularities, which give rise to a wide range of casuistry that will be dealt with throughout this paper.

PALABRAS CLAVE

Voluntariedad de los cónyuges, responsabilidad, extinción, cargas del matrimonio, compensación.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	pág 4
2. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.....	pág 7
2.1. Concepto y naturaleza.....	pág 7
2.2. Constitución del régimen.....	pág 9
2.3. Pactos relativos a la gestión y administración de los patrimonios de los cónyuges.....	pág 11
2.3.1. La titularidad de los bienes. Presunciones de titularidad: Pactos presuntivos, atributivos y principio de subrogación real.....	pág 13
2.3.1.1. <i>Pactos presuntivos.....</i>	<i>pág 13</i>
2.3.1.2. <i>Pactos atributivos.....</i>	<i>pág 15</i>
2.3.1.3. <i>La aplicación convencional del principio de subrogación real.....</i>	<i>pág 15</i>
2.3.2. Responsabilidad patrimonial interna de los cónyuges: Contribución a las cargas del matrimonio.....	pág 18
2.3.3. Responsabilidad patrimonial por deudas.....	pág 21
3. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.....	pág 23
3.1. Extinción del régimen de separación de bienes.....	pág 23
3.1.1. Liquidación consensual del régimen de separación de bienes.....	pág 24
3.1.1.1. <i>Escritura pública de liquidación.....</i>	<i>pág 25</i>
3.1.1.2. <i>Documento privado de liquidación del régimen de separación de bienes.....</i>	<i>pág 25</i>
3.1.2. Liquidación a través de un proceso declarativo: acción de división de la cosa común.....	pág 27
3.1.2.1. <i>Presupuestos sustantivos de la acción de división de cosa común.....</i>	<i>pág 27</i>
3.1.2.2. <i>La divisibilidad de los bienes.....</i>	<i>pág 32</i>
3.1.3. La liquidación a través del procedimiento regulado en los artículos 806 y siguientes de la LEC.....	pág 33
3.2. La compensación económica por el trabajo para la casa y familia: artículo 1438 del CC.....	pág 42
3.2.1. Forma de contribución a las cargas del matrimonio.....	pág 44

3.2.2. Cuestiones procesales de la compensación del artículo 1438 del CC.....	pág 45
3.2.2.1. <i>Legitimación activa</i>	pág 45
3.2.2.2. <i>necesidad de solicitud por uno de los cónyuges y cuantificación</i>	pág 46
3.2.2.3. <i>Carga de la prueba</i>	pág 46
3.2.2.4. <i>Plazo de solicitud de la compensación</i>	pág 46
3.2.2.5. <i>Prescripción de la reclamación</i>	pág 47
3.2.3. Requisitos para proceder a la compensación	
3.3. La pensión compensatoria del artículo 97 CC y la compensación del artículo 1438 del CC.....	pág 47
3.4. Contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio. cuantificación del trabajo doméstico.....	pág 54
4. CONCLUSIONES.....	pág 58
5. BIBLIOGRAFÍA.....	pág 60

1. INTRODUCCIÓN

La organización económica del matrimonio en el Código Civil, está constituida por un doble sistema: el referente a la libertad de estipulación (art 1315 del CC) y un sistema legal supletorio a falta de pacto, que es el del régimen de gananciales (art 1316 del CC).

Cabe considerar que, el régimen económico matrimonial por antonomasia en el derecho común español es el de gananciales, siendo el más utilizado para regular los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, y también con terceros.

Esto no implica que sea necesariamente el más idóneo en todas las situaciones, pues, en muchas ocasiones, la decisión se toma desde el pleno desconocimiento, sin plantear otras posibles alternativas que se contemplan en el Código, como son la del régimen de participación y el de separación de bienes, siendo éste último, del que profundizaremos a lo largo del trabajo.

El régimen de separación de bienes, es hoy en día el más adecuado para salvaguardar la igualdad e independencia de ambos cónyuges dentro del matrimonio, cuando ambos trabajan y tienen sus propios ingresos, con una situación económica similar y equilibrada, ya que dota a cada miembro de la pareja de la libertad plena para adquirir, administrar y disponer de sus bienes y rentas obtenidas, con independencia de si han sido adquiridas antes, durante o después del matrimonio, sin necesidad de consentimiento por parte del otro cónyuge para realizar cualquier acto de disposición sobre los mismos, y cuya única obligación es la de contribuir a sufragar los gastos derivados al sostenimiento de la familia, en proporción a sus respectivos recursos económicos.

Este régimen de separación de bienes, debe ser pactado de forma expresa por los cónyuges, ya que se trata de un régimen legal supletorio de segundo grado, tal y como dispone el artículo 1435 del CC, aplicable en aquellas circunstancias en las que los contrayentes hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que deban regirse sus bienes.

Los esposos también pueden optar por este régimen a través de las correspondientes capitulaciones matrimoniales, antes o después de la celebración del matrimonio, y en las que se

manifieste su voluntad de someterse a ese régimen económico, debiendo ser inscritas en el Registro Civil para poder ser oponible frente a terceros.

Entre las ventajas que encontramos en la aplicación de este régimen matrimonial, está la sencillez técnica y la agilidad del tráfico jurídico que ofrece, al permitir que cada cónyuge actúe con independencia plena sobre su patrimonio.

Dentro de este orden de ideas, podemos indicar que este sistema favorece la seguridad jurídica, en tanto que reduce el riesgo generado por las deudas contraídas por uno de los cónyuges, sin que tenga efectos en el patrimonio del otro, a excepción de aquellos casos en los que la deuda haya sido contraída para realizar actos encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, y en cuyo caso, responderá solidariamente con sus bienes el otro cónyuge, como más tarde trataremos.

No obstante, este régimen también plantea algunos inconvenientes, el más destacado es la insolidaridad que ocasiona, pues cada uno de los cónyuges queda excluido, en principio, de cualquier participación en las ganancias obtenidas por el otro, aunque éstas hayan sido obtenidas en el contexto de una vida en común, lo que posiciona en una situación de inferioridad al cónyuge que carece de ingresos y se dedica únicamente a la realización de tareas en el hogar familiar.

Para evitar esta situación de injusticia y desamparo en caso de separación tras la dedicación a la familia, la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo cambios a este respecto, modificando el artículo 1438 del CC, que considera el trabajo doméstico como una contribución a las cargas familiares, y por consiguiente, da derecho a percibir una indemnización por parte del otro cónyuge en caso de separación o divorcio, no siendo ésta incompatible con la pensión compensatoria.

En lo referente a la liquidación del régimen de separación de bienes, es habitual pensar que los matrimonios que han sido regidos por la separación de bienes apenas encuentran dificultades cuando se pone fin a las relaciones económico-matrimoniales que los vinculan, ya que, desde el instante de su instauración, ambos cónyuges son conocedores de qué bienes son de su propiedad.

Sin embargo, en contra de esta creencia generalizada, cabe indicar que, son muy pocos los matrimonios que en el momento de extinción del matrimonio no presentan ninguna duda acerca de la pertenencia de ciertos bienes, ya que la convivencia genera de forma inevitable interferencias económicas entre los patrimonios de ambos cónyuges, y, en consecuencia, tiene lugar la aparición de dudas en lo relativo al dominio y propiedad de los mismos.

En contraposición, ser copropietarios de bienes exige poner fin a la indivisión, pues el divorcio es incompatible con el disfrute pacífico de la cosa común.

En términos generales, a lo largo del trabajo se procederá a analizar toda la problemática que se presenta en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, tanto en lo referente a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo para la casa, así como las distintas formas a las que pueden optar los cónyuges a la hora de liquidar el régimen de separación que los vincula, poniendo fin a las relaciones económicas y patrimoniales que hayan podido surgir entre ambos.

2. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

El régimen de separación de bienes se compone de dos patrimonios privativos y autónomos de cada uno de los cónyuges, integrados tanto por los bienes que les perteneciesen antes de contraer matrimonio, como los que adquieran con posterioridad., de forma que, salvo que los contrayentes obtengan algún bien en régimen de proindivisión, no existe ningún tipo de comunidad, correspondiéndole a cada uno de ellos la administración, goce y libre disposición de los bienes, tal y como se recoge en el art 1437 del CC.

Ahora bien, esta independencia no es absoluta, ya que ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a las cargas del matrimonio y los gastos de la familia, que tienen lugar a consecuencia de la vida en común.

La proporción en la que ambos cónyuges deben colaborar al sostenimiento de dichas cargas será aquella dispuesta en las capitulaciones matrimoniales, y a falta de ellas, cada cónyuge contribuirá en proporción a sus recursos económicos.

Por otro lado, este principio de autonomía y libertad de los cónyuges se ve limitado por la normativa establecida en el Código, y que afecta a todos los regímenes matrimoniales sin excepción, el denominado *régimen matrimonial primario*, terminología atribuida a LACRUZ BERDEJO¹, concepto reconocido y reiterado por numerosos autores como REBOLLEDO VARELA², quien afirma que la ausencia en nuestra normativa en materia civil de una regulación expresa de lo que se viene determinando como régimen matrimonial primario, no impide encontrar en él una serie de normas que, teniendo un carácter inderogable, limitan la autonomía patrimonial de los cónyuges con un alcance muy variado y a través de la imposición de unos

¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona: Ed. Bosch, 1963, págs. 235-267

² REBOLLEDO VARELA, Á. L. *Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*. Madrid: Montecorvo, 1983, pág. 236

deberes destinados a lograr una protección de la familia por encima de los intereses individuales de los cónyuges.

Similar sistemática y terminología es reconocida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE³, quien adopta una plena aceptación de dicha categoría, así como sugerentes propuestas, las cuales también defiende por su parte MUÑIZ ESPADA⁴.

Por el contrario, otros autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁵, rechazan expresamente la doctrina del régimen matrimonial primario, ya que entienden que, en puridad, no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos, y que los artículos 1315 del CC y ss. van encabezados por una rúbrica que los considera como disposiciones generales, y no como normativa general.

Estos dos autores sí consideran la existencia de “*principios inspiradores*” de los regímenes económicos del matrimonio, y son los siguientes:

- 1º Principio de libertad de estipulación (Artículos 1315 del CC y 1325 del CC)
- 2º Principio de igualdad jurídica de los cónyuges (Artículos 32 de la CE y 1328 del CC),
- 3º Principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen económico conyugal (artículo 1317 del CC).

En lo que respecta al régimen matrimonial primario, no hay un *numerus clausus* del conjunto de reglas, que lo constituyen, como tampoco existe un criterio de ordenación de tales preceptos, ni tampoco una clasificación de los elementos que integran dicho régimen.

Si bien es cierto, cabría diferenciar, desde un punto de vista doctrinal o teórico, los siguientes aspectos o elementos constitutivos:

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Madrid: Colex, 2013 (4ª ed.), págs. 209-219.

⁴ MUÑIZ ESPADA, E. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 (2002), págs. 187 y ss

⁵ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil (Vol. IV, T. I). Derecho de Familia*. Madrid: Tecnos, 2012, págs. 136 y ss.

- Marco legal: Libertad de estipulación, régimen legal subsidiario, libertad para modificar las capitulaciones durante el matrimonio.
- Elementos básicos: Contribución a las cargas del matrimonio y Potestad Doméstica.
- Elementos objetivos de protección: Vivienda Familiar y Mobiliario familiar.
- Elementos subjetivos: consentimiento dual de los cónyuges y de eventuales sujetos. consecuencias de la falta del consentimiento dual.
- Fases posibles de la protección precontractual, contractual, extrajudicial y judicial. el derecho de predetracción.
- Aspecto de la protección judicial: *litis expensas*.
- Aspectos formales complementarios: publicidad y registro.

2.2. CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN

Actualmente, y tal y como dispone nuestro Código, los supuestos en los que regirá este régimen se encuentran expresados el artículo 1435 CC, cuya literalidad reza del siguiente modo: “existirá entre los cónyuges separación de bienes:

1. Cuando así lo hubiesen convenido los cónyuges
2. Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes
3. Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”

A tenor de lo dispuesto en este artículo, el régimen de separación de bienes puede tener su origen de tres modos diferentes: convencional, legal y judicial.

El primer supuesto en el que regirá la separación de bienes, será por haberlo así pactado los cónyuges, a razón del principio de autonomía de la voluntad de los esposos.

De esta forma, y en conformidad con lo dispuesto con carácter general, para que rijan este régimen de forma convencional, será necesario que los contrayentes otorguen capitulaciones matrimoniales, que establezcan su voluntad de adhesión al régimen de separación.

El segundo supuesto, tiene como origen la previsión legal que el ordenamiento jurídico hace en aquellos casos en los que, los cónyuges excluyan el establecimiento de la sociedad de gananciales, pero tampoco determinen cuáles son las reglas sobre las que regirá el matrimonio, situación en la que se aplica el régimen de separación de bienes, calificado como régimen legal supletorio de segundo grado.

Una tercera posibilidad, se recoge en el artículo 1435 del CC, relativo al origen judicial, y hace referencia a los distintos supuestos en los que la extinción del régimen económico matrimonial de gananciales (o en su caso, el régimen de participación) da lugar a la instauración del régimen de separación de bienes. Tales supuestos son los siguientes:

- Separación legal mediante sentencia que declare la separación conyugal (art 1392.3 del CC) o de participación (art 1415 del CC) y consiguiente extinción del régimen económico matrimonial (art 95 del CC).

Conviene precisar que entre los cónyuges permanece vigente el vínculo matrimonial pese al cese de la vida común, y que únicamente se ha sustituido el régimen anterior por el de separación.

- Otro supuesto es el que se produce a consecuencia del embargo de bienes gananciales por deudas propias de uno de los cónyuges (arts. 1373 del CC y 1393 del CC, *in fine*), cuya solicitud provoca la extinción de la sociedad de gananciales y consiguiente instauración del régimen de separación de bienes, salvo que el cónyuge no deudor opte en el plazo de 3 meses, mediante documento público, por una nueva sociedad de gananciales.
- En tercer lugar, el art. 1393 del CC, en su apartado primero, recientemente modificado por el art. 2.57 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, dispone que la sociedad de gananciales

podrá disolverse a petición de alguno de los cónyuges si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia.

Todas estas situaciones conllevan a la extinción de la sociedad de gananciales, siendo sustituida por el régimen de separación de bienes, sin que ello suponga la ruptura del vínculo matrimonial.

2.3. PACTOS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS PATRIMONIOS DE LOS CÓNYUGES

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1437 del CC, se extrae la idea de que a cada uno de los cónyuges le corresponderán tanto el goce y libre disposición de sus bienes, como su administración.

Desde esta perspectiva, cada cónyuge tiene libertad plena para disponer y administrar su patrimonio, tanto a título oneroso como gratuito, a excepción de las limitaciones legales establecidas en el llamado régimen legal primario, como la prevista para la vivienda familiar del artículo 1320 del CC, así como en otros preceptos del Código tales como el artículo 96 del CC, reformado recientemente tras la modificación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y en el que se establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. Para disponer de todo o parte de la vivienda se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Si bien es cierto que en la práctica resulta extremadamente difícil que tenga lugar una auténtica separación individual de cada patrimonio por parte de los cónyuges a consecuencia de la vida en común y la realización de actividades de forma conjunta por parte de ambos esposos, que interfieren de forma inevitable en la administración y gestión de sus respectivos patrimonios, cuestiones que son planteadas en nuestro Código, y que desarrolla en su artículo 1439 del CC, el cual establece la regla según la cual asemeja al cónyuge administrador de los bienes o intereses del otro con un mandatario, con sus mismas obligaciones y responsabilidades, salvo que no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, a excepción de aquellos casos en los que se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio.

Conviene precisar que este artículo se encuentra en sintonía con la regla establecida en el artículo 71 del CC, y que señala que ninguno de los cónyuges podrá atribuirse la representación del otro sin que se le hubiera sido conferida, así como con el artículo 1259 del CC, que prohíbe que una persona administre los intereses del otro si no existe representación legal o voluntaria.

Por consiguiente, resulta necesario el requisito del consentimiento para poder llevar a cabo tareas de administración y gestión del patrimonio del otro cónyuge. con independencia de que éste sea expreso o tácito.

En el supuesto caso en el que uno de los cónyuges administre bienes del otro en contra de su voluntad, podría éste incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Queda, por tanto, descartada la interpretación del artículo 1439 del CC como la atribución de un mandato general entre cónyuges. Tal y como establece AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ⁶, el artículo 1439 del CC no es un supuesto de representación legal ni voluntaria, ya que un esposo nos atribuye su representación, sino que únicamente «está administrando o gestionando sus bienes y actuando como cónyuge cooperante». Son actos que realiza un cónyuge sin el consentimiento del otro, aunque sin su oposición, ya que si existe una encomienda expresa o tácita lo que se daría sería un mandato.

⁶ AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C. “La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia”, Dynkinson, Madrid, 2009, pág 225

Debido a lo cual, podemos determinar que en lo referente a la gestión y administración de los bienes, son de gran utilidad los mandatos y apoderamientos entre cónyuges, así como la regulación convencional de sus efectos, ámbito de actuación, rendición de cuentas o remuneración.

Dichos mandatos son generalmente revocables. Esto se debe, por un lado, al límite establecido por el principio de igualdad en los pactos entre cónyuges quedando revocados automáticamente cuando se admitan las demandas de separación, nulidad y divorcio, y por otro lado, debido a la existencia de la regla general establecida en el artículo 1733 del CC, que permite al cónyuge mandante revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.

Es necesario precisar que el cónyuge que ha prestado el consentimiento para la administración de sus bienes a través del otorgamiento del mandato, no pierde la posibilidad de realizar los actos sobre su patrimonio por sí mismo.

2.3.1. La titularidad de los bienes. Presunciones de titularidad: Pactos presuntivos, atributivos y principio de subrogación real

2.3.1.1. Pactos presuntivos

Con carácter general, y en virtud al principio de autonomía de la voluntad que impera en nuestro sistema y que se articula en el artículo 1437 del CC, para los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, nuestro Código establece, que pertenecen a cada cónyuge los bienes que fuesen de su propiedad al contraer matrimonio y aquellos que sean adquiridos posteriormente por cualquier título.

Este principio de separación de titularidades, es defendido por DELGADO ECHEVARRÍA⁷, quien afirma que, el matrimonio no produce directamente ningún efecto en la consistencia de ambos patrimonios, que continúan sometidos a las normas o principios comunes aplicables al

⁷ DELGADO ECHEVARRÍA, J., El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña, Madrid, Tecnos, 1974, Pág 148

patrimonio general de cualquier persona. No se producen, por tanto, transferencias de las titularidades que ostenta cada cónyuge en el momento del matrimonio a otra masa diferente, que no existe. Por ende, cualquier incremento patrimonial, con independencia de su procedencia, forma parte del patrimonio del que proceden o del que es titular el sujeto, sin pasar a un tercer patrimonio ni derivar al del otro cónyuge.

Sin embargo, y pese a que la gestión de los bienes propios de cada cónyuge es absolutamente independiente, es frecuente que uno de los cónyuges, administre los bienes del otro en cuyo caso es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 1439 del CC, que dispone junto a la libertad de gestión de los esposos, determinados límites derivados de la vida en común del matrimonio.

Por otra parte, el interés común de la familia exige ciertas limitaciones en el disfrute o administración de los bienes, con independencia del régimen que rijan en el matrimonio.

Estos límites pueden tener su origen tanto en las normas establecidas para el régimen primario, como aquellas que se establecen de forma concreta para el régimen de separación de bienes y que también pueden ser acordadas por los cónyuges mediante pacto.

A pesar de ello, pueden surgir situaciones dudosas, por lo que, junto a la estipulación a través de la cual los cónyuges deciden regirse por el régimen de separación de bienes, son de gran utilidad los pactos presuntivos y los atributivos de titularidad, y que tienen como principal objetivo no aplicar o matizar la regla general prevista en el artículo 1441 del presente código⁸.

Mediante la ejecución de estos pactos se busca evitar la incertidumbre acerca de la titularidad de un bien en aquellos casos en los que el artículo 1441 del CC, no ofrezca certeza en su aplicación, quedando éste sustituido por una presunción libremente pactada por las partes y que cobrará eficacia.

Esta eficacia será oponible frente a terceros siempre y cuando los pactos presuntivos se encuentren inscritos, tal y como sostiene la Resolución de la Dirección General de los Registros

⁸ *Op cit.* AMUNATEGUI RODRIGUEZ, AA.VV. “La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,” pags 212-220

y el Notariado de 19 de junio de 2003, pues al tratarse de normas que modifican el régimen económico matrimonial, son plenamente inscribibles.

Este asunto también es abordado a través del artículo 1325 del CC, que señala que «las capitulaciones pueden contener cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio», tanto por vía de donación o a través de cualquier otro acto de un cónyuge o de un tercero, a favor del otro, al ser todos ellos objeto de publicidad en el Registro Civil, sin perjuicio de que algunos de ellos deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad.»

2.3.1.2. *Pactos atributivos de la propiedad*

Junto a los pactos presuntivos, podemos encontrar los pactos atributivos de la propiedad, los cuales no establecen una presunción *iuris tantum* sino una regla clara de atribución con efectos reales. En palabras de GUILARTE GUTIERREZ⁹ «en el supuesto de pactos atributivos se hace necesaria una clara manifestación de los contratantes en el sentido de dotar de efectos inmediatos y reales a la producción del supuesto al que ligan los mismos. Así, habrá que incluir en este tipo aquellos pactos que hablan de “pertenencia a uno u otro de los esposos los bienes que”, dicción diferente a la que se reflejará en los pactos probatorios, donde se dirá que “se presumirán de uno u otro esposo los bienes que”. Parece por lo tanto decisivo llegar a conocer la real intención de los contratantes al verificar el convenio y deducir de su manifestación de voluntad, el alcance de los pactos, ya que, a priori, fácilmente se nos alcanza la mayor relevancia de los pactos atributivos respecto de los probatorios»

2.3.1.3. *La aplicación convencional del principio de subrogación real.*

En los casos en los que no es posible determinar con certeza a quién de los cónyuges pertenece la propiedad de un bien, nuestro sistema emplea la presunción de indivisión establecida en el artículo 1441 del CC, según el cual «cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece un bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad».

⁹ GUILARTE GUTIERREZ, V. “La regla de la indivisión en el régimen de separación de bienes (art. 1441 CC) y su alteración convencional”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1984, pags. 309 ss

Este precepto presupone que el bien en cuestión, pertenece a ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria, aplicando de este modo el artículo 393 y ss del CC, relativos a la comunidad ordinaria, y sin que en ningún caso, suponga la creación de una masa común de carácter conyugal.

A tenor de lo dispuesto en la normativa que regula el régimen de separación de bienes, lo fundamental para determinar la pertenencia de un bien será probar quién lo adquirió, con independencia de la procedencia del dinero que fue empleado para su adquisición, ya provenga del patrimonio del adquirente o de uno distinto.

Por todo ello, podemos llegar a la determinación de que a priori no rige el principio de subrogación real.

En el caso en el que los cónyuges adquieran un bien de forma conjunta, surge entre ellos una comunidad ordinaria (arts. 392 y ss. CC). A esta disposición se reitera en el 1414 del CC que, aunque ubicado en sede de régimen de participación en las ganancias, resulta igualmente aplicable a la separación de bienes, aplicándose a la inscripción de estas adquisiciones en el Registro de la Propiedad, tal y como dispone el artículo 90.2 del Reglamento Hipotecario que reza del siguiente modo “Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento”.

En palabras de DELGADO ECHEVARRÍA¹⁰, al Derecho le resulta indiferente la clase de adquisición o la procedencia del dinero para atribuirlos al patrimonio del sujeto, y solo tiene en cuenta quien es parte en el negocio jurídico. De esta forma se hace titular a la persona que realiza el acto que constituye el título de la adquisición.

No obstante, no existe unanimidad en la doctrina, pues autores como DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹¹, mantienen la vigencia del principio de subrogación real en las relaciones entre los cónyuges y no así frente a terceros.

¹⁰ *Op cit.* DELGADO ECHEVARRÍA, “El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña” Pág 148

¹¹ DIEZ -PICAZO, y GULLON BALLESTEROS, “*Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones*”, Séptima edición, Tecnos, 1997, pag 236

Para RIBERA BLANES¹², el principio de titularidad formal no debe regir con carácter absoluto, tal y como concluyen las Sentencias del Tribunal Supremo del 28 de abril de 1997 o 19 de julio de 2002¹³, de forma que la titularidad formal, no es más que uno de los criterios que junto a la procedencia del dinero pueden llevar al juzgador a determinar la titularidad de un bien.

Podemos por tanto afirmar, que a falta de unidad de criterio a la hora de aplicar el principio de titularidad formal o el de subrogación real, los cónyuges pueden determinar por sí mismos la aplicación de uno u otro imperando así el principio de seguridad jurídica.

El art. 1442 del CC, previo a la modificación del Código, establecía otra presunción, habitualmente denominada *presunción muciana*, dirigida a evitar que uno de los cónyuges pudiera defraudar a sus acreedores transmitiendo o poniendo bienes a nombre del otro cónyuge con el fin de devenir insolvente, y que actualmente se limita a la remisión establecida en la legislación concursal, y cuyo artículo 195 del Real Decreto legislativo 1/2020 del 5 de Mayo, modificado por la actual Ley 16/2022, y que mantiene invariable dicho precepto, estableciendo que si el concursado estuviera casado en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste durante el año anterior a la declaración de concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos. Si se acreditara que la contraprestación procedía directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presumirá, salvo prueba en contrario, la donación de la totalidad de la contraprestación.

De acuerdo con lo establecido en dicho precepto, si el cónyuge del concursado no puede probar la procedencia exacta del dinero empleado para adquirir el bien, se presupone que el concursado le donó la mitad de la contraprestación invertida en su adquisición, lo que permitirá exigir la rescisión de dicha donación y la consiguiente restitución a la masa concursal de la cantidad presuntamente donada: presunción de donación.

¹² RIBERA BLANES, “Del régimen de separación de bienes”, en RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, Coordinadores, “El Régimen económico del matrimonio”, Dykinson, Madrid, 2005, pags.817 ss

¹³ STS 325/1997 y STS 2869/2002

En el caso en el que se demuestre que la contraprestación fue abonada íntegramente con dinero procedente del patrimonio del deudor concursado, se presupone que éste hizo una donación por la totalidad de la contraprestación.

De esta forma el cónyuge del concursado estará obligado a restituir a la masa la totalidad de la cantidad empleada en la adquisición del bien.

Para que operen estas presunciones es necesario que la adquisición onerosa realizada por el cónyuge del concursado haya tenido lugar en el año anterior a la declaración del concurso y que los cónyuges no se encuentren separados judicialmente o de hecho.

2.3.2. Responsabilidad patrimonial interna de los cónyuges: Contribución a las cargas del matrimonio

Una de las características más relevantes que surgen a partir de cualquier régimen económico matrimonial en materia de deuda y responsabilidad de los cónyuges, viene determinada por la existencia de obligaciones relativas al sostenimiento de la familia, que deben ser sufragadas por ambos miembros.

Una aproximación conceptual a la noción de cargas del matrimonio, es llevada a cabo por la Sala Primera del TS en su Sentencia de 26 de noviembre de 2012¹⁴, que la identifica con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges, y que abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio, así como los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución al trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes.

Por consiguiente, no resulta posible considerar como cargas del matrimonio, aquellos gastos generados por ciertos bienes que, aún siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, ya que durante la vigencia del régimen de separación de bienes, quedan excluidos cualquier elemento que suponga un patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable a tales bienes es la propia del régimen general de copropiedad, anteriormente citado y recogido

¹⁴ STS 8244/2012

en el artículo 393 del CC, que establece la participación de los cónyuges en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales.

Por otra parte, y haciendo alusión al principio de autonomía patrimonial recogido en el artículo 1437 CC, que permite a cada cónyuge disponer de su patrimonio libremente, con la única limitación expuesta en el artículo 1320 del CC, aplicable a todos los regímenes económicos vigentes sin excepción, y que exige el consentimiento del otro cónyuge para disponer de la vivienda conyugal y el ajuar doméstico, aunque dichos bienes sean privativos de uno de ellos.

Como es sabido, la convivencia y el proyecto de vida común genera gastos que es deber de los cónyuges sufragar, tal y como dispone el artículo 1318 CC, precepto relativo al régimen matrimonial primario y por consiguiente común en todos los sistemas matrimoniales reconocidos en nuestro ordenamiento, donde se dispone que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» y permite a cualquiera de ellos exigir al otro el cumplimiento de este deber»

El concepto de «cargas del matrimonio» se identifica habitualmente con los gastos de sostenimiento de la familia referidos en el artículo 1362.1 de nuestro CC.

La Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de mayo de 2006¹⁵, establece una definición no exhaustiva del concepto, que sin embargo permite hacer una aproximación de su definición:

« La cuestión cardinal sobre la que versa el recurso radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio tal y cómo se refiere el artículo 1438 del CC para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por los bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges, abarcando todas las obligaciones y gastos que exijan la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los

¹⁵ STS 3747/2006

contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes. Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, y aún siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la solución adoptada por el Tribunal al considerar que la norma aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 CC, establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presuponen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los primeros motivos del recurso, que por ello ha de ser rechazado»

Sin embargo, en el régimen de separación de bienes no existe un patrimonio común al que imputar dichos gastos, y es por ello que, nuestro Código, en su artículo 1438 CC, dispone en su primera parte del precepto que «a falta de convenio, los cónyuges contribuirán de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos». Es decir, las partes pueden pactar en las capitulaciones matrimoniales la forma de contribución de cada uno de ellos a las cargas familiares.

En aquellas situaciones en las que dicho pacto se realice de forma externa a las capitulaciones matrimoniales, conviene dejar constancia documental de dicho acuerdo entre las partes.

En este pacto cabe la posibilidad de acordar una contribución desigual a las cargas, siendo de dudosa validez aquellos acuerdos que comporten una total exoneración de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, a excepción de la existencia de una causa de justificación, tal y como ocurre en los casos de incapacidad o de grave enfermedad de un cónyuge.

A falta de pacto, ambos deben contribuir de forma proporcional a sus respectivos «recursos económicos» entendiendo por tales aquellos que no solo proceden de su trabajo o actividad profesional, sino que también se incluyen aquellos bienes, ingresos, y rentas de todo tipo de los que dispongan los cónyuges y que constituyan su patrimonio personal.

2.3.3. Responsabilidad patrimonial por deudas

El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor proclamado en el artículo 1911 del CC, y según el cual, “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros” se enfrenta a ciertas alteraciones cuando la persona del deudor se encuentra sometida a la vigencia de un régimen económico matrimonial.

Una de las características del régimen económico de separación, es la diversidad de posibilidades de actuación individual de cada cónyuge sobre sus propios bienes, y entre las cuales podemos citar el llamado “principio de separación de responsabilidades”, precepto que se encuentra definido en la primera parte del artículo 1440 del CC y que reza del siguiente modo “las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad”.

Y es que, en este régimen, cada cónyuge responde con su patrimonio de las deudas por él contraídas de modo que, en principio, tales actuaciones no tendrán repercusión alguna sobre el patrimonio de su consorte, garantizando así una gran libertad e independencia.

No obstante, esta regla general, se ve alterada por la segunda parte del artículo 1440 del CC, y que añade lo siguiente ”en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código”.

Dicho precepto, cita el artículo 1319 del CC, relativo al régimen matrimonial primario, y por extensión, común para todos los regímenes matrimoniales, y que hace referencia a las deudas contraídas por uno de los cónyuges “en el ejercicio de la potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente los del otro cónyuge” y añade, respecto a la posible sobre aportación, “El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

En conclusión, y tal y como declara el Tribunal Supremo en la Sentencia Sec. 1º, de 4 de febrero de 2021¹⁶, la regla general en el régimen de separación de bienes es que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad.

Ahora bien, de forma excepcional en aquellas situaciones en las que uno de los cónyuges actúe en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender las necesidades ordinarias de la familia, el otro responderá de manera subsidiaria de su cumplimiento.

¹⁶ STS 145/2021

3. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

3.1. EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Aunque nada dice expresamente nuestro Código Civil a propósito de la disolución de los matrimonios constituidos en régimen de separación de bienes, ésta tendrá lugar:

- Cuando voluntariamente los cónyuges acuerden pasar a otro régimen económico matrimonial distinto
- Por disolución del matrimonio
- Por la declaración judicial de separación de los cónyuges

Si como consecuencia de la separación personal de los cónyuges, se hubiera disuelto la sociedad de gananciales u otro régimen diferente que rigiera entre ellos y hubiese pasado a constituirse un régimen de separación de bienes, la eventual reconciliación de los cónyuges no provoca la restitución del mismo, sino que permanece vigente la separación de bienes mientras no se estipule otro sistema diferente.

La misma regla se aplica si el paso a separación de bienes fue consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por decisión judicial, basada en alguna de las causas del artículo 1393 del CC, tal y como dispone el artículo 1443 del CC. Las causas que contiene dicho precepto son las siguientes:

- Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia.
- Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.
- Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

- Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

Pese a lo dispuesto en este artículo, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que existían con anterioridad a la separación de bienes, haciendo constar en las capitulaciones los bienes y las nuevas aportaciones, que se considerarán como privativos, aunque en todo o en parte, hubiesen sido de carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación (art. 1444 CC).

Con independencia de la causa que da lugar a la disolución, será necesaria una liquidación, más sencilla y con menos particularidades que las previstas en el caso del régimen de gananciales, pero que, al menos, comprenderá el pago de las contribuciones atrasadas a las cargas del matrimonio y los reembolsos y reintegros recíprocos entre los patrimonios privativos de ambos cónyuges. Facultativamente, podrán proceder a la disolución de las comunidades indivisas de bienes voluntariamente formadas durante la vigencia del régimen o legalmente presuntas al amparo del artículo 1441 del CC.

También procederá, en el caso de no haberse realizado anteriormente, a la rendición de cuentas por el mandato tácito *ex lege* que establece el artículo 1439 del CC.

3.1.1. Liquidación consensual del régimen de separación de bienes

La vida en común del matrimonio bajo el régimen de separación de bienes provoca numerosas intromisiones entre los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, y a consecuencia de ello, en el momento en el que cesa el vínculo matrimonial, es necesario poner en orden los patrimonios de ambos esposos, teniendo en cuenta los distintos negocios jurídicos que hayan tenido lugar, y de esta forma, que cada cónyuge se quede con aquello que le pertenece.

El conflicto surgirá en el proceso de división de los bienes que adquirieron en común, con las consiguientes reclamaciones.

No existe duda de que el consenso entre los cónyuges es la vía más idónea para poner punto final a la convivencia, y es por ello que, el ordenamiento jurídico pone a disposición de los esposos distintas medidas para disolver el matrimonio de forma consensual y pacífica;

- Escritura pública de liquidación
- Documento privado de liquidación del régimen de separación de bienes
- Inclusión de la liquidación en el Convenio Regulador de separación o el divorcio

3.1.1.1. Escritura pública de liquidación

Mientras permanece vigente el matrimonio, los cónyuges pueden optar por modificar el régimen económico mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, pasando de esta forma del régimen de separación de bienes a otro distinto, al igual que, sin que modifiquen el régimen que media entre ellos, pueden poner fin a la comunidad proindiviso que mantienen en relación con un determinado bien.

De igual forma, una vez que se ha dictado sentencia de divorcio, la escritura pública es la vía normal de poner fin a la relación económica y patrimonial entre ambos cónyuges.

Se trata pues del camino más recomendable para liquidar los bienes y las deudas en proindiviso, y resolver el resto de negocios jurídicos que hayan tenido lugar entre ambos, teniendo muy presente que el resto de vías posibles son mucho más costosas, tanto económica como emocionalmente y pueden alargarse en el tiempo sin que exista ninguna garantía de obtener un resultado satisfactorio para ambas partes, como el que sí se lograría a través del consenso de los cónyuges.

3.1.1.2. Documento privado de liquidación del régimen de separación de bienes

Es habitual que los cónyuges redacten un Convenio, con el objetivo de regular su separación de hecho, o bien para presentarlo en el Juzgado, con la petición de divorcio, incluyendo en el mismo los negocios jurídicos liquidatarios del régimen de separación de bienes.

Pese a que, tanto la doctrina como la mayoría de las resoluciones de los juzgados y tribunales consideran que estos pactos liquidatorios son plenamente válidos y eficaces siempre y cuando concurren los requisitos de consentimiento, capacidad, objeto y causa, al tratarse de una materia de libre disposición de las partes, es habitual que finalmente no lleguen a producir sus efectos, bien por la falta de ratificación ante el Juez por parte de uno de los cónyuges, o debido a la no aprobación del Juzgado de la cláusula liquidatoria.

No obstante, son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que conceden de eficacia a estos acuerdos entre los cónyuges, entre ellas, la Sentencia de 22 de Abril de 1997¹⁷, en la que se hace una distinción entre las distintas clases de convenios que pueden establecer las partes « deben, por ello, distinguirse 3 supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el Convenio Regulator aprobado judicialmente y que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el Convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, y tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del CC»

Conviene precisar que el citado Convenio Regulator en dicha Sentencia y tal y como se reconoce en otras anteriores, tiene carácter de negocio jurídico, al tratarse de una manifestación de la voluntad de autorregulación de los intereses de las partes.

Este instrumento regulador resulta de gran eficacia a la hora de proceder a la liquidación del régimen de separación de bienes, ya que permite a los cónyuges establecer de forma libre y de mutuo acuerdo, las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de una separación o divorcio y que resulta de obligado cumplimiento para ambos cónyuges.

A consecuencia del gran número de negocios jurídicos que vinculan a los cónyuges y por consiguiente, interfieren en sus respectivos patrimonios, son numerosas las cláusulas del Convenio que pueden afectar a la resolución de la liquidación tras la ruptura del vínculo matrimonial;

¹⁷ STS 325/1997

- a) cláusula resolutoria para el caso de incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges
- b) cláusula de resolución de la liquidación en caso de no aprobarse el convenio en su integridad
- c) cláusula de liberación de un cónyuge como prestatario

Si bien es cierto que no existe dificultad en la aprobación de la cláusula de división de los bienes que los cónyuges tienen en común, no todos los pactos liquidatorios de un régimen de separación de bienes se limitan a dividir y adjudicar bienes y deudas, sino que contienen otros negocios jurídicos más complejos y que pueden exceder del contenido del artículo 90 del CC, lo que motiva a que determinados juzgados rechacen la aprobación de la cláusula.

Los motivos de esta negativa, nada tienen que ver con la validez y eficacia de los pactos, sino de la procedencia de la aprobación de los mismos mediante la correspondiente homologación judicial y que es requisito indispensable para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Algunos de los motivos que impulsan a los Juzgados a rechazar la cláusula liquidatoria es la falta de competencia para “la acción de división de cosa común”, sin perjuicio de la aplicación del resto del Convenio, que seguirá vigente para el resto de las situaciones.

Otra causa de inaplicación de determinadas cláusulas liquidatorias en el régimen de separación, es que éstas excedan el contenido ordinario del convenio de separación y divorcio que regula nuestro ordenamiento a través del artículo 90 del CC, común a todos los regímenes económico-matrimoniales correspondiente a sus respectivas liquidaciones, y cuyo precepto hace referencia al contenido mínimo que debe incluir este tipo de negocios jurídicos, tales como la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos, el establecimiento de un régimen de visitas, la pensión alimenticia y una pensión compensatoria cuando proceda, la liquidación del régimen económico matrimonial o la atribución del uso de la vivienda familiar entre otros aspectos.

3.1.2. Liquidación a través de un proceso declarativo: acción de división de la cosa común

3.1.2.1. Presupuestos sustantivos de la acción de división de cosa común

1. Existencia de bienes en copropiedad

Un primer presupuesto para ejercer la acción de división de la cosa, es que el bien o los bienes pertenezcan a los cónyuges en proindiviso, tal y como dispone el artículo 392 del CC, “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”. Conviene puntualizar que no es relevante la proporción que corresponda a cada cónyuge, basta con que le pertenezca una parte para que sea posible proceder a la partición.

No obstante, no existe copropiedad y por ende no es posible el ejercicio de la acción de división en los siguientes supuestos:

a) Un cónyuge es titular del bien y el otro tiene un derecho de usufructo

En este caso el usufructuario no es copropietario del bien ya que tan solo posee el dominio sobre el bien.

b) Los bienes aparecen como una unidad física pero registralmente son independientes

No existe copropiedad cuando se trata de dos inmuebles que, pese a estar unidos, cada uno de ellos tiene independencia registral y pertenece únicamente a uno de los cónyuges.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2015¹⁸, resolvió esta situación.

En dicho supuesto, los cónyuges habían unido sus viviendas privativas para formar la vivienda familiar. El exesposo, ejerció la acción de división, pero el Tribunal no consideró posible la división, dado que la agrupación que hicieron los cónyuges al unir sus viviendas privativas no implicó la creación de una comunidad de bienes de la vivienda resultante, ya que se trata de fincas registralmente independientes y físicamente individualizables.

c) Los bienes pertenecen a ambos cónyuges en régimen de sociedad de gananciales

En aquellos casos en los que los bienes pertenecen a los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales, nos encontramos ante una comunidad germánica, y por ende, el sistema de liquidación de estos bienes debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 806 y ss. de

¹⁸ STS 94/2015

la LEC, tal y como dejan constancia resoluciones como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 17º, en su Sentencia de 24 de abril de 2018¹⁹.

Si bien, cuando los cónyuges solo tienen un bien, en concreto la vivienda familiar, ha sido cuestionado doctrinal y jurisprudencialmente si resulta o no procedente ejercitar la acción de división de cosa común.

- d) Bienes que figuran inscritos como gananciales en el Registro de la Propiedad cuando tienen carácter privativo

No se trata de un requisito necesario que la declaración del carácter privativo de un bien deba realizarse de forma forzosa bajo el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

En este supuesto es necesario hacer referencia a la resolución de la Audiencia Provincial de León, Sec 2º, en su Sentencia de 18 de abril de 2006, en la que se declaró que el inmueble se adquirió por los cónyuges con posterioridad a la separación, por lo que, pese a que en el Registro de la Propiedad figura como un bien ganancial, tiene carácter privativo para ambos cónyuges, siendo necesario el procedimiento de la acción de división de la cosa común.

Podemos concluir por tanto que la acción de liquidación se ejercitó de forma conjunta a la acción de división de la cosa común.

2. Los cónyuges deben ser copropietarios del bien

Es requisito necesario para quién va a ejercer la acción de división, que tenga la cualidad de copropietario del bien que se pretende dividir.

Esta cualidad de copropietario no debe identificarse necesariamente con el cotitular registral, ya que existen otros medios probatorios para acreditar la propiedad sobre los bienes.

Tampoco será posible ejercer la acción de división de la cosa común cuando los bienes que se pretende dividir pertenecen a empresas mercantiles, con independencia de que los cónyuges sean titulares de las participaciones de las mismas.

La Audiencia Provincial de Girona, Sec. 2º, en su Sentencia de 22 de febrero de 2005²⁰, resolvió que siendo la titular de los bienes una sociedad con plena personalidad jurídica independiente, la

¹⁹ SAP 370/2018

²⁰ SAP 227/2005

autonomía patrimonial y relaciones bajo tal personalidad, no pueden incluirse en la liquidación del régimen económico aquellos bienes que sean titularidad de dicha sociedad.

3. Inexistencia de pacto de indivisión y que la copropiedad no esté ya dividida

Tal y como indica el artículo 400 del CC “será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de 10 años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.”

Según lo dispuesto en este precepto podemos considerar que si existe pacto de indivisión, este debe respetarse y la acción de división no podrá ejercitarse hasta que transcurra aquel o su prórroga. A colación de ello, cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 4º, de 21 de febrero de 2013, y en la cual se analizó la licitud de un pacto en el que la posibilidad de ejercitar la acción de división se condicionaba al consentimiento expreso y por escrito del otro comunero, llegando el Tribunal a concluir de que se trataba de un pacto nulo.

En ocasiones, la parte demandada ha argumentado la existencia de un pacto verbal de indivisión, lo que exige su acreditación mediante las medidas establecidas por el derecho, tal y como refleja la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 16º, en su Sentencia de 4 de abril de 2006.

Por otro lado, *la actio communi dividundo*, no es necesaria en aquellos casos en los que los copropietarios ya hayan dividido los bienes que poseen en proindiviso, y cuya acción estará condicionada a las bases pactadas por las partes para su ejecución.

Otra situación relativa a la acción de división, es la que plantea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 3º, de 19 de junio de 2015²¹, que consideró que ya no existía comunidad de bienes en el momento de ejercitarse la acción de división de cosa común, al acreditarse que existía un acuerdo entre las partes para que el inmueble fuese entregado de pleno dominio a uno de los cónyuges al precio pactado, habiéndose de esta forma perfeccionado la compraventa.

²¹ SAP 38/2015

4. Bienes respecto de los que puede solicitarse la división

Al no existir una comunidad universal para todos los bienes, sino una comunidad particular para cada uno de ellos, es cuestionable si procede el ejercicio de la acción de división de cosa común respecto a todos los bienes que los cónyuges tengan en proindiviso, o si es posible ejercitarlo sobre un único bien.

Pues bien, no encontramos ningún precepto sustantivo que obligue a solicitar la división conjunta de todos los bienes que los cónyuges tengan en proindiviso, por lo que cabe la posibilidad de solicitar la división de todos o de alguno de ellos solamente.

Esta cuestión es tratada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006²², concluyendo que no existe obstáculo para que se inste la división de la cosa común exclusivamente respecto a uno de los bienes.

No obstante que el actor ejercite la división de uno solo, no impedirá a la parte demandada formular demanda reconventional solicitando que la división se amplíe a los otros bienes que tengan en copropiedad.

5. Plazo en el ejercicio de la acción

La acción de división de la cosa común es imprescriptible e irrenunciable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1965 del CC, “la acción para solicitar la división de la cosa, no prescribe entre codueños”.

6. Inscripción en el Registro de la Propiedad del bien cuya división se solicita

En principio, si los cónyuges tienen un título válido de propiedad de un bien que se encuentre inscrito a nombre de un tercero en el Registro, no supone ningún problema en el momento de ejercitar la acción de división de cosa común.

Sin embargo, en la práctica esta cuestión ha generado algunos inconvenientes, surgiendo supuestos en los que esta circunstancia motiva a la desestimación de la acción de división, tal y como muestra la resolución de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 4º, en su Sentencia de 13 de febrero de 2020²³, que consideró que no podía ejercitarse la acción cuando la finca objeto

²² STS 993/2006

²³ SAP 53/2020

del litigio aún no había sido segregada de la finca originaria, estando además inscrita a nombre de un tercero.

3.1.2.2. *La divisibilidad de los bienes*

La forma en la que se efectúa el reparto de los bienes entre los copropietarios depende de la posibilidad de división de los mismos, pudiendo ser material o siendo necesario recurrir a la división económica, la cual puede consistir en la adjudicación del bien a uno de los copropietarios abonando al otro la parte del precio en función de las cuotas, o bien mediante la venta a un tercero o a través de subasta pública.

El artículo 404 del CC no determina de forma expresa ningún criterio para juzgar la indivisibilidad.

Los únicos límites lo encontramos en el artículo 401 del CC, que impide la capacidad de instar a los copropietarios la división de la cosa común, cuando de hacerlo, resulte inservible para el uso al que se destina, así como el establecido en el artículo 1062 del CC, que establece que el objeto sobre el que se pretende ejercitar la acción no debe “desmerecer mucho debido a la división”.

Todos ellos son criterios muy genéricos y simplemente valorativos, por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia para conocer cuáles son los supuestos en los que resulta procedente la división, y cuándo debe acudir a otras vías como la adjudicación a un copropietario o la venta del bien.

La jurisprudencia ha indicado que la determinación de la divisibilidad de los bienes debe basarse atendiendo a criterios económicos y sociales, antes que recurrir a los criterios físicos, ya que físicamente todo es divisible en último término (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1976²⁴).

El Tribunal Supremo ha señalado diversos factores que determinan la indivisibilidad de la cosa, tales como la disminución del valor, la no superación de la unidad mínima urbanística, así como consideraciones económicas y técnicas, sin que en ningún caso sea posible, cuando derivado de

²⁴ STS 299/1976

la división la cosa, sufra alteraciones o quede total o parcialmente inservible, o cuando haya de procederse a su derribo.

Tras analizar la numerosa jurisprudencia que aborda dicha temática, podemos llegar a concluir que, la posibilidad de división de la cosa común no es un hecho, sino que se trata de un concepto valorativo deducible de unos actos determinados, dependientes no solo de la indivisibilidad real o física, sino también de la indivisibilidad jurídica, la cual viene configurada cuando la división material de la cosa común la dejase inservible para el uso al que estuviese destinada (art 401 del CC), cuando la cosa sea indivisible esencialmente y los codueños no acuerden que se adjudiquen a uno de ellos, indemnizando a los demás (art. 1062 del CC), cuando la cosa común desmerezca mucho por la división, o cuando la división de la cosa origine unos gastos considerables para los partícipes (STS 11-6-76).

3.1.3. La liquidación a través del procedimiento regulado en los artículos 806 y ss. de la LEC

El título II del Libro IV de la LEC, regula la división judicial de patrimonios, en concreto su Capítulo II, centrado en el “procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”.

A tenor de lo dispuesto, es posible determinar que se trata de un proceso especial por razón de la materia, que conforme al artículo 248 de la LEC, tiene prioridad respecto de los procesos declarativos, ordinario o verbal, por razón de la cuantía.

En relación con esto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (pleno) de 21 de diciembre de 2015²⁵, que determina este procedimiento como un proceso declarativo especial regido por el principio de concentración y que permite dar solución de forma ordenada a las diferencias entre los cónyuges, logrando evitar litigios posteriores que pueden perjudicar el derecho a la tutela judicial de aquel que ocupa una posición de inferioridad respecto al otro cónyuge.

²⁵ STS 5470/2015

Ahora bien, la regulación de dicho procedimiento establecido en el artículo 806 de la LEC reza del siguiente modo "la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables".

Atendiendo pues, al rigor de esta disposición, para poder emplear este procedimiento es necesario la concurrencia de cuatro requisitos;

1. Preexistencia de un matrimonio
2. Ausencia de acuerdo de los cónyuges en la liquidación
3. Un régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos
4. Que esa concreta masa de bienes esté sujeta a atender determinadas cargas y obligaciones

No existe duda acerca del cumplimiento de los dos primeros requisitos en aquellos matrimonios regidos por el régimen de separación de bienes, no así en aquellos supuestos de las parejas de hecho, así como aquellos casos de liquidación de mutuo acuerdo por los cónyuges, en cuyo caso será suficiente con el otorgamiento de una escritura pública o la inclusión de la liquidación en el Convenio Regulator de la separación o el divorcio.

El problema surge, en el requisito que establece que el régimen económico, ya sea mediante capitulaciones matrimoniales o por disposición judicial, debe determinar la existencia de una masa común de bienes sujeta a determinadas cargas y obligaciones, siendo esta cuestión la que ha llevado a poner en duda si dicho procedimiento es de aplicación al régimen de separación de bienes.

Y es que, la doctrina y una jurisprudencia mayoritaria considera que el régimen de separación de bienes no puede liquidarse a través del procedimiento establecido en los arts 806 y ss. de la LEC por las siguientes razones:

En primer lugar, y pese a que dichos artículos mencionan que la normativa se aplicará a “la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial”, se considera que el legislador se está refiriendo a la sociedad de gananciales y al resto de regímenes económicos matrimoniales regulados en las legislaciones forales, y en los que existen comunidades de bienes que contemplan una masa común a liquidar, tal y como sucede en la comunidad de bienes del derecho catalán, el régimen de comunidad universal de derechos de Navarra, así como la comunidad foral de bienes del País Vasco.

En segundo lugar, el artículo 806 de nuestro Código, exige de forma expresa que exista “una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones” requisito que no tiene lugar en el régimen de separación, pues no existe una masa común de bienes, ya que cada cónyuge es propietario de su propio patrimonio y si existen bienes comunes, lo son en copropiedad, lo que no es equivalente a una masa común, tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 27 de Noviembre de 2014²⁶.

En tercer lugar, la sujeción de la masa común a cargas y obligaciones, solo se da en el artículo 1362 del CC para el régimen de gananciales, y no en el de separación de bienes para el cual, los artículos 1318 y 1348 del Código, fijan esa carga para los bienes de cada uno de los cónyuges y no para una hipotética masa común.

Tal y como determina la Sentencia anteriormente mencionada, «no existe, en puridad, una masa patrimonial incardinada en su integridad en una suerte de comunidad. La afección genérica de los bienes de los cónyuges al sostenimiento de las cargas del matrimonio no significa que los bienes privativos de los mismos conformen una masa patrimonial que haga precisa su liquidación, pues no transmuta su titularidad privativa.

De igual forma se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de Noviembre de 2011²⁷, que dispone del siguiente modo «Esta comunidad de tipo romano o por cuotas, no es la que se prevé en el artículo 806 de la LEC, reservado a la comunidad germánica, donde ambos

²⁶ SAP 27/2014

²⁷ AAP 324/2011

cónyuges son propietarios de una masa indiferenciada de bienes, sin posibilidad de ejercer un derecho de disposición sobre una cuota o respecto a bienes concretos o parte de ellos, algo propio del régimen de sociedad de gananciales al que la norma principalmente se destina. Por eso, cuando el artículo 807 de la LEC establece la competencia para conocer sobre el procedimiento de liquidación, se refiere al que se indica en el artículo 806 de la LEC, es decir, cuando el régimen económico matrimonial determina la existencia de una masa común de bienes y derechos, pero no cuando tal masa común no existe y cada cónyuge es propietario de los bienes adquiridos, supuesto donde la concurrencia de dominio sobre algunos de ellos, deberá decidirse a tenor de las normas sobre división de la cosa común prevista en el artículo 402 del CC, cuya competencia es ajena a las que se atribuye a los tribunales de familia»

Entre otras Sentencias que también mantienen el criterio de no aplicación del procedimiento previsto en los artículos 806 y ss. y en su lugar optan por la aplicación del proceso de división de la cosa común, derecho de todo copropietario regulado en el art 400 del CC encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 2º, de 28 de diciembre de 2018²⁸ «en un régimen de separación de bienes como el de litis, sin perjuicio de la obligación de los cónyuges de contribuir con sus bienes al levantamiento de las cargas familiares, dichos bienes son privativos y no forman una masa común sujeta a determinadas cargas y obligaciones. y cuando alguno de ellos es copropiedad de ambos cónyuges, dicha copropiedad es romana, ordinaria o por cuotas, de modo que su división debe realizarse, en caso de desacuerdo entre los propietarios, ejercitando el procedimiento ordinario que corresponda la *actio communi dividundo* prevista en del artículo 400 del CC»

Si es posible aplicar el procedimiento del art 806 de la LEC cuando, a través de capitulaciones matrimoniales, los cónyuges hubiesen destinado un conjunto de bienes y derechos, al margen de los privativos de cada uno de ellos, a satisfacer las necesidades y cargas derivadas del matrimonio. También resulta posible esta vía procesal en aquellos casos contemplados en el ya citado artículo 1439 CC.

²⁸ SAP 439/2018

Sin embargo, no encontramos unanimidad en la doctrina, ya que existen partidarios que defienden la idea de que, en el régimen de separación puede existir bienes y derechos que pertenezcan de forma conjunta a ambos cónyuges, tal y como dispone el artículo 1441 del CC, así como el deber de contribución en el sostenimiento de las cargas del matrimonio que dispone el Código con carácter general en el artículo 1328 del CC y de forma particular para este régimen en su artículo 1438 del CC, considerando el trabajo para la casa como forma de contribución a las cargas y su consiguiente derecho a la compensación, una vez extinguido el régimen de separación.

Esta consideración es ratificada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 11 de junio de 2019²⁹, cuyo fallo considera inadecuado el procedimiento de división de la cosa común para liquidar los bienes del matrimonio, manteniendo que el régimen contemplado en los artículos 806 y siguientes de la LEC, es común a la liquidación de todos los regímenes económico matrimoniales, sin exceptuar la separación de bienes ni las cargas derivadas del matrimonio celebrado en este régimen de aplicación de los artículos analizados, recalcando que dichos preceptos son claros, así como la jurisprudencia que los interpreta: «la liquidación de la masa común de bienes y derechos, sea cual sea el régimen económico matrimonial, deberá solicitarse en el mismo juzgado que haya conocido el divorcio, resultando indiferente que tengan en común inmuebles, cuentas corrientes, negocios y rendimientos derivados de estos»

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 6º, de 18 de Noviembre de 2015, reconoce que, pese a que el criterio predominante es no acudir al procedimiento de los arts 806 y ss. de la LEC, sostiene que «en la práctica se ha admitido la posibilidad de acudir a este procedimiento para proceder a la liquidación de los bienes adquiridos en comunidad por los cónyuges en el régimen de separación de bienes, al no ser este incompatible con la adquisición de bienes bajo comunidad ordinaria por cuotas, pero aún en este caso es necesario que exista una pluralidad de ellos que justifique acudir a dicho procedimiento». En este caso concreto, que dio lugar a dicha Sentencia, como existía un solo bien, la Audiencia concluyó que si los cónyuges no llegasen a un acuerdo sería necesario acudir al procedimiento de la *actio communi dividundo* del

²⁹ SAP 454/2019

artículo 400 del CC, y de esta forma hacer valer sus derechos, para lo cual es indudablemente necesaria la previa declaración en un procedimiento ordinario con dicho objeto»

En esta misma línea resuelve el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2015³⁰, que establece lo siguiente «el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico matrimonial, tras la disolución de éste, y es lo establecido en los artículos 806 a 811 de la LEC, y no el declarativo correspondiente a la cuantía»

Otra parte de la doctrina interpreta que el cauce procesal contemplado en los artículos 806 y posteriores de la LEC, queda constituido de forma legal sobre aquellos regímenes en los que existe un consorcio de bienes y obligaciones sujetos a determinadas cargas y obligaciones matrimoniales, siendo perfectamente compatible con el régimen de separación de bienes, siempre y cuando en las capitulaciones otorgadas se hubiese establecido, para hacer frente a las cargas familiares, un conjunto de bienes y derechos no vinculados a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, conclusión que puede extraerse de la resolución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres del 5 de febrero de 2014.

En lo relativo a la competencia para llevar a cabo la división de la cosa común, dicha Sentencia resuelve que «Corresponde al juez de primera instancia que por turno corresponda mientras que el procedimiento del artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento civil, corresponde al juez que haya conocido del procedimiento de separación o divorcio de acuerdo con el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

Es necesario precisar que, la publicación de la *Ley Orgánica 2/2022 del 21 de Marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género*, que entró en vigor el 23 de marzo del 2022, y que modifica el artículo 807 de la LEC, y cuya redacción actual reza del siguiente modo:

«Será competente para conocer el procedimiento de liquidación el juzgado de primera instancia o juzgado de violencia sobre la mujer que esté conociendo o haya conocido o hubiera tenido la

³⁰ STS 5470/2015

competencia para conocer del proceso de nulidad, o separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil»

La entrada en vigor de esta Ley Orgánica 2/2022 también ha modificado la redacción del artículo 808 de la LEC, que versa sobre la solicitud de inventario, y cuyo precepto establece que «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o sus herederos, podrá solicitar la formación de inventario»

El proceso de formación del inventario, regulado en el artículo 809 de la LEC, comienza tras la solicitud referida en el artículo anterior y en la que el Letrado de la Administración de Justicia determina el día y hora para que, en el plazo máximo de 10 días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges. En el día y hora señalados, procederá el Letrado junto a los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial del que se trate.

A tenor de lo dispuesto en este artículo, podemos considerar que esta parte del proceso es común en todos los transcurso liquidatarios de los regímenes matrimoniales vigentes.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.

En el mismo día o en el siguiente, se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

En el caso en el que, se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Letrado de la Administración de Justicia hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

Una vez admitida a trámite la liquidación a través del cauce procesal de los artículos 806 y SS de la LEC, y concluido el inventario, la legislación procesal regula la liquidación del régimen económico matrimonial mediante el artículo 810 de la LEC, precepto que también se ha visto modificado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2022 y cuya nueva redacción dispone que, una vez concluido el inventario y, en su caso, una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos, podrán solicitar la liquidación de éste.

La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluye 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.

Admitida a trámite la solicitud de liquidación, el Letrado de la Administración de Justicia señalará, dentro del plazo máximo de 10 días, el día y hora en que los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos deberán comparecer ante el mismo al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos, no comparezcan en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge o, de haber fallecido el heredero que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges o sus herederos, lleguen a un acuerdo, se consignará este en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de la LEC.

En el caso en el que no se lograra acuerdo entre los cónyuges o sus herederos sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de

contador, y en su caso peritos, conforme a lo establecido en el artículo 764 de la LEC, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes.

Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de 2 meses desde que fueron iniciadas y se contendrán en un escrito firmado por el contador en el que se expresará:

- La relación de los bienes que formen el caudal partible
- El avalúo de los comprendidos en esa relación
- La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Con posterioridad, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las partes de las operaciones divisorias concediendo un plazo de 10 días para que formulen oposición.

Durante este plazo, las partes podrán examinar en la oficina judicial, los autos y las operaciones divisorias y obtener a su costa, las copias que soliciten.

En caso de que, pasado ese plazo de 10 días, las partes no presentarán oposición o manifestarán su conformidad, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

En caso de que manifestasen su oposición, ésta habrá de formularse por escrito expresando los puntos de las operaciones divisorias a qué se refiere, así como las razones en las que se funda. Posteriormente el Letrado, convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el tribunal, que se celebrará dentro del plazo de los 10 días siguientes:

- Si en la comparecencia se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas, convenidas, que serán aprobadas por el Letrado mediante decreto.
- En el caso en el que no hubiere conformidad, el tribunal oirá a las partes, y admitirá las pruebas que propongan que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

La sentencia efectuada mediante este procedimiento se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 788 de la LEC, pero en ningún caso tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que estimen que les corresponde sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.

Conviene precisar, a tenor de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 787 de la LEC, que cuando, conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LEC, se hubieran suspendido las actuaciones por estar pendiente causa penal en que se investigue un delito de cohecho cometido en el avalúo de los bienes de la herencia, la suspensión se alzarán por el Letrado de la Administración de Justicia, sin esperar a que la causa finalice por resolución firme, en cuanto a los interesados prescindiendo del avalúo impugnado, presentar en otro hecho de común acuerdo, en cuyo caso se dictará sentencia con arreglo a lo que resulte de este.

Una vez aprobadas de forma definitiva las particiones, el Letrado entregará a cada uno de los interesados lo que en ellas les haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación tal y como dispone el artículo 788 de la LEC.

3.2. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL TRABAJO PARA LA CASA Y FAMILIA

La cuestión acerca de la necesidad de regular un procedimiento liquidatorio en el régimen de separación de bienes ha sido un tema muy discutido por la doctrina, ya que la finalidad última de la liquidación del régimen de gananciales es separar lo privativo de lo común, y dividir entre ambos cónyuges el activo y el pasivo de la sociedad³¹.

Sin embargo, en el régimen de separación, no existen bienes comunes sino en copropiedad, por lo que ambos conocen que parte es de su propiedad en el momento de la adquisición.

³¹ PÉREZ MARTÍN, A.J. “*La liquidación del régimen de separación de bienes*” Editorial Lexfamily, 2020, págs 16 y ss

No obstante, los procesos de separación o divorcio no resuelven las relaciones patrimoniales de los cónyuges casados en separación de bienes y continúan vigentes vínculos económicos que es preciso disolver.

Una primera necesidad de liquidar el régimen de separación de bienes y que regula las cargas del matrimonio en sede del régimen económico primario, que establece en su artículo 1318 del CC “los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuando uno de los cónyuges incumple su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras”.

Al mismo concepto hace referencia, ya en relación al régimen de separación de bienes en concreto, el artículo 1438 del CC, que determina que “los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”

A tenor de esta noción, podemos determinar que, llegado el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, será necesario revisar si los cónyuges han contribuido a las cargas en la forma en la que la ley lo establece o si en caso contrario, uno de ellos ha realizado una sobreaportación para atender a las obligaciones del matrimonio.

En palabras del ya mencionado RIBERA BLANES³², solo se procederá a la compensación en aquellos casos en los que exista un exceso en el trabajo para la casa, puesto que, si ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, y uno de ellos lo hace mediante el trabajo para la casa, ambos habrán contribuido en la medida de sus posibilidades y no hay cabida a la compensación.

³² RIBERA BLANES, MB. “*Del régimen de separación de bienes*”, en RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, Coordinadores, “*El Régimen económico del matrimonio*”, Dykinson, 2005, pags.817 ss

Desde esta perspectiva, es necesario distinguir, por un lado, la liquidación del régimen económico de separación de bienes, y por otro la liquidación de las relaciones económicas que hayan podido surgir entre los cónyuges.

Las operaciones básicas de liquidación del régimen económico consistirán en determinar si uno de los cónyuges contribuyó a las cargas del matrimonio en mayor medida que el otro, y en ese caso, proceder a la compensación, bien a través de una cantidad fijada si el exceso fue aportado de forma dineraria o a través de bienes de su propiedad, o bien a través de la compensación prevista en el artículo 1438 del CC, así como en los distintos ordenamientos autonómicos.

La Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dió lugar a una nueva redacción del artículo 1438 del CC: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes”.

La segunda parte del artículo plantea la situación en la que uno de los cónyuges carece de ingresos, y su contribución a las cargas del matrimonio será en especie, es decir mediante, la realización de las tareas del hogar, y cuya situación dará lugar a la posibilidad de obtener una compensación por el trabajo realizado, una vez que el régimen matrimonial desaparece.

Esta cuestión no está exenta de polémica, pues parece contradictorio que el cónyuge que contribuye con su trabajo a las cargas del matrimonio, pueda además, ser compensado por la realización de esa actividad.

Una interpretación literal de la norma nos llevaría a conceder la compensación a todo cónyuge que, estando casado en régimen de separación de bienes, se hubiera dedicado a las labores del hogar, si bien es cierto que, en la práctica, la situación es muy diferente.

3.2.1. Forma de contribución a las cargas del matrimonio

El artículo 1438 del CC no realiza una concreción respecto a la forma de contribución de cada uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio.

Ambos tienen libertad para decidir si esta contribución será llevada a cabo de forma conjunta e igualitaria entre ambos realizando las tareas en su totalidad, repartiendo entre ellos el tiempo y el esfuerzo que exija y de esta forma limitando o reduciendo ambos su posible dedicación horaria de formación y de proyección profesional.

De igual forma pueden elegir todas o algunas de las tareas reciban el apoyo de terceras personas con los gastos que esto supondría, o bien pueden optar porque sea uno de ellos el que asuma las obligaciones materiales del cuidado y educación de los hijos, así como el resto de atenciones a la familia, llegando incluso a abandonar su actividad laboral, su formación y proyección profesional, lo que supone en el otro cónyuge una liberación en gran medida de sus obligaciones domésticas, permitiéndole dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a aquellas actividades que el otro cónyuge ha renunciado, lo que supone un aumento de sus ingresos, siendo éstos de su propiedad exclusiva, situación que no ocurre en aquellos casos en los que el matrimonio estuviese casado en régimen de gananciales y en la que el patrimonio acumulado es común entre los esposos.

Para evitar esas situaciones de injusticia que se presentan para el cónyuge que se ha dedicado en exclusiva a la realización de las actividades domésticas, es de gran importancia la figura de la compensación establecida en el artículo 1438 CC.

3.2.2. Cuestiones procesales de la compensación del artículo 1438 del CC

3.2.2.1. Legitimación activa

No existe duda de que el cónyuge que ha realizado el trabajo para la casa es el principal legitimado para reclamar esta compensación. No obstante, cuando el legitimado fallece es posible cuestionarse si los herederos podrán ejercitar la acción siempre y cuando no haya prescrito.

Pues bien, al tratarse la acción de reclamación de la pensión compensatoria de un acto de carácter personalísimo, que el cónyuge puede ejercitar en el momento en el que se tramita el proceso de

divorcio y por tanto de carácter renunciable, en caso de fallecimiento sin haberse declarado el derecho, los herederos no tienen la facultad de reclamarla al cónyuge del causante.

3.2.2.2. Necesidad de solicitud por uno de los cónyuges y cuantificación

No existe duda de que la compensación solo puede llevarse a cabo cuando lo solicita el cónyuge beneficiado, procediendo a su cuantificación en el momento de la solicitud.

La Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 4º, en su Sentencia de 26 de mayo de 2009³³, desestimó la petición en base a que el solicitante infringió el mandato establecido en el artículo 209 de la LEC, que obliga a cuantificar el importe de lo reclamado, limitándose a pedir en la demanda que se declarase su derecho a obtener la compensación en la cuantía que el juez señalará, sin indicar cuáles eran las bases de las que debiera partirse para cuantificar esa supuesta deuda.

3.2.2.3. Carga de la prueba

El cónyuge que solicita la compensación es sobre quien recae la carga de acreditar que concurren las circunstancias o requisitos para su concesión.

En consecuencia, en la demanda principal el cónyuge deberá exponer primeramente y acreditar posteriormente en la fase de prueba, la concurrencia de los requisitos para su obtención.

Es necesario precisar que nos encontramos frente a una materia en la que no puede aplicarse la prueba de presunción, sino que es necesario probar el trabajo que se ha realizado para la casa y éste no puede ser deducido del hecho negativo de no haber trabajado fuera del hogar, tal y como señaló la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 10º, en su Sentencia de 14 de julio de 2005³⁴.

3.2.2.4. Plazo de solicitud de la compensación

Tal y como dispone el artículo 1438 del CC, la compensación deberá fijarse “a la extinción del régimen de separación” por lo que no es posible su reclamación con anterioridad”.

³³ SAP 201/2009

³⁴ SAP 461/2005

Como ya se ha precisado, no existe una normativa clara que enumere las causas de extinción del régimen de separación, simplemente podemos remitirnos al artículo 1436 del CC, en el que el legislador hace referencia a que “la demanda de separación de bienes y la Sentencia firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles”.

En la práctica, y tal como se ha indicado anteriormente, podemos determinar que el régimen de separación de bienes se extingue cuando se dicta sentencia de divorcio, nulidad matrimonial, fallecimiento de uno de los cónyuges u otorgamiento en capitulaciones matrimoniales pactando otro régimen matrimonial distinto.

3.2.2.5. Prescripción de la reclamación

Tal y como preceptúa el artículo 1438 del CC, la compensación, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges, deberá ser fijada por el Juez a la extinción del régimen de separación de bienes. Sin embargo, el artículo no establece ningún plazo de prescripción ni de caducidad para el ejercicio de la acción.

Para esclarecer este vacío normativo, la jurisprudencia ha determinado que la reclamación de la compensación deberá hacerse dentro de los 5 años siguientes a la extinción del régimen de separación de bienes, conforme al plazo señalado en el artículo 1964 del CC para la prescripción de las acciones que no tienen plazo especial.

En lo referente a la fecha exacta, deberá ser fijada en la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, en la fecha de fallecimiento de uno de los cónyuges o en su caso, en la fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 2º, de 19 de diciembre de 2012).

3.2.3. Requisitos para proceder a la compensación

1. Existencia de un régimen de separación de bienes y extinción del mismo.

Tal y como dispone el artículo 1438 del CC, la compensación únicamente tiene lugar cuando el matrimonio ha sido regido total o parcialmente por el régimen de separación de bienes y este ha sido extinguido, sin que en ningún caso sea posible su constitución cuando el régimen vigente es el de gananciales o el de participación.

En la práctica, podemos encontrar situaciones problemáticas como el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12º, en su Sentencia de 6 de mayo de 2019³⁵, en la que los dos cónyuges tenían nacionalidad marroquí habiendo contraído matrimonio en dicho país, donde se regula una absoluta separación de bienes, no siendo posible fijar la compensación al no poder aplicarse el Código Civil Español.

Otra cuestión controvertida es acerca de la existencia de régimen económico tras dictarse la sentencia de separación. Esta cuestión fue discutida en la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22º, en su Sentencia de 10 de mayo de 2002³⁶, que considera que tras la separación matrimonial ya no existe régimen económico matrimonial alguno entre los cónyuges y por tanto, si con posterioridad continúan conviviendo no puede surgir el derecho a la compensación del artículo 1438 del CC.

2. Dedicación exclusiva a la casa del cónyuge solicitante

Esta es una de las cuestiones que plantea más controversias ya que pueden suscitarse diversos escenarios.

En primer lugar, es conveniente delimitar el término “trabajo para la casa”.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 2º, en su Sentencia de 5 de enero de 2010³⁷, ha definido de forma imprecisa el término de compensación y su principal fundamento caracterizado por el «especial desempeño en el trabajo doméstico y una significativa labor asistencial en favor de toda la familia con exención de funciones para el otro cónyuge, con lo que ello supone desde el punto

³⁵ SAP 764/2019

³⁶ SAP 517/2002

³⁷ SAP 842/2009

de vista del sacrificio personal y material del primero y que da lugar a la pérdida de su promoción personal y profesional»

Otra cuestión relevante en el momento de delimitar el concepto de trabajo para la casa, es determinar la intensidad del mismo, ya que para considerar si procede la compensación, así como su cuantía, es necesario tener en cuenta factores como la presencia o no de hijos en el matrimonio y el número de éstos, así como sus edades, tanto de los hijos como de los cónyuges.

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sec. 2º, en la Sentencia de 27 de octubre de 2009, se alegó que en el momento en el que se pactó el régimen de separación de bienes, los hijos ya estaban próximos a cumplir la mayoría de edad y a independizarse, pero no se consideró que la mayoría de edad fuese motivo para no fijar la compensación aunque sí para reducir su cuantía.

Otra Sentencia en la que se resalta la importancia de la intensidad en el trabajo para la casa es la resuelta por la Audiencia Provincial de Toledo, Sec. 2º, de 19 de septiembre de 2018, y en la que la cuantía de la compensación se vio reducida a la mitad de la cantidad que se solicitaba, a partir del momento en el que los hijos que tenía el matrimonio, comenzaron la edad escolar, permitiendo más independencia y una reducción de la carga del cónyuge que se dedica a las labores domésticas, haciéndolo compatible con la realización de otras actividades fuera del hogar familiar.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1438 del CC, ha establecido un criterio restrictivo para la concesión de la compensación, dado que exige exclusividad en el trabajo para la casa, sin que proceda la misma, cuando ese trabajo se ha compatibilizado con un otro tipo de actividades remuneradas externas, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena.

Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre de 2019³⁸, «Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las cargas se lleve a efecto por ambos

³⁸ STS 657/2019

cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no implica la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes». «Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma».

La jurisprudencia afirma, así, que «el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen» tal y como se declara el Tribunal a través de esta sentencia, que impone un criterio seguido por numerosas resoluciones posteriores de Audiencias Provinciales, entre las que podemos citar la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22º, de 14 de octubre de 2016, y en la que «se deniega la concesión de la compensación por no cumplirse los requisitos del artículo 1438 del CC, pues no ha existido una dedicación exclusiva de la esposa a las tareas del hogar para las que ha contado con ayuda doméstica ya que durante la convivencia matrimonial ha venido desarrollando una amplia actividad laboral remunerada en los negocios del esposo o de su familia»

Otra cuestión polémica en los casos de concesión de la compensación, se presenta en aquellas situaciones en las que el cónyuge compatibiliza el trabajo para la casa con un trabajo fuera de ella. Cuando se dan estas situaciones, la jurisprudencia ha establecido una serie de criterios interpretativos del artículo 1438 CC:

- El primero de ellos, establece que la compensación prevista en este precepto requiere que la dedicación al trabajo doméstico de aquel que se beneficia de ella, debe ser exclusiva, es decir, que no lo haya compatibilizado con un trabajo retribuido fuera de casa, aunque no sea a jornada completa, pero no se exige que sea “excluyente”, es decir, que lo haya realizado materialmente, por sí solo, sin el auxilio de terceros (por ejemplo, servicio doméstico) o sin la colaboración ocasional del otro cónyuge.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 26 de marzo de 2012³⁹, fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 del CC resolviendo la cuestión del siguiente modo «se exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente (‘solo con el trabajo realizado para la casa’), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento».

Otro aspecto relevante en la esfera de actuación del derecho a percibir compensación, es el tema de la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares en condiciones laborales precarias, compatibilizada con el trabajo para la casa, y que en principio, no excluye el derecho a obtener la compensación.

En este sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 26 de abril de 2017⁴⁰, que introdujo un criterio correctivo en la interpretación del art. 1438 CC, para «atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia». En el caso enjuiciado, la mujer había trabajado en la casa y, además, en el negocio familiar, con un salario moderado y con un contrato como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. El Tribunal Supremo fija como doctrina que «la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el art. 1438 de CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar».

³⁹ STS 199/2012

⁴⁰ STS 252/2017

Otra consideración seguida por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, es el sostenimiento de la idea de que, lo que se pretende compensar es el trabajo doméstico de uno de los cónyuges, sin que sea requisito indispensable que se haya producido un incremento del patrimonio del otro cónyuge en consecuencia de éste desempeño.

Este enfoque ha sido fijado a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011⁴¹, que revocando la sentencia recurrida, la cual había negado la compensación solicitada por la mujer, por no considerar probado que la dedicación exclusiva de ésta a la casa, hubiese producido un enriquecimiento o incremento patrimonial del marido, y cuyo fallo afirma lo siguiente: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

3.3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 CÓDIGO CIVIL Y LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.

La pensión compensatoria por desequilibrio dispuesta en el artículo 97 del CC y la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, dispuesta en el artículo 1438 del CC, son dos términos muy relacionados entre sí, y tal y como dispone reiterada doctrina jurisprudencial, ambos conceptos son compatibles, al diferenciarse, tanto en sus presupuestos, como en sus respectivas finalidades, tal y como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017, según la cual, «Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la dedicación pasada y futura a la familia», a lo que añade, «la compensación del art. 1438 del CC tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de

⁴¹ En un mismo término han resuelto otras Sentencias posteriores, tales como STS 16/2014, de 31 de enero; STS núm. 300/2016, de 5 de mayo; STS núm. 185/2017, de 14 de marzo; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre

los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares».

Podemos determinar, por tanto, que la finalidad de la pensión compensatoria es reparar el desequilibrio económico, derivado del perjuicio sufrido por un cónyuge al perder oportunidades y expectativas laborales y profesionales, como consecuencia de su dedicación exclusiva pasada, presente y futura a la familia.

En contraposición, la compensación a la que se refiere el artículo 1438 del CC, que solo es posible su concesión cuando se produce la liquidación del régimen de separación de bienes, tiene como objetivo último reparar de forma directa el valor de la dedicación pasada de uno de los cónyuges a la familia, entendiendo ésta como una modalidad de contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.

Desde esta perspectiva, y a diferencia de lo que ocurre con la pensión compensatoria, solo tiene en cuenta la dedicación pasada y no la presente ni futura, así como tampoco resulta compatible con la realización de otras actividades que conlleven a la remuneración para el cónyuge acreedor de la compensación.

Pese a las evidentes diferencias, existe una clara relación entre la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico, derivada de la «dedicación pasada a la familia», que pese a no ser lo que se indemniza de forma directa mediante la compensación del artículo 97 del CC, es utilizada como criterio para su cuantificación, por lo que de forma inevitable, el cálculo de una afecta en la determinación de la cuantía de la otra.

Sobre esta cuestión, resuelve el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 diciembre de 2019, y en la cual, se estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el marido, quien no negaba que concurrían los requisitos para conceder la compensación a su exmujer por el trabajo doméstico realizado durante la vigencia del matrimonio, pero discrepaba en la cuantía, ya que en su cuantificación, se había tenido en cuenta la pérdida de expectativas laborales, que no se debía resarcir por vía del art. 1438 CC, sino, a través del art. 97 CC (lo que, ya hacía la sentencia

recurrida), pues se trata de un elemento integrante del desequilibrio económico que se compensa mediante este último precepto.

Es necesario precisar, que no es posible valorar la dedicación pasada a la familia para fijar la compensación del artículo 1438 del CC y para establecer la cuantía.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 30 de junio de 2010, que indica que «Esa dedicación a los hijos ya se ha valorado como elemento de determinación de la pensión compensatoria, pues aún cuando se trata de dos conceptos diferentes, la pensión compensatoria y la indemnización compensatoria, es cierto que la dedicación a los hijos no puede valorarse por duplicado; una vez como pensión compensatoria y otra como contribución a las cargas»

3.4. CONTRIBUCIÓN DE CADA CÓNYUGE A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO. CUANTIFICACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO.

El artículo 1438 del CC indica que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio, permitiéndoles decidir la forma y proporción en la que cada uno debe contribuir a dichas tareas, pero nada se especifica acerca de la cuantía exacta de dicha compensación por el trabajo realizado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la cuantificación de la compensación, considerando que no es posible fijar doctrina jurisprudencial unificadora respecto a la forma de cuantificar la compensación del artículo 1438 del CC, dado el evidente margen de discrecionalidad que existe en el momento de valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación.

No obstante, de todas las sentencias citadas podemos extraer importantes conclusiones en relación con los distintos métodos de cuantificación que son empleados por la jurisprudencia, en función a la casuística que se presente:

1. Pacto de cuantificación de la compensación

Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011⁴², los cónyuges, al pactar el régimen de separación, pueden también fijar la cuantía de la compensación, si bien es cierto que no es muy frecuente la existencia de pactos de este tipo en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

2. Salario mínimo interprofesional

Se trata de un criterio objetivo para fijar la cuantía de la compensación y de gran utilidad para aquellos supuestos que no presentan gran complejidad, aunque si bien es cierto, no está exento de críticas.

Indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2015⁴³, que una de las opciones posibles para cuantificar la compensación, es la igualarla al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio gracias a la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar.

Se trata de un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en determinados casos pueda resultar insuficiente, ya que se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado.

Además, parte de la doctrina ha precisado que, aplicar el salario mínimo interprofesional, minusvalora la importante contribución que para la familia representa la atención personal y el relevante sacrificio que puede llevar en el ámbito matrimonial la dedicación de uno de los cónyuges.

3. Importe del coste de la realización de los trabajos de la casa por una tercera persona

⁴² STS 534/2011

⁴³ STS 200/2015

En la anteriormente citada Sentencia de 14 de julio de 2011, el Tribunal Supremo, aplicó este sistema «El Tribunal señala una cantidad a la que se ha llegado después de aplicar los criterios que se reproducen: en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar»

Ahora bien, la aplicación de este criterio exige algunas precisiones, ya que determinar el precio que supondría contratar un tercero para realizar los trabajos para la casa, requiere concretar cuántos días y horas por semana serán necesarios para el desempeño de dichas tareas.

Respecto a esto, no existe un criterio unánime en las Sentencias de Juzgados y Tribunales, por lo que existe una gran variedad de resoluciones.

4. Salarios a los que renuncia el cónyuge que solicita la compensación

Este criterio se aplica en aquellos casos en los que el cónyuge que solicita la compensación, renunció a trabajar para dedicarse a la casa y a los hijos.

Algunos ejemplos de empleo de este método de cuantificación, los encontramos en la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 24º, de 24 de mayo de 2018, Sentencia del TS del 11 de diciembre de 2019 entre otras.

5. Incremento patrimonial del cónyuge frente al que se solicita la compensación

El criterio de compensación en función al incremento patrimonial, no resulta muy conveniente ya que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no considera necesario la existencia de un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor para lograr la compensación.

Y es que, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2019, «para cuantificar el importe de la compensación económica es necesario tener en cuenta que las partes se casaron bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes libremente pactado entre ellos y al amparo de la autonomía de su voluntad y no bajo un régimen de participación,

del que naciera a favor de la esposa un derecho de participación en las ganancias obtenidas por su marido hasta la extinción de dicho matrimonio»

Por tanto, podemos entender que la compensación, no puede realizarse como si estuviese vigente entre los cónyuges el régimen de participación, tal y como se estaría tratando el hecho si la compensación se establece en un porcentaje del incremento patrimonial del que haya podido beneficiarse el cónyuge deudor.

4. CONCLUSIONES

Pese a la idea generalizada de que el régimen de separación de bienes no presenta demasiados problemas en su regulación, ni durante la vigencia del matrimonio, ni tampoco tras la extinción del mismo, con la consiguiente iniciación del procedimiento de liquidación, a lo largo de todo el trabajo, se ha podido detectar y analizar la existencia de numerosas cuestiones, que generan conflictos e incertidumbre a la hora de aplicar la legislación, tanto civil como procesal, que acompañan al ejercicio de las actividades y acciones habituales de un matrimonio regido bajo un sistema de separación de bienes, y que dan lugar a diversidad de opiniones y cierta controversia, tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia, derivadas de la numerosa casuística y posibilidades de interpretación.

Estas cuestiones conflictivas tienen lugar durante la vigencia del matrimonio, pese a la existencia de patrimonios privativos e independientes de los cónyuges, que surgen principalmente a consecuencia de situaciones de incertidumbre acerca de la titularidad de determinados bienes, para lo que se plantean las presunciones de titularidad recogidas en la legislación civil, así como otras cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial por deudas de los cónyuges, teniendo lugar situaciones en las que no se aplica la regla general que establece que cada cónyuge responderá de forma exclusiva e independiente de las obligaciones contraídas por él mismo.

Otra cuestión que genera cierta dificultad en su regulación, es la derivada de la responsabilidad patrimonial de los cónyuges en lo referente a la contribución a las cargas del matrimonio, al tratarse de obligaciones que deben ser sufragadas por ambos en proporción a su capacidad económica, salvo pacto en contrario, situación que da lugar a numerosos conflictos de validez y de aplicación.

Otro origen de incertidumbre y polémica, es la que tiene lugar como consecuencia de la extinción del matrimonio, con independencia de la causa, y que inicia el proceso de liquidación, ya que, tras la convivencia, y de forma inevitable, han tenido lugar intromisiones entre los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, así como la adquisición de bienes en común, y tras la separación o divorcio, será necesario dividir y atribuir según les corresponda su dominio.

Pese a que en ocasiones, el proceso de liquidación, se lleva a cabo de forma consensual entre ambos cónyuges, esto no es habitual, y en la mayoría de casos, es necesario recurrir al proceso declarativo de acción de división de la cosa común, o bien al procedimiento previsto en la legislación civil regulado en los artículos 806 y siguientes de la LEC, y que en puridad, fue creado para regir sobre los casos de liquidación del régimen económico de gananciales, en los que existe una masa común de bienes constituida por los patrimonios de ambos cónyuges, por lo que su empleo en el régimen de separación, no es aceptado por una gran parte de la doctrina.

Para concluir, la última parte del trabajo versa sobre una de las cuestiones que más conflictos genera una vez que tiene lugar la disolución del régimen económico de separación, y es el relativo a la concesión de la compensación por el trabajo doméstico previsto en el artículo 1438 del CC, y cuya finalidad principal es la de evitar situaciones de injusticia y desamparo en aquellos casos en los que, uno de los cónyuges ha contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio mediante su propio trabajo, renunciando a su proyección laboral, y sin percibir ingresos, ni tampoco ejercer ninguna otra actividad remunerada.

Tal y como se ha analizado en el presente trabajo, son numerosas las resoluciones de los órganos jurisprudenciales que abordan estos asuntos, y en las que determinan, no solo si se cumplen las condiciones para su concesión, sino también su cuantía y compatibilidad con otras figuras del derecho, como la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del CC.

5. BIBLIOGRAFÍA

AMUNATEGUI RODRIGUEZ, AA.VV. “*La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*”, Dynkinson, Madrid, 2009.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “*Comentarios al Código Civil.*” Tomo VII. Tirant lo Blanch, Madrid, 2013

DELGADO ECHEVARRÍA, J. “*El régimen de separación de bienes en Cataluña*”, Madrid, Tecnos, 1974.

DOMINGUEZ LUELMO, A. “*Comentarios al Código Civil*”. Lex Nova, Valladolid, 2010.

DIEZ -PICAZO, y GULLON BALLESTEROS, “*Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia y Sucesiones*”, Séptima edición, Tecnos, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil (Vol. IV, T. I). Derecho de Familia*. Madrid: Tecnos, 2012.

GUILARTE GUTIERREZ, V. “*La regla de la indivisión en el régimen de separación de bienes (art. 1441 CC) y su alteración convencional*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo- abril 1984.

LACRUZ BERDEJO, J. L. “*Derecho de familia. El matrimonio y su economía*”. Barcelona: Ed. Bosch, 1963.

MARÍN VELARDE, Ma. A., “*El régimen de separación de bienes y liquidación del régimen económico matrimonial*”, en Los 25 temas más relevantes en la vida práctica del Derecho de Familia, Coord. F. LLEDÓ YAGUE, Vol. I: Parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. “*Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*”. Madrid: Colex, 2013 (4ª ed.).

MUÑIZ ESPADA, E. “*El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario*”. Revista Jurídica del Notariado, 2002, núm. 44.

PÉREZ MARTÍN, A.J. “*La liquidación del régimen de separación de bienes*” Editorial Lexfamily, 2020.

REBOLLEDO VARELA, Á. L. “*Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*”. Madrid: Montecorvo, 1983.

RIBERA BLANES, “*Del régimen de separación de bienes*”, en RAMS ALBESA, y MORENO MARTINEZ, Coordinadores, “*El Régimen económico del matrimonio*”, Dykinson, 2005.

JURISPRUDENCIA

Las sentencias han sido extraídas de:

- CENDOJ (Centro de documentación judicial)
- Base de datos Legal Aranzadi Digital

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1976

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997

Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de abril de 1997

Sentencia del Tribunal Supremo 19 de julio de 2002

Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de mayo de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011

Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 26 de marzo de 2012

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015

Sentencia del Tribunal Supremo (pleno) de 21 de diciembre de 2015

Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de 26 de abril de 2017

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre de 2019

Sentencia del Tribunal Supremo Sec. 1º, de 4 de febrero de 2021

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22º, de 10 de mayo de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sec. 1º, de 5 de febrero de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sec. 2º, de 22 de febrero de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 10º, de 14 de julio de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sec. 2º, de 18 de abril de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 16º, de 4 de abril de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 4º, de 26 de mayo de 2009

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sec. 2º, de 27 de octubre de 2009

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 2º, de 5 de enero de 2010

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de noviembre de 2011

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 2º, de 19 de diciembre de 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 4º, de 21 de febrero de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres del 5 de febrero de 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 27 de noviembre de 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 3º, de 19 de junio de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 6º, de 18 de noviembre de 2015

Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sec. 1º, de 20 de febrero de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 17º, de 24 de abril de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sec. 2º, de 19 de septiembre de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 2º, de 28 de diciembre de 2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12º, de 6 de mayo de 2019

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 11 de junio de 2019

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sec. 4º, de 13 de febrero de 2020