



FACULTADE DE RELACIÓNS LABORAIS

TRABALLO DE FIN DE GRAO

GRAO EN RELACIÓNS LABORAIS E RECURSOS HUMANOS

Os réximes económicos matrimoniais no Dereito común

Alumna: Natalia Llácer Baladrón

Titora: Margarita Cristina Herrero Oviedo

Santiago de Compostela

Ano académico 2018/2019 - Oportunidade de
XULLO

TRABALLO DE FIN DE GRAO

GRAO EN RELACIÓNS LABORAIS E RECURSOS HUMANOS
POLA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Os réximes económicos matrimoniais no Dereito Común

Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho común

Matrimonial property regimes in Common Law

Autora: Natalia Llácer Baladrón



Titora: Margarita Cristina Herrero Oviedo

Santiago de Compostela

Ano académico 2018/2019 - Oportunidade de XULLO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
I. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES.....	8
1. CONCEPTO	8
2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: CONCEPTO.....	9
2.1. CAPACIDAD PARA OTORGAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES....	10
a) Menores no emancipados.....	10
b) Incapacitados	11
3. RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO.....	11
3.1. SUJECIÓN DE LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES AL LEVANTAMIENTO DE CARGAS.....	12
3.2. LITISEXPENSAS	13
3.3. DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: CONSENTIMIENTO.....	14
3.4. ATRIBUCIÓN DEL AJUAR DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.....	14
3.5. PROPIEDAD DE LOS BIENES	15
II. RÉGIMEN DE GANANCIALES	16
1. NATURALEZA JURÍDICA.....	16
2. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: CLASIFICACIÓN PATRIMONIAL	17
a) Bienes privativos.....	17
b) Bienes gananciales.....	18
3. SUPUESTOS ESPECIALES DE CALIFICACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES	19
4. REGLA GENERAL: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD.....	20
5. CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	21
a) Gastos a cargo de la sociedad	22
b) Responsabilidad de los bienes gananciales.....	25
III. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES	33
1. NATURALEZA JURÍDICA.....	34
2. SEPARACIÓN DE BIENES: CLASIFICACIÓN PATRIMONIAL	35
a) Las cargas del matrimonio: deber de sostenimiento	35

b) Gestión de bienes o intereses del otro cónyuge	37
IV. RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN	39
1. NATURALEZA JURÍDICA.....	40
2. NORMAS DE LIQUIDACIÓN.....	40
a) Patrimonio inicial.....	41
b) Patrimonio final.....	42
c) Cálculo del derecho de crédito.....	43
CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	49

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Cc	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Pág.	Página
Art.	Artículo
STS	Sentencia Tribunal Supremo
Op.cit.	Opus citi
SS	Siguientes

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar las distintas fórmulas jurídicas existentes dentro del derecho nacional en relación con los regímenes económicos matrimoniales e investigar acerca de la visión jurisprudencial existente al respecto. Se busca concluir si la legislación vigente se adapta a la nueva estructura social, al valor cambiante que tiene el matrimonio en las nuevas generaciones y a la aparición de las parejas mixtas.

La regulación del régimen económico matrimonial es heterogénea en nuestro territorio, por un lado, nos encontramos con lo que podemos denominar Derecho Civil Común, donde ubicamos el Código Civil, y, por otro lado, nos encontramos con el Derecho foral desarrollado por ciertas Comunidades Autónomas. En el presente estudio, centraremos nuestra atención en el Derecho Civil Común, sin olvidar, en ningún momento aquellas regulaciones anejas a éste.

Desde la promulgación del Código Civil en 1889, el Derecho de familia ha sufrido diversas modificaciones consecuencia de la aparición de nuevos textos legislativos en materia de igualdad y libertad de la persona dentro de esta rama. Para el tema que nos atañe, son de vital importancia: Ley 14/1975 de 2 de mayo, Ley 11/1981 de 13 de mayo, Ley 13/2005 de 1 de julio y Ley 15/2015 de 2 de julio.

En definitiva, el trabajo trata de aportar a través de una visión teórica si el sistema permite a las personas contrayentes pactar el régimen económico más favorable o, por el contrario, la fórmula planteada por el Código perjudica a las partes cuando éstas son desconocedoras de las diversas opciones por las que pueden decantarse.

ABSTRACT

The purpose of this academic work is to study the different legal formulas existing within national law according to matrimonial property regimes and to investigate the existing jurisprudential vision. The aim is to conclude if the current legislation is adapted to the new social structure, to the changing value of marriage in the new generations and to the appearance of mixed couples.

The regulation of the matrimonial economic regime is heterogeneous in our territory, on one hand, we find what we can call Common Civil Law, where we place the Civil Code, and, on the other hand, we find the Regional Law developed by certain Autonomous Communities. In the current study, we will focus our attention on the Common Civil Law, without forgetting, anyway, those regulations attached to it.

Since the enactment of the Civil Code in 1889, family law has suffered several modifications as a result of the appearance of new legislative texts according to equality

and freedom of the person within this branch. For the issue that concerns us, they are of vital importance: Law 14/1975 of May 2, Law 11/1981 of May 13, Law 13/2005 of July 1 and Law 15/2015 of July 2.

Therefore, the work tries to contribute through a theoretical vision if the system allows the contracting parties to agree the most favorable economic regime or, on the contrary, the formula proposed by the Code harms the parties when they are unfamiliar with the various options by which they can opt.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio da lugar al nacimiento de relaciones entre los contrayentes que no tienen su origen en el parentesco. Derivada de la unión se generan una serie de relaciones patrimoniales y personales que el legislador considera necesario regular, desde que tiene vigencia la unión. De este modo, recoge en el Código los distintos regímenes matrimoniales a los que podrán acogerse los cónyuges con motivo de la celebración del matrimonio.

En la actualidad el concepto de “familia” está sufriendo grandes modificaciones, pues ya no la forman solo personas de distinto sexo o casadas, a pesar de ello en el ámbito del Derecho común, solo se encontrarán bajo el amplio velo protector aquellas parejas que opten por unirse en matrimonio. Es posible que la legislación nacional se esté quedando atrás en materia de protección de la familia al no otorgar los mismos derechos y obligaciones a aquellos que hayan decidido crear una comunidad de vida e intereses sin realizar el “contrato” matrimonial.

Por todo ello y como nos limitamos al análisis del Derecho común, nos centraremos en la institución matrimonial.

En todo momento es necesario que los cónyuges sean conscientes de que las normas que regulan su “vida económica” serán diferentes en función de su localización territorial dentro del país e incluso que, en el supuesto de que decidieren no pactar capitulaciones matrimoniales, el régimen legal supletorio de primer grado no será en mismo para todo el territorio. Así pues, aquellos que optan por contraer matrimonio en Cataluña, Comunidad Valenciana o Islas Baleares sin otorgar capitulaciones se hallarán sometidos al régimen de separación de bienes, lo que puede tener su justificación en el hecho de ser territorios con cierto poder económico y actividad empresarial donde las mujeres tienen una actividad profesional fuera del hogar. En cambio, aquellos que opten por contraer matrimonio en Galicia, País Vasco o los restantes territorios del país¹ sin pactar capitulaciones, se encontrarán sujetos al régimen de gananciales.

Este trabajo nace con el objeto de analizar, en primer lugar, la estructura del Código Civil y las distintas posiciones doctrinales respecto a una regulación que no afecta sólo a los contrayentes sino también a los descendientes de éstos que forman parte de esa “familia”, en segundo lugar, conocer las ventajas e inconvenientes que generan cada

¹ A excepción de Navarra ya que, en este territorio foral, el régimen supletorio será el de “Conquistas”.

uno de los regímenes económicos matrimoniales y, por último, descubrir las causas que motivan el hecho que uno de los regímenes sea mucho más utilizado que los restantes.

I. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. CONCEPTO

La formalización del matrimonio hace necesario un conjunto de normas reguladoras que atañen tanto a la esfera personal como a la esfera patrimonial de los individuos contrayentes. Es esta última en la que centraremos nuestra atención, ya que es sabido que el matrimonio produce una serie de efectos económicos y patrimoniales en las personas físicas que lo contraen, naciendo como consecuencia de los mismos la regulación de los regímenes económicos matrimoniales. De forma que, el régimen económico matrimonial puede definirse como aquel que regula las relaciones económicas nacidas o existentes, no solo entre los cónyuges, sino también con terceros tras contraer matrimonio.

El régimen económico matrimonial se encuentra regulado en el Título III del Libro IV del Código Civil donde se recogen diversas fórmulas a las cuales los contrayentes podrán acogerse, éstas se clasifican atendiendo al modo de organizar y distribuir la titularidad sobre las masas patrimoniales². De este modo, podrán organizarse siguiendo un sistema donde la masa de bienes es común a ambos cónyuges, conservando como privativos aquellos bienes generados con anterioridad al matrimonio; o siguiendo un sistema a través del cual la masa patrimonial de cada cónyuge se encuentra separada. Entre estos dos modelos coexisten otros donde la distribución de titularidad de los bienes no es tan extrema.

El matrimonio se regirá por el régimen económico que decidan adoptar los contrayentes, pero, en defecto de pacto o cuando el mismo sea considerado nulo, nuestro ordenamiento jurídico determina que el matrimonio se regirá por el régimen de gananciales³, siempre y cuando el matrimonio se rija por el Código Civil, pues en el caso de que se hallase sujeto al derecho civil de aquellas comunidades autónomas que cuentan con un derecho foral propio, como es el caso de la Comunidad Autónoma en la que nos encontramos, se verán sujetos a lo que en ese Derecho Civil se regule; en nuestro caso, el Derecho Civil de Galicia en su art. 171 recoge "*En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales.*", en cambio, si acudimos al Derecho Civil de Cataluña, su Código Civil contempla en el art. 231-10 apartado 2 "*Si no existe pacto o si los capítulos matrimoniales son ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes.*". Por este motivo en el Código Civil, el

² Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil Volumen IV/1*, Anaya, Madrid, 2012, pág.133.

³ Art. 1.316 CC "*A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.*"

régimen de gananciales recibe la denominación de régimen supletorio legal de primer grado. Puede ocurrir también, que los contrayentes no hayan fijado un régimen concreto, pero sí excluyan el régimen de gananciales, en este caso, se establece que el matrimonio se regirá por la separación de bienes, de ahí que se califique a este régimen como supletorio de segundo grado. No hay más supletorios, de forma que, si los interesados quisieran excluir ambos, han de pactar necesariamente otro⁴. En la actualidad, a lo largo de la vida del matrimonio existe la posibilidad de modificar el régimen que rige el matrimonio⁵, pero esto no extinguirá las obligaciones contraídas con terceros con anterioridad a la modificación ni podrá redundar en un perjuicio para los mismos. El régimen económico se estipula a través de las capitulaciones matrimoniales. En el momento en que se produce el cese del matrimonio, lo hace consigo el régimen económico⁶.

2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: CONCEPTO

Se definen como el pacto⁷ a través del cual se fija o estipula el régimen económico matrimonial, pero no sólo esto, sino que en este documento también se pueden incluir otros contenidos, así, el reconocimiento del hijo no matrimonial, una donación por razón del matrimonio, las mejoras hereditarias etc. Su forma de otorgamiento será a través de escritura pública ante notario. Podrán otorgarse antes o después del matrimonio, y también cabe la posibilidad de modificarlas.

En nuestro ordenamiento se regula la libertad de pacto de las capitulaciones matrimoniales, existiendo como únicos límites la ley, la costumbre o la limitación de los

⁴ ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil IV derecho de familia*, Edisofer S.L., Madrid, 2008, pág.128.

⁵ Esta posibilidad de modificación del régimen económico vigente el matrimonio se permitió con la reforma del Código Civil por la Ley de 11/1981, de 13 de mayo.

⁶ Arts. 95, 1392 y 1415 CC

⁷ Existe una vertiente doctrinal que considera la capitulación matrimonial como una forma de contratar, es el caso de RAGEL SÁNCHEZ (*Estudio Legislativo y jurisprudencial de derecho civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 257 y ss) quien opina que tienen una naturaleza contractual, de ahí que la capacidad para otorgarlas sea la misma que la exigida para contratar válidamente.

Desde mi punto de vista, el acto de capitular no debe entenderse enmarcado dentro del art.1254 CC donde se considera que existe “*contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar servicios*” por tanto, el contrato produce el nacimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, es por ello que se entiende que tiene una función económico-social. Creo que no encontramos esta causa en el pacto capitular, puesto que las partes que lo pactan no buscan una contraprestación. Por ello no comparto la tesis mantenida por RAGEL SÁNCHEZ y otros autores; podríamos *in extremis* catalogar el matrimonio como un contrato personalísimo pero el acto capitular en sí mismo, no debe considerarse como tal, ya que, si calificamos al matrimonio como un contrato, la capitulación matrimonial sería aquel pacto que modifica los efectos normales de la relación principal, pues, en el caso de que el matrimonio decidiera no pactar capitulaciones matrimoniales se regirían por lo dispuesto en la ley.

derechos de una de las partes; en el caso de que se incluyesen pactos contrarios a estos límites se considerarán nulos de pleno derecho, siendo eficaces el resto de las cláusulas de la capitulación, aplicándose de este modo la regla de la nulidad parcial del contrato.

2.1. CAPACIDAD PARA OTORGAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Como regla general, la capacidad para concertar capitulaciones matrimoniales, la ostenta todo aquel que tiene capacidad para contraer matrimonio. En cambio, el Código Civil establece dos excepciones a esta regla general que se recogen en los arts. 1.329 CC y 1.330 CC, donde se repara en la situación de los menores no emancipados y de los incapacitados judicialmente, puesto que pueden tener capacidad para contraer matrimonio, pero no pueden capitular válidamente sin el consentimiento de su tutor legal ya que no ostentan capacidad contractual plena⁸.

a) Menores no emancipados

El art. 1.329 CC dispone que *“El menor emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación”*.

El menor no emancipado podrá casarse cumplidos los dieciséis años⁹. Se sabe que el matrimonio tiene como efecto la emancipación del menor, es por ello que el art. 1.329 CC se centra en las capitulaciones matrimoniales que el menor no emancipado otorga con anterioridad a la celebración del matrimonio ya que carece de capacidad de obrar para la celebración del pacto.

Es en este punto donde se produce un contrasentido; por un lado, el art. 1.325 CC nos dice que, contraído el matrimonio, podrán realizarse las modificaciones o sustituciones de las capitulaciones matrimoniales que los cónyuges consideren oportunas sin hacer ningún tipo de distinción. Pero, por otro lado, según el art. 323 CC los menores emancipados que quieran tomar dinero o préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales de extraordinario valor, precisan de la

⁸ Art. 1.263 CC.: *“No pueden prestar consentimiento: 1º. Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2º. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”*

⁹ Con la entrada en vigor el 23 de julio de 2015, de la Ley de Jurisdicción voluntaria, se modifica el mínimo de edad para poder casarse a dieciséis años, desapareciendo de esta forma, la posibilidad de que el menor no emancipado contrajese matrimonio cumplidos los catorce años cuando hubiese obtenido la dispensa judicial, como se contemplaba en el art.48.2 CC.

asistencia de los padres o curadores, por lo que, para liquidar o novar el régimen, será precisa la asistencia de los padres o tutores¹⁰. De forma que, lo regulado en el art. 323 CC, en el caso de menores emancipados como consecuencia de la contracción del matrimonio, prima sobre la libertad de modificación de pactos recogida en el art. 1325 CC.

Por tanto, debe puntualizarse que, no solo no tienen capacidad para capitular los menores no emancipados, sino que tampoco la tienen los menores emancipados que hayan contraído matrimonio. De este modo, los menores emancipados en virtud del matrimonio seguirán sometidos al art.323 CC, en cambio, el precepto siguiente establece una excepción, el menor emancipado podrá llevar a cabo las acciones citadas en el párrafo anterior en el caso de que sean comunes a ambos cónyuges, exista un consentimiento por parte de los dos y el otro cónyuge sea mayor de edad.

b) Incapacitados¹¹

Esta hipótesis se encuentra regulada en el art.1330 CC, donde se señala que, a diferencia de los menores, los incapacitados no podrán llevar a cabo el pacto capitular, aunque sea para someterse al régimen de gananciales. El precepto no realiza una distinción entre aquellos a los que la sentencia judicial haya limitado la capacidad para capitular y aquellos donde la sentencia no haya establecido una limitación en lo referente a esa capacidad, y considera que no la ostentará en ningún caso; de acuerdo con esto, en el supuesto de que la sentencia de incapacitación permitiera expresamente al sujeto capitular tendrá prevalencia lo recogido en ésta sobre lo establecido en el Código Civil.

3. RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

Se encuentra desarrollado en los arts.1315 y ss. CC, donde se recogen un conjunto de normas que se aplicarán a todos los matrimonios, independientemente del régimen matrimonial que hayan pactado. Por ello, a este conjunto de preceptos, se le denomina régimen matrimonial primario. Este término fue aprobado por una parte de la doctrina, pero no todos los juristas consideran adecuada esta denominación. DÍEZ PICAZO y

¹⁰ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “Comentario al art.1.330” en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág.1464.

¹¹ Tras la ratificación por parte de nuestro Estado de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se produce un cambio conceptual de “incapacitación” a “modificación judicial de la capacidad”. Con conocimiento de que el término utilizado no es el correcto, se procede a su uso puesto que, en el precepto del Código Civil donde se recoge no se procedió a la actualización de la nomenclatura “*el incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales [...]*” (art.1.330 CC).

GULLÓN, consideran esta idea equívoca porque en puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos¹².

A pesar de ello, debe quedar claro en todo momento que no se trata de un régimen más, sino de una serie de normas que se tendrá que aplicar a todos los regímenes de los que hablaremos con posterioridad. Veamos a continuación algunas de estas normas.

3.1. SUJECCIÓN DE LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES AL LEVANTAMIENTO DE CARGAS

El art.1318 CC regula que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de cargas, esto conlleva una obligación por parte de los cónyuges al mismo. El problema de este precepto radica en que el legislador no dio una definición del concepto “cargas matrimoniales” de forma que, para ello se hace uso de los términos recogidos en el art.1362 CC, donde se enumeran los gastos de la sociedad de gananciales, ALEJÁNDREZ PEÑA¹³, estima un error considerar que las cargas del matrimonio son las expresadas en el art.1362 CC, porque este precepto define las cargas de la sociedad de gananciales, cuyo concepto es distinto a las cargas del matrimonio, por ejemplo, en otros regímenes económicos matrimoniales¹⁴. El problema, por tanto, es que el término de carga matrimonial no se encuentra definido con exactitud, a pesar de ello, tienden a considerarse como cargas del matrimonio los gastos de sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes e hijos de uno de los cónyuges si conviven en la vivienda familiar, es decir, solo la causa primera del art.1362 ya que las restantes únicamente podrían ser de aplicación bajo el régimen ganancial; desde mi punto de vista esta acotación sería de adecuada aplicación a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial por el que se rija. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2006, señala (una vez finalizado el matrimonio en el régimen económico de separación de bienes) que *la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los 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 (artículo 103-3ª del Código Civil)*.¹⁵

¹² DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.136

¹³ Encontramos en la doctrina un importante sector que, al igual que este autor, considera un error que se estimen cargas matrimoniales las recogidas en el precepto citado

¹⁴ ALEJÁNDREZ PEÑA P. “Comentario al art.1318”, *Comentario... op.cit.*, pág.1449.

¹⁵ RJ 2006\3502

Debe tenerse en cuenta que el levantamiento de cargas se realizará de distinto modo según el régimen matrimonial que tenga el matrimonio. En el régimen de gananciales, se procederá primero al sufragio de las cargas con aquellos bienes que son comunes a ambos cónyuges y, en el caso de que éstos no fueran suficientes, con los bienes privativos de cada uno de los cónyuges. En cambio, en los regímenes de participación y de separación de bienes, al no existir una masa patrimonial común, se procederá al levantamiento de las cargas con los bienes privativos de cada cónyuge. Aunque sólo uno de los cónyuges tenga bienes privativos, éstos quedarán igualmente sujetos (es indiferente, entonces, que el otro carezca de cualquier bien). Esta es la diferencia principal entre el concepto “carga matrimonial”¹⁶ y “carga que han de soportar los bienes del matrimonio” (entendiendo esta última expresión como los bienes que poseen cada uno de los miembros del matrimonio), ya que la primera tiene carácter imperativo y el cónyuge no podrá renunciar a esta obligación quedando sus bienes siempre sujetos a la misma, mientras que en la segunda el cónyuge podrá decidir si sus bienes se encuentran o no sujetos, por ejemplo, los bienes privativos del cónyuge que no realice una actividad empresarial no se encuentran sujetos a las deudas derivadas de ésta salvo que se haya dado su consentimiento expreso.

3.2. LITISEXPENSAS

Con este término se hace referencia a aquellos gastos ocasionados por un litigio en el que participan ambos o uno de los cónyuges. En el caso de que estén casados bajo el régimen de gananciales, los gastos deberán afrontarse con los bienes comunes y, si éstos no fueran suficientes, con los privativos de cada cónyuge en la parte proporcional en que cada uno deba contribuir al levantamiento de cargas. En cambio, en el caso de que se encuentren bajo el régimen de participación o el régimen de separación de bienes, al no existir bienes gananciales, se hará frente al gasto con los bienes privativos de cada cónyuge.

Esta cuestión se encuentra desarrollada en el apartado 3º del art.1318 CC y, dentro del mismo, se incluyen dos supuestos distintos de litisexpensas:

En primer lugar, si el litigio enfrenta a ambos cónyuges, siempre que medie buena fe y el cónyuge carezca de bienes suficientes o éstos sean inexistentes, responderán los bienes de la sociedad de gananciales; y, si no son suficientes o no existe sociedad de gananciales, responderán los bienes del otro cónyuge a no ser que tenga el beneficio

¹⁶ Por ejemplo, la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4451). sostiene que, no se considerará una carga del matrimonio el pago de la hipoteca sino deuda de la sociedad, cuestión que se explicará con mayor detalle posteriormente.

de la justicia gratuita de acuerdo con el art.3.3 de la Ley 1/1996, (a ello hace referencia la sentencia dictada por el Tribunal Supremo a día 2 de Abril de 2012)¹⁷.

En segundo lugar, cuando se trate de un litigio contra terceros y redunde en beneficio de la familia, siempre que no exista mala fe por parte del cónyuge, se aplicará el criterio de responsabilidad explicado en el apartado anterior.

3.3. DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: CONSENTIMIENTO

En el art.1320 CC se desarrolla el supuesto en el que la vivienda habitual pertenezca únicamente a uno de los cónyuges. En este caso, será necesario el consentimiento del otro cónyuge para su enajenación. De no existir consentimiento por parte del otro cónyuge o la correspondiente autorización judicial, se podrá proceder a la anulación del acto, si bien, si un tercero de buena fe adquiere la vivienda, no le perjudicará que ésta tenga carácter de vivienda habitual.

Incluso una vez finalizado el matrimonio, la vivienda habitual seguirá manteniendo el carácter de vivienda familiar para el excónyuge y los hijos que permanezcan en ella. Pero, tras el reciente fallo del Tribunal Supremo, debe entenderse que la vivienda habitual perderá esta naturaleza cuando *la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente*¹⁸.

3.4. ATRIBUCIÓN DEL AJUAR DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El cónyuge superviviente recibirá, *“las ropas, el mobiliarios y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común”*¹⁹. Se trata de un mandato legal, por ello, cualquier cláusula recogida en el testamento que disponga lo contrario se considerará nula, este derecho del cónyuge supérstite se denomina derecho de predetracción.

¹⁷ *“Efectivamente, solo hay derecho a las litis expensas con cargo a los bienes privativos del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante solicitar el beneficio de justicia gratuita y como, de acuerdo con el tantas veces citado Art. 3.3 de la Ley 1/1996, se aprecian separadamente los valores y recursos de ambos cónyuges, no hay derecho a demandar las litisexpensas en este caso y ello, sin perjuicio de la liquidación de los gananciales”* (RJ\2012\5271)

¹⁸ STS de 20 de noviembre de 2018, (RJ 2018\5086)

¹⁹ Art. 1.321 CC.

Hay que destacar que existen una serie de objetos que pueden formar parte de la vivienda habitual pero que se encuentran excluidos de este mandato: las alhajas y aquellos objetos de extraordinario valor.

En ningún caso se tendrá en cuenta el régimen matrimonial por el que se rija el matrimonio, sino que, al tratarse de un derecho que forma parte del régimen matrimonial primario, será aplicable sea cual sea el régimen económico matrimonial vigente.

3.5. PROPIEDAD DE LOS BIENES

El art.1324 CC regula la titularidad de los bienes de cada cónyuge, *“para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará²⁰ a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”*. La confesión será suficiente para probar frente al otro cónyuge que el bien es de éste, pero no tendrá validez frente a un acreedor o un heredero forzoso.

En el caso de que no se logre probar la titularidad del bien, se tendrá en cuenta el régimen económico que hubiere pactado el matrimonio en el caso de que el régimen vigente sea el régimen ganancial, se aplicará la presunción de ganancialidad a los bienes cuya titularidad no hubiere sido posible probar, de acuerdo con lo recogido en el art. 1361 CC; en cambio, se entenderá que el bien pertenece en partes iguales a cada cónyuge en el caso de que se encuentren bajo otro régimen económico²¹.

²⁰ De acuerdo con la STS de 18 de julio de 1994 (RJ 1994\6447) *“La confesión por sí sola (actualmente recogida en el artículo vigente 1324 del Código Civil), no constituye prueba absoluta y no cabe desarticularla del resto del armazón probatorio, para darle así carácter prevalente, que haría inútil las demás probanzas, toda vez que debe de ser apreciada conjuntamente con todas las restantes.”*

²¹ Art.1.441 CC.

II. RÉGIMEN DE GANANCIALES

El régimen de gananciales recibe la calificación de régimen supletorio de primer grado, ya que, como explicamos con anterioridad, en el caso de que no se pacte ningún régimen matrimonial el matrimonio se encontrará regido por este régimen, siempre que el matrimonio se encuentre dentro del ámbito del Código Civil como se mencionó.

Este régimen recibe en nuestro Código Civil, concretamente en el art.1316 CC la nomenclatura de sociedad de gananciales. La sujeción a través de la capitulación matrimonial o de la ausencia de la misma a este régimen da lugar al nacimiento de una masa patrimonial común que recibe el nombre de bienes gananciales. De este modo, tendrán la consideración de bienes gananciales, aquellos que hubieren sido obtenidos como consecuencia de la realización de una actividad por parte de los cónyuges una vez contraído el matrimonio y a su vez tendrán esta calificación aquellos que se hubieren obtenido de un bien ganancial; se explicará con mayor detalle la calificación de los bienes gananciales en epígrafes siguientes.

1. NATURALEZA JURÍDICA

A lo largo de los preceptos en los que se desarrolla el régimen de gananciales, se observa que tiene naturaleza jurídica de “sociedad” pero también de “comunidad”. Con anterioridad a la reforma de 1981, en el Código Civil primaba la idea de sociedad, de forma que, en algunos preceptos se llegaba a hacer una remisión a las normas del contrato de sociedad y se consideraba que los bienes no eran comunes y que las ganancias se distribuían únicamente en caso de disolución del matrimonio. Pero, con la reforma citada, se fue introduciendo el concepto de comunidad considerándose que los bienes de los cónyuges eran de ambos a partes iguales.

A pesar de esta reforma, la sociedad de gananciales sigue teniendo un tinte societario, si bien es cierto que carece del objeto principal de cualquier sociedad, el ánimo de lucro, y tampoco tiene personalidad jurídica. Es por este tipo de matices por los que se llega a la conclusión de que, con esta reforma del Código Civil, se da prevalencia a la idea “comunidad” frente a la de “sociedad”.

Precisamente esta idea de “comunidad” del régimen ganancial procede de la impronta que dejó el Derecho Germánico, puesto que la sociedad de gananciales tiene su origen en la costumbre germánica. A diferencia de otras instituciones jurídicas actuales con raíces en el Derecho Romano, la sociedad de gananciales no procede de este derecho ya que en éste no se recogieron formas de comunidad entre cónyuges, sino que se consideraba que todos los bienes pertenecían al marido o al padre de la mujer, siendo

muy difícil que ésta pudiese lograr demostrar que ostentaba la titularidad de los mismos; sólo podemos encontrar un precedente en el matrimonio *sine manu*, donde la mujer disponía de sus bienes y recibía su herencia, y en la existencia de este tipo de matrimonio podríamos ver el antecedente histórico de la separación de bienes, pero, en cambio, no encontramos en el Derecho romano un símil con el régimen de gananciales.

2. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: CLASIFICACIÓN PATRIMONIAL

En la sociedad de gananciales los cónyuges son titulares, por un lado, de un patrimonio ganancial, donde se encuadran los bienes comunes a ambos, y, por otro lado, de un patrimonio privativo, que estaría conformado por los bienes privativos pertenecientes únicamente al cónyuge titular de éstos. Debido a la existencia de una masa con titularidad común es necesario señalar qué bienes se encuadran dentro de ésta y cuáles pertenecen a uno solo de los cónyuges.

a) Bienes privativos

Los bienes privativos que se recogen en el art.1.346 CC, se exponen a continuación.

Se consideran privativos aquellos bienes o derechos que poseía el individuo antes de nacer la sociedad ganancial. Es lógico que tengan carácter privativo ya que, esta titularidad privativa se ostenta con anterioridad al nacimiento de la sociedad y solo será a partir de este nacimiento que las ganancias serán comunes a ambos cónyuges.

Tienen esta calificación los bienes que adquiera cada cónyuge, una vez iniciado el matrimonio, a título gratuito. Aquí se incluyen las donaciones y herencias. El motivo por el que no se consideran bienes gananciales estriba en que no se obtienen con el patrimonio ganancial. En todo caso, es necesario, para probar su carácter privativo, que el cónyuge tenga en su poder un documento que demuestre que ostenta la titularidad del bien, no siendo suficiente para su calificación que lo haya obtenido a título gratuito, puesto que sería contrario a la presunción general de ganancialidad que se explicará más adelante.

Los bienes adquiridos por el intercambio de un bien privativo, de acuerdo con el principio de subrogación real tendrán ese carácter; también tendrán la calificación de privativos los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges y, en este caso, aunque se usen fondos comunes, el bien no perderá su carácter privativo.

Encontramos que tienen también carácter privativo los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*. Por derecho patrimonial inherente podremos entender aquel cuyo ejercicio de ese derecho solo se admite por el

titular. Mientras que, por derechos no transmisibles *inter vivos*, entenderemos aquellos que la propia ley así los declara como puede ser una pensión de jubilación, pensión de incapacidad²² o el derecho de uso y habitación regulado en el art.525 CC²³.

El resarcimiento de los daños producidos a la persona, tanto físicos como morales, o a los bienes de uno de los cónyuges tendrá carácter privativo. Del mismo modo que lo tendrán las ropas y los objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

Finalmente, en este precepto se recoge que tienen la consideración de bien privativo los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio a no ser que formen parte integrante de una actividad que desarrollan ambos, en este caso, la calificación que debe hacerse de los instrumentos es de bien ganancial, ya que la empresa en su conjunto forma parte de ambos, aunque los instrumentos vayan a ser utilizados sólo por uno de ellos. Pero, en el caso de que el ejercicio de la profesión u oficio fuese desempeñado exclusivamente por uno de los miembros de la pareja, aunque los bienes hubiesen sido adquiridos con el patrimonio ganancial, no perderán su carácter privativo puesto que serán utilizados para el ejercicio de la profesión u oficio.

b) Bienes gananciales

Se recogen en el art. 1347 CC, donde se establecen las reglas generales para la clasificación de los bienes gananciales que se detallan a continuación.

En primer lugar, tendrán la consideración de ganancial los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de los cónyuges, es decir, serán gananciales los rendimientos del trabajo. En segundo lugar, las rentas que genere el capital privativo o el ganancial, siempre que se perciban dentro del matrimonio. En tercer lugar, por aplicación del principio de subrogación real, tendrán carácter ganancial los bienes obtenidos a título oneroso a expensas del caudal común (lo mismo ocurría con los bienes que habían sido adquiridos a costa de un bien privativo: mantenían ese carácter). En cuarto lugar, aquellos bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial. Finalmente, en quinto lugar, tendrán esta condición las empresas y establecimientos fundados durante el matrimonio a costa de los bienes comunes.

²² De acuerdo con la STS de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5355), “no procede incluir en el activo del inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes la «indemnización percibida por D. Rosendo por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta”.

²³ Díez- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.164.

3. SUPUESTOS ESPECIALES DE CALIFICACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES

Como vimos en el apartado anterior, aunque la clasificación general de los bienes gananciales se encuentra recogida en el art. 1347 CC, en los preceptos siguientes del Código se recogen una serie de supuestos donde la naturaleza del bien tendrá una calificación especial.

El art.1348 CC²⁴ desarrolla la no calificación ganancial de aquellos pagos parciales de créditos aplazados pagaderos en un cierto número de años que pertenezcan en exclusiva a uno de los cónyuges, incluso en el caso de que los plazos venzan durante el matrimonio; debemos de entender que, para pertenecer únicamente a uno de los miembros, el crédito debe ser contraído con anterioridad al nacimiento de la sociedad ganancial o, en el caso de, aquellos que su nacimiento sea consecuencia de negocios o bienes privativos que ostenta uno de los cónyuges, incluso una vez iniciado el matrimonio. Se trata, en palabras de DÍEZ- PICAZO y GULLÓN de una regla general de entera lógica, ya que las amortizaciones principales de un crédito constituyen capital y no son nunca renta²⁵.

A pesar del carácter privativo del derecho de usufructo y pensión, el art. 1349 CC califica como gananciales los frutos, pensiones o intereses de los derechos citados, devengados durante el matrimonio.

El art.1351 CC²⁶ recoge la calificación ganancial de aquellas ganancias obtenidas en el juego o que procedan de cualquier otra causa que exima de la restitución. Si bien es cierto que las ganancias obtenidas tienen carácter ganancial, es necesario que el bien aportado para lograrla tenga también ese carácter, ya que en el caso de que se trate de un bien privativo del cónyuge perderá esta calificación. Con anterioridad a la modificación del Código en 1981, éste diferenciaba entre las ganancias obtenidas de forma lícita y aquellas obtenidas de forma ilícita: en el caso de que se obtuvieran de forma ilícita se preconizó la no comunicación de la obtención ilícita del bien por incompatible con el necesario fondo ético de la sociedad, pero a pesar de esta no comunicación, la ganancia seguiría perteneciendo a la sociedad, en cambio, los obtenidos de forma lícita originaban una ganancia comunicable a la sociedad ²⁷, actualmente, el Código no establece diferencia según el modo de obtención de la

²⁴ Redactado con ocasión de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

²⁵ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.167.

²⁶ Redactado con ocasión de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

²⁷ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.168.

ganancia, considerando que todas ellas formarán parte del caudal común. En contraposición con esta clasificación se encuentran las pérdidas ocasionadas por razón del juego, las cuales no tendrán carácter ganancial de acuerdo con lo recogido en el art. 1371 CC que será analizado más pormenorizadamente en un apartado posterior del trabajo.

La adquisición de aquellos bienes que hubieren sido obtenidos mediante un precio o contraprestación que, en parte sea ganancial y en parte privativo, corresponderán en parte proporcional a la sociedad y al patrimonio del cónyuge que ha aportado su bien privativo, de acuerdo con lo establecido en el art. 1354 CC. Al amparo de lo recogido en el precepto citado, el párrafo 2º del art.1357 CC regula la calificación ganancial y privativa de la vivienda y el ajuar familiar que, hayan sido comprados a plazos antes del matrimonio y, una vez este tuvo nacimiento, los plazos fueron retribuidos con dinero ganancial; del mismo modo que en el caso anterior, la calificación del bien se realizará en proporcionalidad con las cantidades privativas y gananciales aportadas para su obtención. Siguiendo la línea establecida por el art. 1354 CC, el art.1356 CC recoge la naturaleza ganancial de aquellos bienes adquiridos por precio aplazado cuando el primer pago lo haya realizado la sociedad, aun cuando los restantes se satisfagan con el capital privativo de uno de los cónyuges.

Finalmente, puede mencionarse la naturaleza ganancial que tienen aquellas mejoras realizadas en edificaciones, plantaciones u otras que hayan sido hechas a costa del caudal común sobre un bien privativo, de este modo, si se produce un aumento del valor parejo a la mejora será lo que corresponda a la sociedad ganancial, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1352 CC, en este caso no se le concede a la sociedad un derecho de reembolso del capital aportado, sino que se acredita en favor de la sociedad la plusvalía y no el gasto²⁸.

4. REGLA GENERAL: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD

De acuerdo con lo dispuesto en el art.1361 CC²⁹ se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se logre probar que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges; se establece, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes, presunción que podrá ser destruida mediante la aportación de prueba en contrario, pero no será suficiente alegar la posesión privativa del bien por parte de uno de los cónyuges, sino que la jurisprudencia mantiene que es precisa una

²⁸ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.172

²⁹ Redacción actual dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio.

prueba suficiente, satisfactoria y concluyente³⁰, lo que en muchas ocasiones supone un gran problema puesto que la parte interesada no conserva un documento que tenga el suficiente peso probatorio, lo que lleva a que finalmente tenga la consideración de ganancial.

Esta presunción se aplicará a todos los bienes que hayan sido adquiridos a largo del matrimonio, ya que los adquiridos antes o después del mismo no se encuentran incluidos dentro de la sociedad. Así pues, este precepto se utilizará cuando no sea posible probar la titularidad del bien. La presunción no sólo será válida en el caso de que se quiera probar el carácter privativo de un bien frente al otro cónyuge en caso, por ejemplo, de disolución de la sociedad, sino que, también regirá en los supuestos establecidos en el art.1324 CC *cuando pueda generar un perjuicio para un heredero forzoso o a un acreedor*, es decir, esta presunción deberá destruirse siempre que se quiera probar ante un tercero que un bien forma parte del patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

5. CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A lo largo de los arts. 1362 a 1374 CC se recogen las distintas cargas que debe soportar la sociedad ganancial y las obligaciones por las que debe responder la misma.

La obligación para con el acreedor pertenece sólo a uno de los cónyuges ya que es éste quien constituye el *lado pasivo* de relación jurídica, esta obligación genera una responsabilidad y, en caso de incumplimiento de la misma, a pesar de pertenecer al cónyuge contrayente, la responsabilidad será solidaria de ambos consortes existiendo posteriormente un derecho de restitución de los bienes³¹. Nace entonces de acuerdo con DÖLLE una responsabilidad por deuda ajena, esto se explica a partir del hecho de que el matrimonio se encuentra sujeto al régimen de gananciales y, por consiguiente, el

³⁰ De acuerdo con la STS del 24 de febrero de 2000 (RJ 2000\809) *“la presunción de ganancialidad (...) para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida”*. Del mismo modo, la STS de 28 de octubre de 1965 (RJ 1965\4748) *“al presumir la existencia de bienes gananciales, regula una presunción de las llamadas “iuris tantum”, que puede ser destruida por prueba en contrario, tanto a efectos civiles como registrales, que la justificación se haga con aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, por parte de uno de los cónyuges, sin que baste, por regla general el reconocimiento del marido del carácter dotal o parafernial de determinados bienes”* y la STS de 18 de julio de 1994 (RJ 1994\6447) *“necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privacidad, no siendo bastante el mero reconocimiento por el marido del carácter privativo de los bienes en cuestión y en los casos de supuesta adquisición con dinero exclusivo de la esposa, como sucede con el presente”*.

³¹ Nace a partir de este momento una responsabilidad *inter partes*.

objeto que genera esa responsabilidad pertenece parcialmente a uno que no es deudor³².

Desde el inicio de este trabajo no consideramos la sociedad ganancial como una sociedad *stricto sensu* sino como una comunidad, razonamiento que se plasma con gran claridad en los preceptos citados, puesto que, al no tratarse de una sociedad, no es ella en sí misma quien responderá de las deudas contraídas por los cónyuges sino ellos. Por ello, los acreedores se dirigirán contra los miembros de la comunidad y no contra la sociedad ya que ésta no existe propiamente. Es decir, a quien se le reclamará el sufragio de la deuda será al cónyuge contrayente de la misma y, subsidiariamente, al otro cónyuge, siempre que éste haya dado su consentimiento expreso o tácito, dependiendo de la situación, sin que en ningún caso la reclamación se efectúe contra la “sociedad”. La redacción del Código distingue entre las cargas y las obligaciones. Por un lado, los primeros preceptos se centran en los gastos que son a cargo de la sociedad y, por otro lado, hace mención a aquellas deudas contraídas por uno de los cónyuges por las que deberán responder los bienes gananciales de ambos.

Hasta el momento el Código se centraba en los sujetos contrayentes y las obligaciones que nacían entre éstos, pero, en estos preceptos se incorpora la figura de un tercero “acreedor” a quien se tratará de favorecer.

De modo que, podemos decir que, por respeto a las exigencias del tráfico, el Código Civil grava al patrimonio común frente a terceros con deudas que pueden no ser de cargo del consorcio, es decir, los acreedores tendrán la facultad de hacer efectivos sus derechos sobre bienes gananciales, aunque se trate de obligaciones no contraídas en beneficio común o para atenciones familiares³³, debiendo el cónyuge deudor restituir los bienes perdidos al patrimonio común.

a) Gastos a cargo de la sociedad

Por un lado, en el art. 1362 CC se recogen las distintas situaciones en las que la sociedad debe hacerse cargo de los gastos suscitados, aunque en este precepto se cita a la sociedad como encargada del sufragio de los gastos nacidos, debemos recordar que, como explicamos con anterioridad, no debe entenderse como una sociedad *stricto sensu* sino como una comunidad, ya que serán los cónyuges con sus bienes gananciales o privativos, los responsables de responder por dichos gastos, si por algún motivo, el pago de estos gastos se hubiere efectuado con bienes privativos, el cónyuge tiene derecho al abono de los mismos con patrimonio ganancial. A continuación, se explican los gastos que debe soportar la sociedad.

³² LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho de familia fascículo II*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 421.

³³ LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho de familia... op.cit.*, pág. 422.

El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. Estos son considerados gastos a cargo de la sociedad, de hecho, en este trabajo, fueron definidos como cargas del matrimonio de acuerdo con el art. 1318. El “sostenimiento de la familia” engloba todos los términos que a continuación se citan en el precepto, a saber, alimentación, educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia; por ello, habría sido suficiente con hacer sólo mención al primer término. Cuando el legislador habla de la alimentación se está remitiendo implícitamente al art.142 CC donde se recoge una definición de este término; *“se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad”*. Estos gastos a cargo de la sociedad siguen vigentes tras la liquidación de la misma, debiendo repartirse en función de la capacidad económica de cada uno de los cónyuges de acuerdo con los porcentajes que se hayan recogido en la sentencia firme.

La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. Para la aplicación de este apartado del precepto debemos tener presente la naturaleza ganancial o privativa que tengan los bienes que entran en juego, lo que fue explicado en apartados anteriores, pero, además, debemos resaltar la idea recogida en el art.1361 CC, ya que juega en este apartado un papel de vital importancia. Como sabemos, no hay duda respecto de los actos jurídicos realizados conjuntamente, pero sí para los individuales, donde la solución a adoptar se conjuga en los arts. 1365.1, 1370 y 1386 CC. Debe concluirse que sólo será gasto definitivo cuando la adquisición unilateral se haya realizado en el marco competencial que legal o capitularmente corresponde a cada cónyuge³⁴. En la fase de disolución de la sociedad, fueron muchos los litigios que buscaron dar naturaleza de carga del matrimonio al préstamo hipotecario tratando de incluirlo dentro de los arts. 90 d) y 91 CC, por ello fue necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo dando lugar al nacimiento de una doctrina jurisprudencial sobre la calificación que debería tener el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, de forma que, tras la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de marzo de 2011³⁵, *la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90 d) CC , porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2ª CC. Por tanto,*

³⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al art.1362”, *Comentario... op.cit.*, pág.1503.

³⁵ STS 28 de marzo de 2011, (RJ 2011\939). Sobre este mismo asunto ya se había pronunciado el Tribunal Supremo el 5 de noviembre de 2008, (RJ 2009\3); y volvió a pronunciarse en la sentencia ya citada de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4451).

mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC y, de acuerdo con lo establecido en el art.1362.2 CC, será un gasto a cargo de la sociedad. La situación varía en el caso de que la vivienda familiar pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges, pues en esa hipótesis, el Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 24 de abril de 2018³⁶ se pronuncia siguiendo con la premisa de que el préstamo hipotecario no se considera una carga matrimonial del siguiente modo, los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios. Además, en este caso la vivienda es de propiedad del esposo -único prestatario- por lo que habrá de ser él quien quede obligado.

La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. Por tanto, se excluyen de esta consideración aquellas actuaciones extraordinarias. De este modo, es necesario comprender qué actuaciones abarca la administración ordinaria, por un lado, debemos recordar que los rendimientos de los bienes privativos tienen la calificación de ganancial, por ello los gastos que se deriven para la obtención de estos rendimientos tienen la consideración de administración ordinaria; por otro lado, tendrán el tratamiento de administración ordinaria aquellos actos que tengan como fin la conservación del bien privativo, puesto que, si ésta no existiera, podría suceder que no generase el mismo rendimiento a la sociedad. En todo caso, no debemos incluir aquellos actos que vayan más allá de la mera conservación del bien, es decir, se entenderá administración extraordinaria cualquier gasto que provoca la mejora del bien.

La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. Para desentrañar qué significa la expresión “de cada cónyuge” es necesario identificar qué se entiende por explotación regular de un negocio. De acuerdo con la calificación ganancial de los rendimientos del trabajo recogida en el art. 1347 CC, es lógico que los gastos de explotación regular de la actividad pertenezcan a la sociedad ganancial puesto que es su caudal el que se ve beneficiado con la actividad. Por otro lado, el art.1363 CC reconoce a cargo de la sociedad aquellas cantidades que hayan sido donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no

³⁶ RJ 2018\1599.

hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte.

b) Responsabilidad de los bienes gananciales

El nacimiento de una obligación lleva pareja una responsabilidad. Los bienes gananciales responderán directa, solidaria o subsidiariamente de aquellas acciones llevadas a cabo por uno o ambos cónyuges que den lugar al cumplimiento forzoso de una obligación contraída con un tercero, (este sistema favorece extraordinariamente a los acreedores de uno o ambos cónyuges, ya que aquéllos no tienen que soportar la carga de demostrar la naturaleza del débito³⁷). Se fijan unas reglas que, en definitiva, se encargan de regir aquellas situaciones en las cuales pueden ser agredidos los bienes gananciales con independencia de si la obligación que se haya hecho efectiva sobre ellos ha de imputarse posteriormente al pasivo de la sociedad o al patrimonio privativo de uno de los cónyuges³⁸. Este tipo de contenciosos se sitúa a caballo entre el Derecho de familia y el de obligaciones, entre la tutela de los intereses matrimoniales y la protección jurídica del crédito³⁹. Con ello, el Código recoge toda una casuística sobre las distintas formas de contraer la deuda, y en base a ellas, los bienes gananciales tendrán una responsabilidad directa en los casos recogidos en los arts. 1365 a 1368 CC, responderán solidariamente en el caso recogido en el art. 1369 CC y responderán subsidiariamente en la situación recogida en el art.1373 CC, (todos ellos se explican con mayor detalle a continuación). Otra clasificación que podría hacerse sería teniendo en cuenta qué cónyuge contrajo la deuda, si la contrajeron ambos y los motivos por los que se contrajo, me centraré en esta clasificación ya que considero que con ella se logra una mayor visibilidad de las lagunas de la sociedad ganancial.

Deudas contraídas por uno de los cónyuges

Debemos tener en cuenta que se trata de deudas contraídas por uno de los cónyuges sin consentimiento expreso del otro, ya que, si mediare el consentimiento nos encontraríamos en otro supuesto. Veremos tanto una responsabilidad directa recogida en el arts.1365 y 1368 CC como una responsabilidad solidaria emanada del art.1369 CC.

³⁷ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 24

³⁸ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.175.

³⁹ FERNÁNDEZ URZANINQUI, F. J., *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, Revista Jurídica Navarra, nº33,2002, págs. 49-88., pág.50.

Por un lado, el art.1365 CC dispone que los bienes gananciales responderán directamente frente a los acreedores en el caso de que las deudas que haya contraído el cónyuge se deban al ejercicio de la potestad doméstica (debe entenderse por “potestad doméstica” aquella descrita en el art.1319 CC⁴⁰) o a la gestión o disposición de gananciales o en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o administración ordinaria de los propios bienes. Debemos resaltar que en el caso de que uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. Parece, en cierto modo, que con este precepto lo único que se realiza es una repetición del art.1362 CC, pero, en realidad, mientras el art.1362 CC marca unas reglas básicas para la consideración de los gastos a los que debe hacer frente la sociedad, el art.1365 CC recoge unas situaciones hipotéticas que pueden tener lugar en la evolución de la sociedad ganancial.

Por otro lado, el art.1369 CC tiene como principio básico la responsabilidad solidaria de los bienes gananciales frente las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad. La solidaridad recogida en el presente precepto es una solidaridad de patrimonios responsables⁴¹, ya que, como consecuencia sin duda de la falta de personalidad jurídica del consorcio conyugal, también va a responder el patrimonio privativo de quien concertó la deuda⁴² además de los bienes gananciales. Consecuencia de esta responsabilidad solidaria es que, en caso de exigir el cumplimiento de la obligación, únicamente será necesario demandar al contrayente de la deuda⁴³ y, se repercutirá contra el patrimonio ganancial, si bien es cierto, que el art.144 RH recoge que para la anotación del embargo de los bienes en el Registro de la Propiedad, la demanda deberá haber sido dirigida a ambos cónyuges o, en el caso de que se haya demandado solamente a uno de ellos, el otro deberá haber sido notificado del embargo. De forma que, ambos cónyuges deben ser siempre conocedores del proceso de embargo al que se halla sometida el patrimonio ganancial.

Asimismo, el legislador, a través del art.1368 CC, regula el supuesto de responsabilidad directa de los bienes gananciales cuando el matrimonio se halle separado de hecho, por

⁴⁰ Genera una excepción a lo recogido en el art.1911 CC, donde se estipula que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. De acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ, el art.1319 CC da lugar al nacimiento de una *responsabilidad sin deuda*, puesto que, responderá el cónyuge no contrayente de la deuda con sus bienes privativos sin tener la calificación de deudor.

⁴¹ Díez- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.176

⁴² GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “Comentario al art.1369”, *Comentario... op.cit.*, pág.1510.

⁴³ Si bien es cierto, puede darse la hipótesis de que el cónyuge no deudor no sea conocedor de la deuda, en este punto considero, de acuerdo con el derecho recogido en el art.24.1 CE, la necesidad de demandar a ambos cónyuges ya que sendos serán responsables del cumplimiento de la obligación.

tanto, responderán directamente frente a las actuaciones llevadas a cabo por uno solo de los cónyuges que tengan como fin atender los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que se encuentren a cargo de la sociedad de gananciales, se trata de un supuesto incluido dentro del art. 1362 CC pero con el matiz de que se trata de un matrimonio separado de hecho.

Deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento

Este supuesto se encuentra regulado en el art. 1367 CC y conforme a su contenido, los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. Si bien es cierto que el consentimiento debe de ser expreso, no necesariamente tiene que producirse en el momento en que nace la obligación, sino que, puede tener lugar en un momento posterior, incluso existen casos en los que la jurisprudencia interpreta que, aunque no haya existido un consentimiento expreso frente al acreedor, el mero conocimiento y aceptación de la acción puede considerarse como tal. Considera ALBALADEJO que el término *expreso* no quiere significar que deba existir de verdad el consentimiento del otro, sino que conste *con seguridad* deducido de una conducta que revele ciertamente ese consentimiento, esto ocurre, por ejemplo, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016⁴⁴, donde se reconoce que aunque no existe prueba directa, lo declara probado, *“mediante una presunción judicial, que extrae de tres hechos indiciarios que sí considera acreditados: «primero el hecho de que el dinero se ingresaba en cuenta común, sobre lo que nada se contra-argumenta en la oposición al recurso, cuenta de la que disponía la esposa”*.

Obligaciones extracontractuales de un cónyuge.

El art. 1366 CC regula que, aquellas obligaciones extracontractuales contraídas por uno de los cónyuges, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán responsabilidad y cargo de ésta, a no ser que las obligaciones fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor. Se trata de una responsabilidad directa de los bienes de la sociedad frente a los acreedores. El legislador no especifica la necesidad de que el resultado de la actuación en beneficio de la sociedad sea útil, por tanto, aunque no le favoreciese, ésta seguiría respondiendo por la obligación nacida.

⁴⁴ RJ 2016\498.

La STS de 31 de marzo de 2004⁴⁵ sí considera deuda privativa aquella que tiene carácter indemnizatorio debido a la comisión de un delito grave, “no parece fundado que el daño que da origen a la responsabilidad civil aquiliana permitiese al cónyuge del auto beneficiarse de la excepción del art. 1366, y no al cónyuge del condenado a resarcir en vía penal por razón de delito, es decir, por una actuación más grave”.

Deuda generada por la adquisición de un bien ganancial a plazos, por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro

Se contempla en el art.1370 CC la responsabilidad por deudas consecuencia de la adquisición por uno de los cónyuges de un bien ganancial a plazos sin consentimiento del otro. De acuerdo con lo establecido en el precepto citado, responderá el bien adquirido pero, el precepto continúa diciendo “sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código”, es decir, en el caso de que el bien adquirido no fuere suficiente para hacer frente a la deuda, se procederá a la aplicación de las reglas recogidas en el Código que se explicaron ya con anterioridad; por ello, lo sustancial de este precepto, no es la responsabilidad que recae sobre el bien adquirido, sino a qué otros bienes gananciales alcanza la responsabilidad⁴⁶.

Las deudas del juego

El art.1371 CC recoge el supuesto de que lo perdido y lo pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego⁴⁷, no disminuirá la parte que le

⁴⁵ RJ 2004\2024.

⁴⁶ Es en este punto donde surgen controversias doctrinales. GUILARTE GUTIÉRREZ (“Comentario al art.1370”, *Comentario... op.cit.*, pág.1511) considera que este precepto se limita a disciplinar un refuerzo en las expectativas de los acreedores, sin duda facilitando el crédito familiar y el tráfico de bienes, ante una compraventa por precio aplazado, determinando una especial afección del bien al pago de la deuda pendiente, sea cual sea, la adscripción que en el seno familiar se haga a algunos de los patrimonios privativos o a la masa activa consorcial. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN (*Sistema... op.cit.*, pág.179), consideran que, la interpretación realizada a través del art.1362 CC, causa 2ª hace inútil el art.1370 CC, por ello, se ha de entender que su *ratio* es la introducción de una corrección al art. 1369 CC, y en lugar de responder los bienes gananciales se especifica que la responsabilidad alcanza sólo al bien ganancial adquirido a plazos, manteniéndose la responsabilidad solidaria de los bienes privativos del cónyuge adquirente. RAGEL SÁNCHEZ (*Ejecución... op.cit.*, pág.145), estima que la sujeción de los demás bienes se realizará de acuerdo a las restantes normas reguladoras de la responsabilidad directa (arts. 1.365 a 1.368 CC) donde se deciden las situaciones en las que el deudor debe responder al acreedor, no sólo con el bien ganancial adquirido, sino también con la totalidad del patrimonio común.

La STS de 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4262) dispone que “no parece, por ello, que pueda ser interpretado en el sentido de que sólo responde el bien adquirido y no los demás bienes de la sociedad de gananciales, ya que en determinados supuestos la deuda será obligación de la sociedad de gananciales (artículo 1365 CC) y en tal caso responderán también, directa y solidariamente, los bienes del patrimonio ganancial (artículos 1365 y 1369 CC)”.

⁴⁷ Con anterioridad a la modificación del Código en 1981 por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, se hacía distinción entre “Juegos lícitos” y “Juegos ilícitos”.

corresponde de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia. Es decir, en este caso el precepto no recoge una responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales frente a los acreedores por la deuda contraída por el cónyuge jugador sino la obligación de restituir a la sociedad aquello que ha perdido en el juego en el caso de que haya sido pagado con bienes que pertenecen a la misma. No parece lógico que el cónyuge no jugador se beneficie de las ganancias ocasionadas por el juego, pero, en cambio, no le perjudiquen las pérdidas que en el mismo se generan. Si bien es cierto que el precepto dispone que no será necesaria la devolución cuando la cantidad se considere moderada al uso y circunstancias de la familia, criterio a seguir muy subjetivo.

De forma que, a diferencia de los supuestos explicados con anterioridad, en este precepto desaparece la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros por las actuaciones llevadas a cabo por el cónyuge.

En esta línea se encuentra la redacción del art.1372 CC donde se regula que de lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar⁴⁸ lo que se gane, responden exclusivamente los bienes privativos del deudor.

Responsabilidad del cónyuge sobre las deudas propias

Serán deudas propias del cónyuge aquellas contraídas con anterioridad al nacimiento del matrimonio, generadas por un bien privativo, de obligaciones extracontractuales que no son a cargo de la sociedad o aquellas deudas derivadas de la aceptación de una herencia, con respecto a esto último el art.995 CC nos dice que respecto a aquellas herencias aceptadas por el cónyuge sin hacerlo a beneficio de inventario sin que concurra el consentimiento del otro cónyuge a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes conyugales.

Esta responsabilidad del cónyuge sobre deudas propias cuando se halla sujeto a la sociedad ganancial se recoge en el art.1373 CC, donde se regula esta hipótesis. El cónyuge responderá con su patrimonio personal, pero, debemos tener en cuenta que, los bienes gananciales pertenecen en partes iguales a cada cónyuge y, por ello, el acreedor podrá reclamar la parte proporcional de los bienes gananciales del cónyuge para hacer efectiva la deuda en el caso de que los bienes privativos de éste no fueran suficientes para satisfacer el pago. En el caso de que el acreedor solicite el embargo de

⁴⁸ Se estará refiriendo a lo que con anterioridad a la modificación de 1989 el Código denominaba como "Juegos lícitos"

los bienes gananciales, esta acción será inmediatamente notificada al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que pertenece al deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella; es decir, en el caso de que el cónyuge no deudor solicite la sustitución estará también disolviendo la sociedad. Consecuencia de la escueta regulación recogida por el legislador en el precepto se produjeron múltiples vicisitudes procesales en las que normalmente las “esposas” utilizaban como cauces las tercerías o incidentes en ejecución⁴⁹ con lo que se buscaba entorpecer los procesos iniciados por los acreedores para lograr el cumplimiento forzoso de las obligaciones contraídas por el otro cónyuge.

Con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, se logra solventar el problema nacido del uso de la vía de la tercería para frenar los procesos ejecutivos menoscabando el derecho de los acreedores y es que, en esta Ley se vuelve a legislar sobre el precepto establecido en el Código dotándolo de un nuevo punto de vista. Se recoge el supuesto en el art.541 LEC, de forma que, frente a la comunidad de gananciales no se despachará ejecución; el cónyuge no deudor, una vez notificado del embargo de los bienes, podrá oponerse a la ejecución, oposición que, podrá fundarse, por un lado, en las mismas causas que correspondan al ejecutado o, por otro lado, en el hecho de que estos bienes no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución de los bienes gananciales. En este segundo caso, el acreedor deberá probar la existencia de responsabilidad de los bienes gananciales y, si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá solicitar la disolución de la sociedad conyugal y será el tribunal quien resuelva lo procedente sobre la división del patrimonio y podrá suspender, mientras se realiza el reparto, la ejecución relativa a los bienes comunes. Finalmente, este precepto recoge que, una vez notificado el embargo al otro cónyuge, éste estará legitimado para interponer los recursos y usar los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad.

Las deudas del cónyuge comerciante

El Código Civil hace una remisión al Código de Comercio en aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges fuera comerciante, aplicándose las reglas de responsabilidad recogidas en esta segunda norma.

⁴⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “Comentario al art.1373”, *Comentario... op.cit.*, pág.1513

El Código de Comercio regula la situación del cónyuge comerciante deudor en los art.6 y ss. Por un lado, tras la Ley de 2 de mayo de 1975, en el Código de Comercio se produjo una modificación sustancial en lo que concierne al ejercicio del comercio por persona casada, que supuso un adelanto en materia de igualdad ya que suprimió la necesidad de contar con el consentimiento del marido para que la mujer pudiera ejercer el comercio. Por otro lado, la Ley de 13 de mayo de 1981 reformadora del Código Civil, poco o nada incidió en el Código de Comercio, pero sí tuvo relevancia ya que igualó al hombre y la mujer y, como consecuencia de ello, al eliminar la traba que suponía para la mujer la necesidad de consentimiento del hombre, se limitó la responsabilidad de los bienes de ésta, ya que, con anterioridad, el marido comerciante hacía responsables a todos los bienes gananciales; con la modificación, se equipara en derechos a ambos sexos y se permite a la mujer proteger su patrimonio.

De acuerdo con lo establecido en el art.6 Cc en el caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas⁵⁰ del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. A continuación, el precepto recoge que, para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges. En este punto, podríamos suponer que debe tratarse de una aceptación expresa por parte del cónyuge no comerciante, sin embargo, el precepto siguiente prevé que el consentimiento se presumirá otorgado siempre que el otro cónyuge sea conocedor de dicho ejercicio y no se haya opuesto expresamente a que realice ese ejercicio. El art.8 Cc dispone que el consentimiento también se entenderá prestado cuando, con anterioridad a contraer matrimonio, uno de los cónyuges ejerciera el comercio y continuara con este ejercicio, una vez contraído matrimonio, sin oposición del otro. De forma que, podemos concluir que los bienes gananciales se encontrarán sujetos a responsabilidad por deudas del cónyuge comerciante siempre que el cónyuge no comerciante no comunique su oposición expresa a la actividad.

Sabemos que los bienes propios del cónyuge comerciante se encuentran sujetos a responsabilidad por las deudas adquiridas en el ejercicio del comercio, en cambio para averiguar qué ocurre con los bienes privativos del otro cónyuge, debemos acudir al art.9 Cc que regula esta cuestión, señalando que se requiere un consentimiento expreso en cada caso para poder obligar los bienes propios del cónyuge no comerciante, consentimiento que es libre y revocable⁵¹. Todos estos actos de oposición,

⁵⁰ En este caso el término "resultas" tiene un significado negativo haciendo referencia a las deudas que haya contraído el cónyuge comerciante.

⁵¹ Art10 Cc.

consentimiento y revocación deberán constar, para la protección de terceros, en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil; a pesar de que el cónyuge no comerciante es titular de este derecho, en ningún caso, podrá realizar un acto de revocación en perjuicio de los derechos que haya adquirido un tercero con anterioridad⁵².

⁵² Art.11 Cc

III. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Se regula a lo largo de los arts. 1435 y ss del Código Civil. Como ya se explicó con anterioridad, a este régimen se le otorga carácter supletorio legal de segundo grado, a pesar de que, en ciertas comunidades autónomas con derecho foral propio (como el caso de Cataluña o Baleares) tenga carácter de régimen supletorio legal de primer grado. A diferencia del régimen de gananciales, éste tiene una normativa mucho más reducida y fácil de comprender. Tras la reforma de 1975 del Código surgió una corriente⁵³ doctrinal que apostaba por la elevación de este régimen a supletorio legal de primer grado. No fue apoyada por los legisladores en base a que se trata de un régimen que desprotege a aquel cónyuge que carece de recursos económicos suficientes o donde pueda existir un claro desequilibrio entre los patrimonios de ambos.

En este régimen nos encontramos con dos patrimonios separados sin la existencia de una masa patrimonial común consecuencia del matrimonio, de forma que, no existe ningún tipo de unión o de confusión de patrimonios ni tampoco, ningún tipo de comunidad⁵⁴, el hecho de que no exista una comunidad de bienes es considerado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA⁵⁵ como un dato negativo ya que no nace entre ellos un patrimonio que puedan disponer ambos, quedando como único vínculo económico entre ellos la convivencia, el consumo común y las obligaciones familiares. Esta independencia patrimonial se asienta en tres principios fundamentales: separación de titularidades, separación de gestión, goce y disposición de los bienes, y separación de responsabilidad⁵⁶.

Por un lado, un matrimonio se hallará sujeto al régimen económico de separación de bienes cuando, de acuerdo con lo establecido en el art.1.345 CC, que recoge la *separación de bienes convencional*, hayan decidido iniciarse en este régimen como consecuencia de la propia voluntad, cuando sin haber pactado expresamente este régimen hubieren establecido mediante pacto en las capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales o, finalmente, cuando con anterioridad el matrimonio se encontrase subordinado al régimen supletorio legal o al régimen de participación se proceda a la disolución de éstos siguiendo vigente el matrimonio se

⁵³ La causa de que esta corriente surja a partir de ese momento se debe a que, con anterioridad a la modificación de 1975, el requisito de la licencia marital daba ocasión al varón de intervenir en la gestión extraordinaria del patrimonio de su mujer (LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho de familia fascículo III*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 518).

⁵⁴ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.215.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho...op.cit.*, pág.518.

⁵⁶ ÁLVAREZ OLALLA P., *Manual de derecho civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coordinador) Bercal S.A., Madrid, 2018, pág. 202.

regirá, a partir de ese momento, salvo pacto en contrario, por el régimen de separación de bienes. Por otro lado, el matrimonio se regirá por este régimen cuando se produzca una *separación de bienes judicial*⁵⁷, lo que tendría lugar cuando estemos en alguno de los casos estudiados en los apartados anteriores de la sociedad de gananciales (tras el embargo de los bienes gananciales consecuencia de una deuda privativa el cónyuge no deudor solicita la sustitución y con ello la liquidación de la sociedad ganancial), en esta situación el matrimonio seguirá vigente al igual que la convivencia; pero, el cónyuge no deudor solicitará, ante el órgano judicial, la disolución del régimen ganancial o de participación, y a instancia judicial el matrimonio pasará a regirse por el régimen de separación de bienes. Finalmente, el matrimonio estará sujeto a este régimen como consecuencia de una *separación de bienes legal*, que se produce en aquellos casos tasados por ley, por ejemplo, en el caso de un menor emancipado que decide contraer matrimonio podrá pactar sin consentimiento de sus tutores legales el régimen de separación de bienes.

1. NATURALEZA JURÍDICA

El régimen económico de separación de bienes tiene su origen en el Derecho Romano, concretamente en el matrimonio *sine manu* donde el marido no disponía de la potestad sobre la persona o bienes de la esposa, en consecuencia, aquel patrimonio que pertenecía a la mujer con anterioridad al matrimonio seguía ostentándolo una vez que este se contrajera; se trataba de una separación combinada con la dote. Era un matrimonio más libre que el *cum manu*, ya que en este la mujer podía conservar los lazos con su familia y los bienes y derechos hereditarios de ésta pues se mantenía bajo la potestad del padre. Como consecuencia de mantener este lazo familiar, el marido no tenía potestad para administrar ni disfrutar de los bienes de su esposa, de forma que existía en este matrimonio una separación absoluta de patrimonios. A pesar de tratarse de un matrimonio más libre, al igual que el marido no poseía los bienes de la mujer tampoco tenía el deber de alimentos con ella; este matiz fue el que dio lugar a que el legislador, en nuestro Código no estableciera el régimen de separación de bienes como supletorio legal de primer grado ya que, esta característica se mantendría en nuestro derecho desprotegiendo a aquel cónyuge que tuviere una capacidad económica menor y que, por las características de la sociedad de la época, solían ser las mujeres. De

⁵⁷ Esta demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribirse, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme también se anotará en el Registro Civil (art.1.436 CC).

forma que, el hecho de adoptar el régimen ganancial como primario tuvo razón más en una causa social que jurídica.

2. SEPARACIÓN DE BIENES: CLASIFICACIÓN PATRIMONIAL

En este régimen no es necesario realizar una clasificación patrimonial puesto que, pertenecerán a cada cónyuge los bienes que ya tuvieran una vez sujetos al régimen y, todos aquellos que adquieran con posterioridad por cualquier título. De acuerdo con esto, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de sus bienes⁵⁸. Resulta indiferente la procedencia del bien, serán propiedad en exclusiva de cada cónyuge sean consecuencia de su trabajo, rentas de sus bienes... Si se formase una comunidad de carácter conyugal, sería respecto a algún bien en concreto, y sería una comunidad ordinaria regida por los arts.392 y ss. CC⁵⁹. No rige el mecanismo de subrogación real ya que, en el régimen de separación de bienes no es necesario satisfacer las finalidades que la subrogación real cumple en el régimen legal⁶⁰.

El legislador consideró que no era necesaria una presunción de titularidad de los bienes como en el régimen ganancial, pero, en caso de falta de prueba de esa titularidad consecuencia de una íntima convivencia, pueden producirse complicaciones insolubles por la confusión de mobiliario, dinero aportado e ingresos⁶¹, por ello, el art.1441 CC regula que, en aquellos casos en los que no sea posible acreditar a qué cónyuge pertenece el bien o derecho, pertenecerá a ambos en partes iguales. De acuerdo con lo recogido en este precepto, los acreedores podrán embargar la mitad de aquellos bienes en los que el otro cónyuge no haya podido probar su titularidad.

a) Las cargas del matrimonio: deber de sostenimiento

De acuerdo con lo establecido en el art.1.438 CC, los cónyuges deberán contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio; en el caso de que no exista un convenio al efecto, lo harán en proporción a sus respectivos recursos económicos, si los recursos de un esposo no bastan para hacer frente a las necesidades, éstas habrán de cubrirse, ya sin proporcionalidad, con los medios del otro pero, la verdad es que la proporcionalidad no se rompe ni siquiera en este caso, porque si uno aporta todos los recursos de que dispone, también ha de aportar el otro todos los suyos⁶².

⁵⁸ Art.1.437 CC

⁵⁹ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.217.

⁶⁰ÁLVAREZ OLALLA P, *Manual...op.cit.*, pág.202.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho...op.cit.*, pág.520.

⁶² ALBALADEJO,M., *Curso de derecho...op.cit.*, pág.193.

El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que será señalada por el Juez en caso de que no exista acuerdo a la extinción del régimen de separación. Esta indemnización sólo será posible según la interpretación del Tribunal Supremo cuando el otro cónyuge se dedique en exclusiva a las tareas domésticas, así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011⁶³ *para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art.1438 CC será necesario (...) 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado en casa. Además, esta sentencia también recoge el hecho de que deben excluirse criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge, éstos no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir en el trabajo doméstico. Por tanto, al “trabajo en casa” se le considera como aportación para el levantamiento de las cargas y fuente de una compensación*⁶⁴. El Tribunal Supremo a través de la sentencia de 25 de noviembre de 2015⁶⁵, dispone que, el hecho de que una tercera persona haya ayudado en las tareas domésticas no impide a ese cónyuge ejercitar su derecho a la compensación económica recogida en el art.1438 CC; además, en esta sentencia se establecen ciertos criterios para poder valorar la dedicación al trabajo doméstico puesto que el Código Civil no los recoge; *una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, un segundo criterio proporcional (...) reclamando en su vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido. El 28 de febrero de 2017*⁶⁶ a través de la sentencia, el Tribunal Supremo se ratifica en el hecho de que las labores del hogar deben tener una dedicación exclusiva por parte del cónyuge: en este litigio se debatía el derecho a percibir una compensación económica por parte del marido a aquella mujer que durante el régimen de separación se había dedicado a las tareas de hogar y, ocasionalmente *“colaboraba en la sociedad y actividad empresarial que desarrollaba el marido realizando labores administrativas(...) que el domicilio social de dicha mercantil se encontraba en la propia vivienda familiar” el Tribunal consideró que se “ niega el derecho a percibir una pensión compensatoria de su esposo porque la relación conyugal no le ha impedido el desempeño de ningún puesto de trabajo y tampoco la pérdida de expectativas de tal naturaleza”*. Esta misma postura fue mantenida por el Tribunal Supremo con anterioridad, en la sentencia dictada el 26 de marzo de 2015⁶⁷, en este

⁶³ RJ 2011\5122.

⁶⁴ Díez- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.218.

⁶⁵ RJ 2015\5322.

⁶⁶ RJ\2017\673.

⁶⁷ RJ\2015\1170.

período el Tribunal estuvo fallando siempre en contra de las sentencias dictadas por los órganos judiciales inferiores que mantenían una postura contraria a la de éste. Pero, el 26 de abril 2017 el Tribunal Supremo da un giro a la doctrina que hasta el momento había seguido en cuanto a la “compensación económica” ex art. 1438 CC reafirmando la valoración realizada por la Audiencia Provincial declarando la sala “ *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 compensación (...) dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar*⁶⁸”

b) Gestión de bienes o intereses del otro cónyuge

El Código, a través del art.1439 CC contempla la posibilidad de que uno de los cónyuges administre los bienes o intereses pertenecientes al otro cónyuge como consecuencia de un mandato expreso, tácito derivado de *facta concludentia* o de una gestión de negocios sin mandato⁶⁹.

De forma que, si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero, a diferencia de éste, no tendrá que rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, a no ser que se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio. Es decir, esta excepción solo será aplicable en el caso de que los bienes o intereses hayan sido invertidos en la atención del levantamiento de las cargas del matrimonio. En general, tanto si la mujer recibe dinero del marido para aplicarlo a los gastos domésticos, como si éste percibe los frutos de los bienes de la mujer no ha de verse en tales percepciones una donación⁷⁰.

c) Responsabilidad por obligaciones contraídas

Al encontrarse los cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes las obligaciones contraídas por cada uno de ellos serán de responsabilidad personal exclusiva. Si bien es cierto que el art.1440 CC establece una excepción a esta responsabilidad exclusiva en lo referente a las obligaciones contraídas como consecuencia del ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, pues en esta hipótesis responderá el cónyuge no deudor de forma subsidiaria⁷¹; en el caso de que uno de ellos agote sus recursos sin poder hacer frente a la parte que le correspondiere de la

⁶⁸ RJ\2017\1720.

⁶⁹ DÍEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.218.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho...op.cit.*, pág.528.

⁷¹ En el caso de que el matrimonio tenga lugar dentro del Derecho civil Catalán, la responsabilidad del cónyuge no deudor será solidaria.

obligación, responderá el otro cónyuge subsidiariamente con sus bienes, esta excepción deriva del hecho de presuponer que cuando uno de los cónyuges ejercita la potestad doméstica posee el consentimiento del otro cónyuge para llevarla a cabo.

En el caso de que la responsabilidad derive de la obligación nacida como consecuencia de la tenencia o adquisición de bienes comunes o de cualquier otro bien que no se haya podido probar su titularidad, se presume que responderán los patrimonios de ambos cónyuges en partes iguales.

A pesar de lo que se regula en la normativa, los cónyuges podrán fijar pactos recogidos en un acta suscrita por ambos ante notario donde se estipule la forma en que responderá cada cónyuge de las obligaciones.

Podemos decir que, en este régimen, nos encontramos con tres tipos de deudas: así, las privativas y las domésticas, estas son las recogidas en el Código Civil, pero, si acudimos al Código de Comercio observamos que en él se recoge un tercer tipo, las deudas *ex commercio* en su art.6 y ss encontramos que estos preceptos también se aplicarán a aquellos matrimonios que se hallen sometidos al régimen de separación de bienes. El cónyuge comerciante responderá con todos sus bienes presentes y futuros, pero, a diferencia del régimen de gananciales, el cónyuge no comerciante únicamente responderá directa y solidariamente con sus bienes en el caso de que consienta expresamente el ejercicio del comercio por su consorte, circunstancia que ocurrirá en contadísimas ocasiones, no siendo relevante (como sí lo era en el régimen ganancial) que se oponga o no expresamente o que conozca o no el ejercicio del comercio⁷².

⁷² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo... op.cit.*, pág.423.

IV. RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Este régimen se encuentra regulado en el Código civil a lo largo de los art. 1411 y ss. DíEZ-PICAZO considera que la idea de este régimen guarda gran similitud con la sociedad entre cónyuges; pues se trata de una comunidad obligatoria, donde los patrimonios continúan separados durante la vida conyugal, pero en la fase de liquidación se establece una participación en las ganancias obtenidas por los mismos⁷³. De forma que, cuando un matrimonio se encuentra sujeto a este régimen, en la práctica, durante la vigencia del matrimonio actuarán como si se hallaren sujetos al régimen de separación de bienes, pero la “sociedad” se liquidará de forma similar a como lo hace la comunidad ganancial. Con ello, se evitan los inconvenientes prácticos del régimen de gananciales, derivados del sistema de cogestión y disposición⁷⁴ mutua de los bienes, pero, en contraposición a este beneficio, comporta mucha dificultad a la hora de liquidación de la sociedad.

De acuerdo con lo recogido en el art.1411 CC, los cónyuges, al someterse al régimen de participación, adquieren el derecho de crédito a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo que se encuentren bajo este régimen. No existirán bienes comunes durante el matrimonio, será en la liquidación cuando se realice el balance de las pérdidas y las ganancias que obtuvo cada uno de éstos con o en su patrimonio. Por ello, no existe en sí misma una participación de ambos cónyuges en las ganancias del otro, sino que, el cónyuge que haya obtenido un incremento menor o inexistente en su patrimonio se beneficiará del aumento que se produjo durante en matrimonio en el patrimonio de su consorte. Este régimen se extinguirá, de acuerdo con lo establecido en el art.1415 CC, por los mismos supuestos que se puede producir la extinción del régimen ganancial, de modo que, cuando se proceda a extinguir el régimen de participación se estará a lo dispuesto en los arts.1392 y 1393 CC. Existe una causa tasada en virtud de la cuál no se procederá a la comparación de ganancias de los cónyuges, que es el caso de que uno de ellos haya actuado de mala fe, pero, para que esta actuación se haga efectiva será necesario que se recoja en sentencia de nulidad matrimonial; en este caso, el cónyuge que haya actuado de buena fe podrá regirse por lo establecido en el art.95 párrafo 2º CC, donde se recoge que el cónyuge de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte a pesar de hallarse sometidos al régimen de participación.

⁷³ DíEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.222.

⁷⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo... op.cit.*, pág.429

Con este régimen el legislador buscaba aunar las ventajas que entraña cada uno de los regímenes explicados anteriormente, a pesar de ello, apenas es utilizado por matrimonios en nuestra sociedad, quizá por desconocimiento. Con la reforma de 1981, podría haberse recogido como supletorio legal⁷⁵. Si bien es cierto que éste evita los inconvenientes prácticos de la sociedad ganancial, desprotege a la persona que dedica su tiempo a realizar aquellas tareas del hogar por las que no recibe remuneración alguna, ya que este régimen se limita a aportar un derecho de crédito en el momento en que se produce la liquidación y, con ello, si el cónyuge carece de unos recursos económicos similares al inicio del matrimonio, la desigualdad entre ambos patrimonios tiende a perpetuarse.

1. NATURALEZA JURÍDICA

Se trata de un régimen mucho más moderno que los estudiados con anterioridad. Nace como consecuencia de la equiparación de los cónyuges en materia de igualdad dentro del Derecho de Familia; con motivo de la evolución social, las mujeres logran irrumpir en el mercado de trabajo y obtienen una independencia económica que propicia la modificación del Código en 1981 para la introducción de este régimen. Es a lo largo de los siglos XIX y XX cuando se produce la transformación de los sistemas económicos matrimoniales y, con ella, la creación de este régimen.

Ha sido en el Derecho alemán donde ha tenido un mayor arraigo tras la reforma de 1957 consecuencia de su Ley de igualdad promulgada ese año. Otros países añadieron a su ordenamiento jurídico este régimen tras la aparición del mismo en Alemania; fue el caso de nuestro país donde se introdujo tras la reforma de 1981 o de Francia, que lo incluyó en su derecho en 1965 siguiendo el modelo alemán. En España, tras los primeros años de vigencia de la norma que regulaba este régimen, apenas se acogieron diez parejas por año⁷⁶. En la actualidad, se trata de un régimen de gran fuerza dentro de la sociedad germana, en cambio, no se logró este mismo efecto en otros países como España, donde sigue primando el pacto capitular de regímenes clásicos.

2. NORMAS DE LIQUIDACIÓN

Para que rijan las normas de liquidación es necesario que se produzca la extinción del régimen de participación, de acuerdo con lo establecido en el art.1415 CC, ésta podrá

⁷⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. en *Estudio legislativo... op.cit.*, pág.429 dice que pudo ser el régimen legal en los territorios no sometidos al Derecho foral o especial, si hubiera prosperado la enmienda del Partido Socialista que, en el momento de discutirse la Ley de 13 de mayo de 1981, se encontraba en la oposición.

⁷⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo... op.cit.*, pág.429

producirse por los motivos previstos en los arts. 1392 y 1393 CC, donde se regulan las causas de extinción de la sociedad de gananciales, es a partir de este momento donde entran en juego las reglas de gananciales aplicables a este pacto capitular, pues mientras se halla vigente se regirá, además de por las normas propias del mismo, por normas pertenecientes al sistema de separación de bienes. Como estudiamos, el art.1393 CC recoge el caso de extinción del régimen pactado, aunque la misma no lleve pareja el fin de la relación matrimonial. Para proceder a la extinción se aplicará lo dispuesto en los arts. 1394 y 1395 CC, que será únicamente de aplicación para la elaboración de inventario del patrimonio perteneciente a cada uno de los cónyuges; en el caso de que existieran bienes en copropiedad sí será de aplicación lo dispuestos en los preceptos en su totalidad.

El régimen, en relación con lo recogido en el art. 1416 CC, podrá extinguirse a solicitud de uno de los cónyuges en el caso de que el otro comprometa gravemente sus intereses como consecuencia de llevar a cabo una administración irregular de los bienes propios.

De este modo, una vez que se hubiere producido la extinción del régimen procederá la correspondiente liquidación, haciendo efectivo el derecho de crédito nacido con anterioridad. Para la realización de la liquidación será necesario determinar las ganancias que se deriven de las diferencias entre el patrimonio inicial y final de los cónyuges. Por ello es necesario cuantificar el patrimonio final de ambos cónyuges y, en el caso de que al inicio del régimen no se realizara un inventario de bienes, también deberá realizarse en este momento la cuantificación del patrimonio inicial de los cónyuges a fin de poder determinar las ganancias obtenidas durante el transcurso del matrimonio.

a) Patrimonio inicial

Formarán parte de este patrimonio inicial de cada cónyuge aquellos bienes y derechos que le pertenecieran con anterioridad al inicio del régimen y aquellos que hubiere adquirido con posterioridad a título de herencia, donación o legado⁷⁷; este segundo tipo de bienes se consideran también propios de la persona en la sociedad ganancial, sin tener el otro cónyuge derecho a una parte de los mismos, por tanto es lógico que, aunque se obtengan en un momento posterior al nacimiento del régimen no deben formar parte de las ganancias generadas por el cónyuge. Para que no existan discrepancias a la hora de fijar el patrimonio inicial, lo mejor es llevar a cabo al inicio un inventario de los bienes, a fin de evitar controversias posteriores que pudieren surgir en

⁷⁷ Art. 1418 CC.

la liquidación y con ello, la dificultad de probar, en ciertas ocasiones, la titularidad del bien.

De este activo dice el art.1419 CC, se procederá a deducir el pasivo perteneciente al cónyuge al empezar el régimen; donde se incluyen las obligaciones y, en el caso de que se produjeran, las sucesiones o aquellas cargas inherentes a la donación o legado, con una excepción, mientras no excedan de los bienes heredados o donados.

Una vez realizada la cuenta del activo y pasivo inicial, podría suceder que la misma resultara negativa, para esta situación el art.1420 CC establece que se entenderá que no existe un patrimonio inicial, lo que implica que tendrá un valor de cero, pero, la realidad es que la cuenta puede resultar negativa y no nula, por ello, de acuerdo con DíEZ PICAZO y GULLÓN debería existir una cifra negativa y las ganancias no deberían producirse hasta después de absorber tal cifra negativa⁷⁸.

Finalmente, el art.1421 CC aclara que, los bienes que constituyen el patrimonio inicial deberán estimarse acorde al estado y valor que tenían cuando se inició el régimen o cuando se hubieran adquirido, esta regla, se aplicará en el caso de que no se hubiera realizado inventario al comenzar y, la cuantificación del patrimonio inicial se realice en un momento posterior o en la liquidación. Como consecuencia de esto, no se tendrán en cuenta las mejoras realizadas en los bienes a lo largo del matrimonio que dieran lugar a un incremento en su valor para el cómputo del patrimonio inicial, pero se constituirán como una ganancia del cónyuge en su patrimonio. En todo caso, el importe de la estimación deberá ser actualizado el día en que el régimen llegue a su fin. Resulta favorecido frente a esta regla aquel cónyuge titular de bienes depreciables frente al que ostenta la titularidad de bienes de inversión⁷⁹.

b) Patrimonio final

El patrimonio final estará constituido, de acuerdo con lo establecido en el art.1422 CC, por los bienes y derechos que pertenecieran al cónyuge en el momento de terminación del régimen, de éste se deducirán aquellas obligaciones que no hubieran sido satisfechas en el momento de disolución. El patrimonio final es la totalidad de bienes que ostenta cada cónyuge al finalizar el régimen, tanto aquellos iniciales que sigan en su posesión como cualquiera que hubiese obtenido con posterioridad con independencia de que fueran adquiridos a título oneroso o lucrativo. Además, los arts. 1423 y 1424 CC establecen que se computarán al patrimonio final de uno de los

⁷⁸ DíEZ- PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema... op.cit.*, pág.224.

⁷⁹ ÁLVAREZ OLALLA P, *Manual...op.cit.*, pág.211.

cónyuges el valor de aquellos bienes que, por un lado, se hubiesen dispuesto a título gratuito, es decir, donado, sin el consentimiento del otro salvo liberalidades de uso y, por otro lado, los derechos del cónyuge que hubiesen sido transferidos por el otro cónyuge fraudulentamente.

A diferencia del patrimonio inicial donde se exigía la actualización del importe estimado del mismo, en el patrimonio final no es necesario realizarla puesto que se fija para este el valor que tienen los bienes en el momento actual de la disolución. En el caso de aquellos bienes que se incluyen en el patrimonio final del cónyuge como consecuencia de la realización de los actos enmarcados en los arts. 1423 y 1424 CC, se tendrá en cuenta el valor que tendrían los mismos en el momento de terminación del régimen⁸⁰. En el apartado anterior dijimos que no se tendrían en cuenta las plusvalías y mejoras que se produjeran en los bienes que formaban parte del patrimonio inicial para el cómputo del mismo, en cambio, éstas sí se tendrán en cuenta para la cuantificación del patrimonio final, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad ganancial donde el cónyuge titular de un bien antes del inicio de la misma no deberá comunicar el aumento de valor que se haya producido en el bien.

Finalmente, el art. 1426 CC dispone que aquellos créditos que existan entre los cónyuges, incluso habiendo nacido como consecuencia de haber atendido o cumplido obligaciones entre ellos, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor. De forma que, esta deuda formará parte del pasivo para un cónyuge y del activo para el otro, con la consecuencia de que la deuda que tiene uno con el otro pueda llegar a amortizarse por la diferencia positiva para un patrimonio y negativa para el otro que pueda existir.

c) Cálculo del derecho de crédito

Tras haber delimitado los patrimonios tanto iniciales como finales de cada uno de los cónyuges, se procede a calcular la diferencia entre los patrimonios de cada uno para poder fijar así las ganancias que hayan obtenido a lo largo de la vigencia del régimen. En este punto la ley contempla dos opciones, por un lado, que ambos arrojen un resultado positivo o, por otro lado, que uno sea positivo y el otro negativo.

Para el caso de sendos resultados positivos, el art.1427 CC establece que, el cónyuge que haya experimentado un incremento menor en su patrimonio tendrá derecho a percibir la mitad de lo que resulte de restar del incremento del otro cónyuge su propio incremento. En cambio, para el caso de que sólo uno de los resultados sea positivo, el

⁸⁰ Art. 1425 CC.

art. 1428 CC regula que, el derecho de participación consistirá en distribuir por mitades el incremento del patrimonio de uno de los cónyuges. La ley no contempla el hecho de que ambos patrimonios sean negativos, ya que, de ello se desprende que no existe un resultado negativo sino nulo y, por consiguiente, no se procede a ninguna repartición de la deuda ya que, aunque a efectos prácticos sea negativa, a efectos legales de participación es nula.

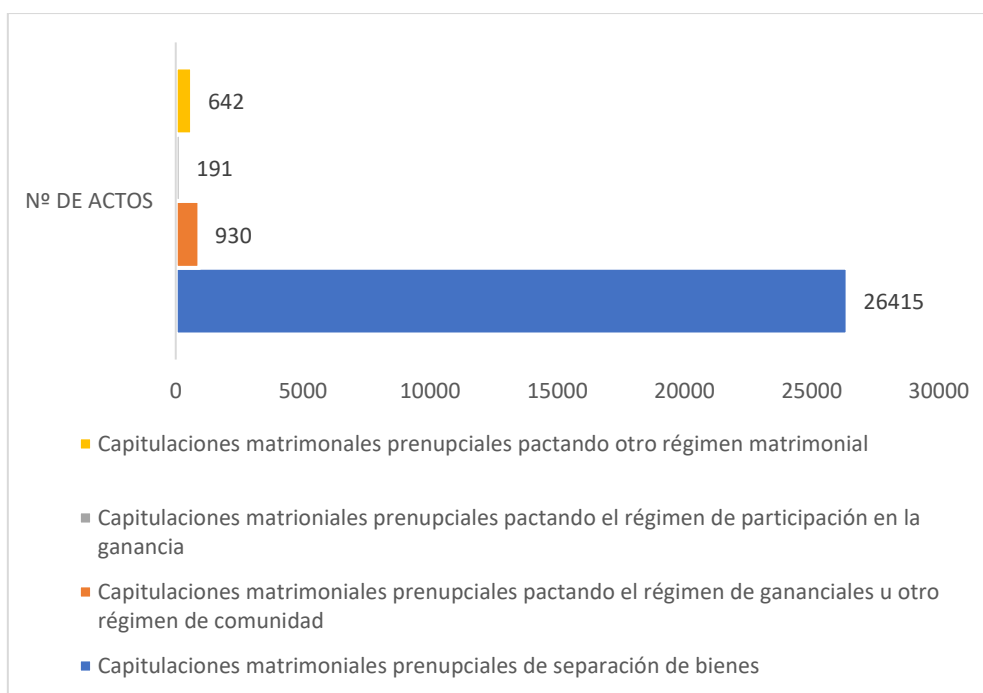
La participación de los cónyuges en las ganancias del otro se realiza, como regla general, por mitades. Sin embargo, el art. 1429 CC contempla la posibilidad de pactar una participación distinta de la mitad al inicio del régimen, pero esta deberá ser la misma en ambos patrimonios y en favor de uno y otro, en ningún caso, el porcentaje de participación podría ser mayor en favor de un cónyuge sobre el patrimonio del otro o viceversa. En cambio, no podrá pactarse lo recogido en el precepto anterior en el caso de que existan descendientes no comunes, en esa situación, únicamente podrá convenirse, de acuerdo con el art.1430 CC, una participación por mitades; esta limitación se regula para lograr la protección de terceros en lo que atañe a derechos hereditarios.

Una vez cuantificado el derecho de participación se procederá al pago de éste, que deberá realizarse en dinero o, en caso de acuerdo entre los interesados o si el juez lo concediese, podrá satisfacerse a través de bienes concretos.

CONCLUSIONES

A lo largo del estudio se examinaron las diversas fórmulas a las que pueden acogerse los sujetos contrayentes, analizando en cada una de ellas cómo se encontraban afectos los bienes de cada uno de los cónyuges en aquellas situaciones que uno puede no plantearse al iniciar el matrimonio.

En nuestro territorio, la mayor parte de los matrimonios optan por no pactar capitulaciones matrimoniales al inicio y quedar, como consecuencia de ello, sometidos al régimen legal supletorio de primer grado. Según los datos recogidos por el INE, en España se celebraron en el año 2018 173.626 matrimonios; si acudimos a las estadísticas del Consejo General del Notariado, concretamente al apartado de los contratos por razón de matrimonio del 2018, se puede revisar el número de matrimonios que decidieron pactar capitulaciones matrimoniales:



Fuente: Consejo General del Notariado (elaboración propia)

Como se puede observar, la mayor parte de los matrimonios que decidieron llevar a cabo capitulaciones matrimoniales prenupciales, optaron por la fórmula del régimen de separación de bienes. De todos los matrimonios celebrados, un 15,21% decidieron acogerse a esta modalidad a través del pacto capitular⁸¹. El hecho de que sea el régimen más pactado en capitulaciones se debe a que en la mayor parte del país no es el régimen legal supletorio de primer grado. En cambio, lo que resulta llamativo es el índice

⁸¹ Existen territorios, como ya hemos explicado, donde el matrimonio se encuentra inmerso en el régimen de separación de bienes sin necesidad de pactar capitulaciones.

de adeptos al régimen de participación pues, a pesar de tratarse de un régimen que podría adaptarse bastante bien a las necesidades de las personas en la sociedad actual, no se hace uso del mismo; esto quizá se deba a un desconocimiento de sus beneficios o a una falta de información aportada por los notarios a los cónyuges en el momento de capitular.

En su momento tuvo lógica su instauración como supletorio legal de primer grado puesto que la estructura económica familiar se sustentaba en los ingresos aportados por el cónyuge varón pero, en la actualidad y, sobre todo en los últimos años tras la crisis económica sufrida y con la incorporación de la mujer al mercado laboral y a los estudios universitarios, queda demostrado que este régimen no hace más que desproteger el patrimonio del cónyuge que no realice actividades comerciales que puedan desencadenar una serie de responsabilidades económicas, pues la mayoría de los cónyuges son económicamente dependientes. Por este motivo, es posible que el legislador deba plantearse el hecho de que este régimen tiene más inconvenientes que ventajas, regulándose otra modalidad de régimen que, dentro de nuestro derecho, puede ofrecer la seguridad jurídica a los patrimonios dentro del matrimonio y, en cierto modo, seguridad económica en el caso de que el matrimonio llegara a su fin y uno de los cónyuges hubiese decidido dedicar su vida por entero a facilitar que su consorte lograra grandes ganancias. Además, el régimen de gananciales es el que da lugar al mayor número de litigios en nuestro país

El legislador, con el régimen ganancial, busca la pervivencia del matrimonio como “comunidad de vida”, si bien es cierto que esta ha ido evolucionando hacia un cariz más contractual como hemos podido observar a lo largo del trabajo. Desde mi punto de vista, es necesario mantener viva dentro de la entidad matrimonial la “comunidad de vida” basándose en ideales puros de equidad e igualdad entre cónyuges y, no relegando la unión, a un mero contrato entre las partes. A pesar de ello, es innegable que, en la actualidad, el matrimonio tiene un gran tinte contractual.

Como bien es sabido, no existe una fórmula perfecta a la cual acogerse, pues en cada una de ellas encontramos una serie de ventajas e inconvenientes apreciables a simple vista. En el régimen de participación, que es por el que nos decantamos, detectamos dos problemas clave: por un lado, en el momento de efectuar la liquidación existen grandes complicaciones para el cálculo de patrimonios y, por otro lado, podría ocurrir que nunca se produjera esa disolución y, por tanto, los cónyuges siempre se hallarían sujetos a un régimen de separación de bienes. De forma que, si ocurriese este segundo supuesto, estaríamos dando a entender que el régimen más favorecedor es el de

separación de bienes cuando no lo consideramos como tal. Las principales ventajas del régimen de participación son: en primer lugar, mientras este existe, que ningún cónyuge es responsable de las deudas generadas por el otro progenitor y, en segundo lugar, que, en el momento de su disolución ambos serán partícipes de las ganancias producidas durante la vigencia del matrimonio.

En el régimen de gananciales también podemos encontrar múltiples ventajas e inconvenientes. Considero que la principal desventaja, causante de que sea el régimen menos atractivo de todos para mí, es la inseguridad patrimonial. Cuando los contrayentes deciden acogerse a este régimen, se produce una fusión de patrimonios no existiendo distinta propiedad, salvo en aquellos bienes obtenidos con anterioridad como hemos explicado. El hecho de que todo el patrimonio se encuentre sujeto a las responsabilidades nacidas del incumplimiento de una obligación es, desde mi punto de vista, cuanto menos peligroso, sobre todo en una sociedad donde ambos tienden a aportar ganancias a la comunidad. En momentos de bonanza económica, los cónyuges pueden no considerar esto un inconveniente, puesto que no tiene por qué producirse una situación de falta de liquidez, en cambio, tras la crisis sufrida, se puede observar cómo esta fórmula es un “callejón sin salida” pues, por mucho que el cónyuge no deudor, intente salvar aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio, es muy difícil probar la titularidad privativa de éstos. Hasta cierto punto, puede decirse que crea una indefensión jurídica al cónyuge no deudor. En cambio, debe reconocerse que también se trata de un régimen con una gran ventaja, pues, al igual que las deudas son comunes, también lo son todas las ganancias durante el matrimonio; es en este régimen donde observamos que entre ambos cónyuges se produce una unión absoluta. Así pues, podría decirse que se trata de un régimen donde debe valorarse si tiene mayor peso la ventaja o el inconveniente; sin duda, es favorecedor cuando una de las partes se dedica por entero a aquellas labores familiares que no son remuneradas.

Finalmente, en el régimen de separación de bienes, encontramos las ventajas e inconvenientes del régimen ganancial invertidas. Por un lado, no existe riesgo ante las deudas, pero, por otro lado, tampoco existe beneficio sobre las ganancias ajenas. Este régimen hace desaparecer el concepto de “comunidad de vida”, ya que parece que cada cónyuge es completamente independiente. En él sí encontramos un cariz mucho más contractual que en el anteriormente explicado. Este régimen equivaldría a llevar una vida donde no exista prácticamente un matrimonio, se produce la unión de las personas a efectos civiles pudiendo beneficiarse de derechos que quizá sería más difícil obtener si no fueran un matrimonio.

En conclusión, en cada uno tenemos unas ventajas e inconvenientes que deben valorarse a la hora de decidir a qué régimen se quiere adscribir uno. Si uno de los cónyuges fuera comerciante y el otro trabajador por cuenta ajena quizá les convendría pactar el régimen de participación. Puede ocurrir que, el régimen que sea beneficioso para un cónyuge no lo sea para el otro, por ejemplo, que uno de ellos tenga una gran riqueza y el otro apenas posea rentas, el primero querrá separación de bienes, mientras el segundo optaría por gananciales. Quizá el legislador podría plantearse la creación de un régimen en el cual los cónyuges sean partícipes de las ganancias durante el matrimonio, pero no lo sean de las deudas, si bien es cierto, los cónyuges a la hora de capitular pueden pactar modificaciones, dejando el legislador la puerta abierta para que, en cierto modo, exista una libertad casi absoluta, sobre aquello que desean compartir los esposos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil IV derecho de familia*, Edisofer S.L., Madrid, 2008.

ALEJÁNDREZ PEÑA P., "Comentario al art.1318" en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "Comentario al art.1330" en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010.

ÁLVAREZ OLALLA P., *Manual de derecho civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coordinador) Bercal S.A., Madrid, 2018.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil Volumen IV/1*, Anaya, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ URZANINQUI, F. J., *Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges*, Revista Jurídica Navarra, nº33, 2002, págs. 49-88.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Comentarios a los arts. 1362, 1369, 1370 y 1373", en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J.L. Y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho de familia fascículo II*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

Derecho de familia fascículo III, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

RAGEL SÁNCHEZ, LUIS F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

Estudio Legislativo y jurisprudencial de derecho civil: familia, Dykinson, Madrid, 2001.

LEGISLACIÓN

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, régimen económico del matrimonio.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm.704/1965 de 28 de octubre 1965, RJ 1965\4748.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 711/1994 de 18 de julio de 1994, RJ 1994\6447.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 158/2000 de 24 de febrero de 2000, RJ 2000\809.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 262/2004 de 31 de marzo 2004, RJ 2004\2024.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 564/2006 de 31 de mayo de 2006, RJ 2006\3502.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 991/2008 de 5 de noviembre de 2008, RJ 2009\3.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 566/2008 de 20 de junio de 2008, RJ 2008\4262.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 188/2011 de 28 de marzo de 2011, RJ 2011\939.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 534/2011 de 14 de julio de 2011, RJ 2011\5122.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 184/2012 de 2 de abril de 2012, RJ\2012\5271.

Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Civil) núm. 135/2015 de 26 de marzo de 2015, RJ\2015\1170.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 614/2015 de 25 de noviembre de 2015, RJ 2015\5322.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 10/2016 de 1 de febrero de 2016, RJ 2016\498.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 559/2016 de 21 de septiembre de 2016, RJ 2016\4451.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 136/2017 de 28 de febrero de 2017, RJ\2017\673.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 252/2017 de 26 de abril de 2017, RJ\2017\1720.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm.668/2017 de 14 de diciembre de 2017, RJ 2017\5355.

Sentencia del tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 246/2018 de 24 de abril 2018, RJ 2018\1599.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 641/2018 de 20 de noviembre de 2018, RJ 2018\5086.