



La separación de bienes. El régimen de participación en las ganancias

Unidad 10

M^a DOLORES MAS BADIA

30/07/2021



Este texto está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

They may be copied, distributed and broadcast provided that the author and that publishes them are cited. Commercial use and derivative works are not permitted. The full licence can be consulted on [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

La separación de bienes. El régimen de participación en las ganancias

Unidad 10

SUMARIO: I. Introducción. II. La separación de bienes. A. Concepto. B. Supuestos en que opera. C. La separación de titularidades y sus consecuencias. a. Titularidad de los bienes. b. Administración y disposición de los bienes. c. Responsabilidad patrimonial por deudas. d. Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. D. Extinción del régimen de separación de bienes. E. Liquidación del régimen de separación de bienes. III. El régimen de participación en las ganancias. A. Concepto y rasgos básicos. B. Causas de extinción. C. Liquidación del régimen de participación. a. Cálculo del patrimonio inicial de cada cónyuge. b. Cálculo del patrimonio final de cada cónyuge. c. Cálculo de la ganancia. D. Pago y garantía del crédito de participación.

En esta lección se ofrecen ideas básicas sobre la materia. Puede profundizar en la misma en el "Itinerario práctico".

I. Introducción

Como ya señalamos en unidades anteriores, el Derecho debe dar respuesta a los problemas o cuestiones de tipo económico que afectan a los cónyuges y a los otros miembros de la unidad familiar (los hijos) y también a terceras personas (por ejemplo, los acreedores): qué bienes pertenecen a uno u otro consorte o son comunes; quién está legitimado para administrar o disponer de los mismos; en qué forma y medida han de contribuir los esposos a atender las necesidades económicas de la familia; con qué bienes se responde frente a los acreedores por las deudas en que puedan haber incurrido aquéllos, etc.

El conjunto de soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico a este tipo de problemas o, si se prefiere, al conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio, se conoce como **régimen económico matrimonial**.

Respetando unas normas básicas o disposiciones generales que se aplican, en el orden económico, a todos los matrimonios, la ley ofrece un abanico de posibilidades a los cónyuges, que pueden optar por distintos tipos de régimen económico matrimonial. El Código civil regula tres modalidades (**regímenes económico matrimoniales típicos**), pero, además, permite a los consortes introducir modificaciones en cada una de ellas, acogerse a otra distinta regulada en un ordenamiento autonómico o extranjero, o idear una nueva (aunque este supuesto tenga escasa aplicación práctica).

Los regímenes económico matrimoniales típicos que cuentan con regulación específica en el Código civil son tres: la **sociedad de gananciales**, la **separación de bienes** y el **régimen de participación en las ganancias**. En la unidad anterior hemos analizado el primero. Es ahora el momento de detenerse en los otros dos.

II. La separación de bienes

El Código Civil dedica a la regulación de este régimen económico matrimonial el capítulo VI del título III del libro IV (arts. 1435 a 1444 CC).

A. Concepto

En el régimen de separación de bienes cada cónyuge es titular de su propio patrimonio, que gestiona y responsabiliza con independencia, salvo ciertos límites imperativos, y no comparte con su consorte en el momento de la disolución.

Así como en la sociedad de gananciales junto al patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges surge un tercer patrimonio de titularidad común (el patrimonio ganancial), en la separación de bienes tan **solo hay dos patrimonios**, separados entre sí: el del cónyuge A y el del cónyuge B. Cada uno es titular de sus bienes, los administra y dispone de ellos y responde con los mismos frente a sus acreedores. Ahora bien, como veremos, la **convivencia conyugal impone unos matices** a esta separación absoluta.

Las principales **ventajas** de este régimen son su **sencillez técnica** y la **agilidad del tráfico jurídico**, que favorece, al permitir que cada cónyuge actúe con independencia.

Su inconveniente más destacado es la **insolidaridad**, pues cada uno de los cónyuges queda excluido, en principio, de cualquier participación en las ganancias obtenidas por el otro, aunque lo hayan sido en el contexto de una vida en común.

Pensemos, p. ej., en un matrimonio en que uno de los cónyuges obtiene ingresos fuera del hogar (un salario, ingresos profesionales o beneficios empresariales) y el otro se dedica a las labores domésticas y al cuidado de los hijos y de su pareja. Cuando el régimen de separación se disuelva, lo ganado por el primero será suyo; el otro no tendrá derecho a una parte (todo lo más a una compensación en caso de ruptura matrimonial si se produce un desequilibrio entre

los cónyuges – art. 97 CC– o a una compensación por el trabajo para la casa –art. 1438 CC–). Si el cónyuge que obtiene los ingresos fallece, el viudo tendrá más o menos derechos sobre su patrimonio según la legítima que se le reconozca –arts. 834 y ss.– y la parte de la herencia de libre disposición que el causante haya querido atribuirle en su testamento.

B. Supuestos en que opera

El régimen económico matrimonial de separación de bienes se aplica en los siguientes casos (art. 1435 CC):

1) Cuando los cónyuges lo **pactan en capitulaciones matrimoniales**.

2) Cuando, en capitulaciones matrimoniales, los cónyuges **excluyen la sociedad de gananciales sin optar por otro régimen** en concreto (se dice, por ello, que la separación de bienes es el *régimen legal supletorio de segundo grado*).

3) Cuando, constante matrimonio, **se disuelva el régimen de otro tipo** que viniera aplicándose a los cónyuges y estos no lo sustituyan por otro concreto. Así puede suceder en los casos del art. 1393 CC, referido a la disolución de la sociedad de gananciales por resolución judicial o en el del art. 95 CC, en relación con la separación personal de los cónyuges. Cuando la constitución del régimen de separación de bienes deriva de una resolución judicial, el art. 1436 CC, que concuerda con el art. 1333 CC, se refiere a su publicidad: *“La demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro Civil”*.

La separación de bienes decretada **no se alterará** por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado (art. 1443 CC). Ello no obsta, tal y como señala el art. 1344 CC a que los cónyuges, si lo desean, **puedan acordar** en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes. En tal caso, harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación.

En **Cataluña y Baleares** el régimen de separación de bienes es el régimen legal supletorio de primer grado (el que se aplica en defecto de pacto). También lo fue en la **Comunitat Valenciana** mientras estuvo en vigor la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, declarada inconstitucional por razones de competencia por la STC 82/2016, de 28 de abril. En cualquier caso, los matrimonios que se contrajeron en el periodo de vigencia de la ley sin pactar capitulaciones matrimoniales, mantienen su régimen de separación de bienes.

Cabe destacar que cada vez más se observa un **incremento de las capitulaciones otorgadas** en aquellos territorios que parten de un régimen de comunidad, como la sociedad de gananciales, **para pasar a otro de separación de bienes**. La práctica notarial demuestra que el tránsito a una separación de bienes o la opción *ab initio* por este régimen suele conectarse con uno de estos cuatro factores: la responsabilidad por deudas, buscando una mejor defensa del patrimonio familiar frente a la acción de los acreedores; la desigualdad económica inicial o previsible entre los patrimonios de los cónyuges o en la actividad económica o profesional que cada uno desempeña; la crisis del matrimonio, actual o potencial; y las llamadas “familias reconstruidas”, en especial cuando incluyen hijos que provienen de distintas relaciones.

C. La separación de titularidades y sus consecuencias

La separación de bienes favorece la libertad e independencia de los cónyuges para gestionar y responsabilizar su propio patrimonio. En este sentido, el art. 1437 CC señala que *“(e)n el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”*.

Sin embargo, la separación de bienes no puede escapar a la influencia de la comunidad de vida existente entre los cónyuges, que se deja sentir en el ámbito económico: entre otras cosas, obliga a la atención, por parte de ambos, de las cargas del matrimonio y les legitima para el ejercicio de la potestad doméstica.

En relación con el sostenimiento de las cargas del matrimonio, el art. 1438 CC establece: *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*.

a. Titularidad de los bienes

Cuestiones generales.- Como consecuencia de la separación de titularidades existen tan sólo **dos patrimonios**: el privativo de cada uno de los cónyuges, aunque éstos pueden ostentar los bienes **en exclusiva** o en **comunidad ordinaria** (arts. 392 y ss. CC).

El patrimonio privativo de cada uno de los consortes está integrado tanto por los **bienes que tuviera al comienzo del régimen, como por los que adquiera después por cualquier título** (art. 1437 CC).

Sin embargo, la comunidad de vida entre los cónyuges puede generar, de hecho, **situaciones confusas en cuanto a la pertenencia de los bienes**. A su solución destina el Código

civil el art. 1441, según el cual: *“Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”*. Después tendremos ocasión de profundizar en esta norma.

En el régimen de separación de bienes **no juega el principio de subrogación real**. Esto quiere decir que la titularidad del derecho corresponde al adquirente, con independencia de la procedencia de los fondos empleados en la adquisición. Sin perjuicio, en su caso, del derecho de reembolso del otro cónyuge cuando el caudal utilizado en aquella fuera suyo.

Si los cónyuges **adquieren un bien conjuntamente**, surge entre ellos una **comunidad ordinaria** (arts. 392 y ss. CC) –cfr. art. 1414 CC que, aunque ubicado en sede de régimen de participación en las ganancias, resulta igualmente aplicable a la separación de bienes–, aplicándose a la inscripción de estas adquisiciones en el Registro de la Propiedad, el art. 90.2 RH.

La prueba de la pertenencia de los bienes.– Aunque formalmente exista separación de titularidades, la vida en común de los cónyuges puede generar cierta **confusión**, de modo que no sea posible acreditar cuál de ellos es el titular de algún bien o derecho de los que poseen. Situación que, en la práctica, afecta sobre todo, a bienes muebles. El Código civil resuelve el problema en el art. 1441. Este precepto establece una solución salomónica: el bien **se atribuye por mitad a ambos cónyuges**. En consecuencia, se aplican los arts. 392 y ss. CC, relativos a la comunidad ordinaria.

La solución a favor de la titularidad común queda excluida si se prueba, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, la titularidad del bien, que corresponderá al cónyuge adquirente del mismo, sea cual sea la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición (**no opera** en esta sede el principio de **subrogación real**). De ahí que no sea necesario acreditar el origen del dinero o bienes invertidos en la adquisición.

Entre estos medios de prueba tienen especial relevancia las **presunciones posesorias**, cuyo funcionamiento tiene peculiaridades cuando hablamos de la posesión entre cónyuges, pues muchas veces no existe posesión exclusiva por uno de ellos, en concepto de dueño, sino que son frecuentes los supuestos de coposesión o posesión indistinta.

Por otra parte, en ocasiones, los cónyuges intentan eludir la acción de los acreedores desviando bienes desde el patrimonio del cónyuge endeudado hacia el de su consorte. En la práctica, los acreedores más diligentes previenen estas maniobras –o, simplemente, el riesgo derivado de la insolvencia de uno de los consortes– exigiendo que la deuda se contraiga conjuntamente por ambos esposos, o que uno afiance al otro. Pero no siempre será así. La suspicacia del legislador ante esta actitud de los cónyuges se encuentra en el origen de la **moderna presunción muciana concursal**. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), la regula en el art. 195, rubricado *“Presunción de donaciones”*, por el cual debe entenderse tácitamente derogado

el art. 1442 CC. El art. 195 TRLC dispone: *“1. Si el concursado estuviera casado en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por este durante el año anterior a la declaración de concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos.*

2. Si se acreditara que la contraprestación procedía directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presumirá, salvo prueba en contrario, la donación de la totalidad de la contraprestación.

3. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando en el momento de la realización del acto los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

b. Administración y disposición de los bienes

La libertad que corresponde a cada cónyuge para administrar, gozar y disponer de sus bienes (art. 1437 CC), encuentra algunas **limitaciones**, comunes a todos los matrimonios con independencia de su régimen económico, relativas al **levantamiento de las cargas** familiares – art. 1318 CC – o al régimen de **disposición de la vivienda habitual** – art. 1320 CC –, entre otros aspectos. Me remito, en este punto, a las Unidades 6 y 7, donde han sido estudiadas estas limitaciones.

Por otra parte, un cónyuge puede gestionar bienes o intereses del otro en virtud de **mandato expreso o tácito** (arts. 1709 y ss. CC y art. 1439 CC), o realizar actos subsumibles en el régimen de la **gestión de negocios ajenos sin mandato** (arts. 1889 y 1891 CC). Igualmente, los consortes pueden apoderarse a tal efecto (art. 71 CC “contrario sensu”) –si se presentara demanda de nulidad, separación o divorcio, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 102.2º CC en relación con la revocación automática de tales poderes–.

El art. 1439 CC señala: *“Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio”.*

c. Responsabilidad patrimonial por deudas

El art. 1440 CC, en correspondencia con la separación de titularidades, dispone que las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su **exclusiva responsabilidad**. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la **potestad doméstica ordinaria** –añade– responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código.

Así pues, como regla general, cada cónyuge responde exclusivamente con todo su activo patrimonial de las obligaciones que contraiga (art. 1911 CC) siempre que no guarden relación

con la atención de las necesidades ordinarias de la familia. Si la deuda se dirigía a atender este tipo de necesidades responderán también frente al acreedor, con carácter subsidiario, los bienes del otro cónyuge (art. 1319 CC). Un sector de la doctrina entiende que la responsabilidad subsidiaria del cónyuge del deudor, a la que se refiere el art. 1319 CC debe extenderse a todas las obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas del matrimonio, aunque excedan del ámbito estricto de la potestad doméstica.

Ticio y Julia estaban casados bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el 22 de enero de 1991, de cuya existencia se hacía indicación al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde el 29 de enero de 1991.

El 10 de septiembre de 2017 Ticio y José Alberto suscribieron un documento privado en el que manifestaban que Ticio debía a José Alberto 100.000 euros en concepto de préstamo y que se comprometía a devolvérselos en el plazo máximo de un año, pero que si vendía antes de esa fecha una nave de su propiedad se comprometía a pagar entonces lo adeudado. El 28 de julio de 2019, en un nuevo documento privado otorgado por Ticio y José Alberto, manifestaron que aquél había pagado al segundo la cantidad de 40.000 euros, "siendo ahora la deuda pendiente de 60.000 euros en concepto de préstamo". Se añadió a continuación un párrafo en el que se decía "Que la Sra. Julia es conoedora de la deuda que su marido el Sr. Ticio tiene con el Sr. José Alberto". El documento fue firmado por Ticio, José Alberto y Julia.

José Alberto, tras la realización de infructuosas gestiones para cobrar el resto de la deuda, plantea una demanda frente a los dos esposos, alegando que deben responder solidariamente de la deuda. En la fundamentación de su demanda, José Alberto explica que prestó el dinero por razones de amistad, que creía que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales y por eso solo exigió en el primer documento la firma del marido, y que, si exigió la firma de la esposa en el segundo documento, creyendo que estaban sometidos al régimen de gananciales, fue para asegurarse de que ella conocía el importe pendiente de pago en ese momento. Añade que el esposo carecía de bienes, que las capitulaciones fueron otorgadas fraudulentamente, y que, a pesar de las relaciones comerciales entre las sociedades de que eran socios y administradores tanto el demandante como el esposo, el dinero se prestó para cubrir necesidades familiares.

La STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:293) resolvió un caso muy similar. El Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que la carga de la prueba de que la deuda se contrajo para atender necesidades ordinarias de la familia corresponde al acreedor demandante, de modo que, si no consigue probar este extremo, no cabe aplicar el art. 1440 II CC, sino el art. 1440.I CC. En el caso de autos, no se considera probado que las cantidades obtenidas con el préstamo se destinasen a satisfacer necesidades de la familia: *"Partiendo de las relaciones del acreedor únicamente con el esposo, que fue este quien exclusivamente recibió el dinero y otorgó un primer documento de reconocimiento de deuda, la firma de la esposa en un segundo documento en el que se reitera que el marido debe dinero al actor y ella se limita a manifestar que lo sabe, no comporta ni la asunción de ningún tipo de responsabilidad a título personal ni es prueba del destino del dinero, que el propio actor reconoció no saber a qué se había destinado como explicación de la razón por la que pidió la firma de ella en el segundo documento de reconocimiento de deuda efectuado por el marido"*. En consecuencia, se declara que la esposa no debe responder con sus propios bienes. La responsabilidad recae exclusivamente en el cónyuge deudor (Ticio, en nuestro caso).

En el párrafo anterior me he referido a la responsabilidad frente a los acreedores. En la **esfera interna**, entre los consortes, las deudas contraídas por cada uno de ellos son de su

exclusivo cargo, salvo las vinculadas al levantamiento de las cargas del matrimonio (concepto más amplio que el de gastos ordinarios incluidos en la potestad doméstica), respecto de las que se estará a lo establecido en el art. 1438 CC. Según éste, en defecto de pacto, cada uno de los cónyuges debe contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio en proporción a sus respectivos recursos económicos. Si uno ha pagado más de lo que le correspondía, podrá repetir frente al otro en cuanto al exceso. En el epígrafe siguiente, nos detendremos, con más detalle, en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

d. Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio

El art. 1438 CC, complementario del art. 1318 CC, establece la obligación de los cónyuges de contribuir al **sostenimiento de las cargas del matrimonio**, esto es, los gastos destinados a mantener a la familia, atendiendo sus necesidades, tales como alimentación, educación e instrucción de los hijos, asistencia sanitaria o atención al hogar. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Puede contribuirse tanto con trabajo como con dinero u otros bienes.

Supuesto 1.- El matrimonio de Verónica y Francisco se rige por la separación de bienes. El piso en que tienen fijado su domicilio fue comprado por Francisco cinco años antes de contraer matrimonio con el dinero obtenido gracias a un préstamo hipotecario que le concedió una entidad bancaria, además de una entrada pagada con sus ahorros. Una vez casados, las cuotas del préstamo hipotecario han sido satisfechas, en parte, con el salario de Verónica.

La jurisprudencia tiene declarado que el préstamo hipotecario que grava la propiedad del piso no se considera carga del matrimonio (no le son aplicables, por tanto, los arts. 1318 y 1438 CC; ni tampoco el art. 90.d) CC). Es el propietario del piso –en nuestro ejemplo, Francisco– quien debe asumir, en la relación interna, el pago del préstamo. Por ello, Verónica tiene derecho a que le reembolse la parte satisfecha con su salario. Frente al banco, como fue él el único que concertó el préstamo, es el único deudor, de modo que la entidad financiera no podrá dirigirse frente a Verónica.

Supuesto 2.- Si el piso no lo hubiese adquirido Francisco, sino ambos cónyuges en común, los dos serán copropietarios del piso y, como tales, en la relación interna deberán contribuir al pago del préstamo en proporción a sus cuotas en la comunidad (arts. 392 y ss. CC). Frente a la entidad bancaria prestamista, en el caso de préstamos conjuntos a ambos cónyuges, la responsabilidad se configura como solidaria. Si alguno de los cónyuges ha pagado más parte de la que le correspondía, atendiendo a su cuota en la copropiedad, podrá reclamar el reembolso del exceso al otro cónyuge. Este derecho de reembolso opera en la relación interna y no afecta a la entidad bancaria acreedora.

El trabajo para la casa no retribuido será computado como contribución a las cargas del matrimonio y, además, dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. En el cuadro siguiente se alude, por medio de un ejemplo, a las características principales de esta compensación, que puede establecerse como una cantidad a tanto alzado o a modo de pensión periódica. Si los cónyuges no se ponen de acuerdo en su cuantía, la fijará el juez a solicitud del interesado. Los criterios a los que se atiende para establecer el montante de la compensación son diversos. Puede considerarse, a tal efecto, el salario que cobraría un tercero por realizar estas labores,

matizándolo o completándolo con otras consideraciones, pues la atención de la casa y los miembros de la familia por el cónyuge que se ocupa de estas labores (en la práctica, todavía de forma mayoritaria la mujer) excede de las tareas que realiza un o una empleado/a del hogar. Así, cabría tener en cuenta también la renuncia al desarrollo profesional o la posibilidad que ha tenido el otro cónyuge de progresar en su trabajo o en sus actividades profesionales o empresariales gracias al apoyo prestado por el que se queda en casa, liberándolo de estas tareas; duración del matrimonio.

Elisa y Patxi, casados en separación de bienes, han decidido divorciarse tras quince años de matrimonio. Desde que se casaron, Elisa se ha dedicado al cuidado de la casa y de su esposo, sin desempeñar trabajo remunerado fuera del hogar. Patxi ha sacado adelante un taller de reparación de bicicletas y venta de accesorios, que es, en la actualidad, en un próspero negocio. En estas circunstancias, Elisa tiene derecho a una compensación económica por el trabajo realizado para la casa, pues se ha dedicado en exclusiva a las tareas domésticas. Para reconocer este derecho, regulado en el art. 1438 CC, es necesario que el cónyuge favorecido con el mismo, haya contribuido de forma significativa con su trabajo al mantenimiento de la familia y no haya desarrollado trabajo retributivo. El Tribunal Supremo ha establecido jurisprudencia consolidada –*vid.*, entre otras, SSTS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4874), 31 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:433), 26 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1490) o 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1693)– en el sentido de que el derecho, reconocido en el art. 1438 CC requiere que, habiéndose pactado el régimen económico matrimonial de separación de bienes, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. No es necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial o enriquecimiento del otro cónyuge. Ante las dudas interpretativas que inicialmente se suscitaron en algunas Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo, "(p)or un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen".

Si Elisa, además de ocuparse de las tareas domésticas y del cuidado de su marido hubiese trabajado durante algunas horas al día en el taller de Patxi cobrando una retribución, podría cambiar la respuesta, pues la jurisprudencia, como hemos visto, no reconoce derecho a la compensación cuando el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo remunerado fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. Sin embargo, habría que analizar el supuesto concreto. Si se considera que el trabajo realizado por Elisa en el negocio de su marido lo ha sido en condiciones laborales precarias o puede estimarse como una contribución a las cargas del matrimonio, equiparable por sus características al "trabajo para la casa", podría llegar a concluirse que tiene derecho a la compensación del art. 1438 CC. Cosa distinta sería – como sucedió en la STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020, que uno de los cónyuges hubiese trabajado en el negocio del otro (en el caso de autos, una farmacia de la esposa en la que estaba empleado el marido), cobrando un salario acorde con la profesión o actividad desarrollada y sin merma de su desarrollo profesional, lo que sí que excluiría el derecho a la citada compensación.

La compensación del art. 1438 CC puede ser compatible con la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CC para los casos de separación y divorcio. Una y otra tienen distinta naturaleza jurídica. El art. 1438 CC funciona en el marco de la liquidación de un régimen de separación de bienes e intenta compensar por la dedicación exclusiva a las tareas domésticas. No atiende a la mayor o menor capacidad económica de los cónyuges. El art. 97 CC, por su parte, se aplica sea cual sea el régimen económico matrimonial y trata de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce entre los cónyuges, quedando uno en peor situación económica que el otro y peor de lo que estaba en situación de normalidad matrimonial. Puede atenderse, entre otras, sobre esta cuestión a la STS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5216).

Tabla 1: Comparación entre compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) y pensión compensatoria (art. 97 CC)

	COMPENSACIÓN DEL TRABAJO PARA LA CASA	PENSIÓN COMPENSATORIA
FRECUENCIA DE SU APLICACIÓN	Muy escasa.	Muy elevada.
CRITERIOS PARA ESTABLECER SU CUANTÍA	Se atiende, principalmente, al valor del trabajo para la casa efectuado en el pasado, aunque matizado con otros criterios.	Los fijados, con carácter ejemplificativo, en el art. 97 CC, que atiende, no solo a circunstancias pasadas sino también a la situación futura, en la medida en que haga prever la perpetuación del desequilibrio
FUNDAMENTO	Compensar por la dedicación exclusiva al trabajo para la casa.	Compensar el desequilibrio patrimonial que se produce entre los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, quedando uno peor que el otro, además de empeorar su situación en comparación con aquella de la que gozaba vigente, con normalidad, el matrimonio
RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	Sólo opera respecto de cónyuges casados en régimen de separación de bienes. Forma parte de la liquidación de este régimen.	Opera en casos de separación y divorcio. Se aplica a matrimonios sujetos a cualquier régimen económico matrimonial, aunque algunos de ellos (aquellos en que no se comparten las ganancias) pueden acentuar más que otros el desequilibrio.

D. Extinción del régimen de separación de bienes

Cuando el **matrimonio se disuelve** o los **cónyuges pactan un régimen distinto**, se extingue el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Si como consecuencia de la separación personal de los cónyuges se hubiera disuelto la sociedad de gananciales u otro régimen diferente que rigiera entre ellos y hubiesen pasado a separación de bienes, la eventual **reconciliación** de los cónyuges no hace resucitar el régimen económico anterior sino que continúa la separación de bienes mientras no pacten otro régimen diferente. La misma regla se aplica si el paso a separación de bienes fue consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por decisión judicial basada en alguna de las causas del art. 1393 CC –al que se remite el art. 1415 CC– (art. 1443 CC).

No obstante lo dispuesto en el art. 1443 CC, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes. Harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán estos privativos, aunque en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación (art. 1444 CC).

E. Liquidación del régimen de separación de bienes

Normalmente se entiende que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, habrá que acudir a una acción de división de cosa común conforme con los arts. 400 a 406 CC, para dividir las que pertenezcan conjuntamente a los cónyuges o ex cónyuges si estos no desean mantener la situación de comunidad ordinaria. Se acudirá para ello al proceso declarativo ordinario, pudiendo acumularse también la acción de división de cosa común al procedimiento de nulidad, separación o divorcio cuando no resulte controvertida la titularidad de los bienes (*vid.* SAP Barcelona, Sección 12^a, de 15 de marzo de 2018, ECLI:ES:APB:2018:1736). Para que sea posible la acumulación, es necesario que la acción de división se interponga junto con la demanda de nulidad separación o divorcio o al contestar a la misma. Cuando los cónyuges poseen diferentes bienes en común resulta dudoso si deben proceder a la división de cada uno de los bienes o puede practicarse de forma conjunta haciendo lotes y distribuyéndolos entre los cónyuges o ex cónyuges.

Todo resulta más sencillo si la división se practica de común acuerdo. Convendrá entonces formalizarla en escritura pública otorgada a ante notario, lo que es requisito necesario para el acceso de los derechos resultantes al Registro de la Propiedad (p.e., si se pacta que se adjudique el bien por entero un cónyuge pagando la parte correspondiente al otro). También puede convenirse –según práctica mayoritaria, aunque no unánime, de los juzgados– la división en el convenio regulador de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

Sin embargo, no faltan autores que consideran preferible y viable utilizar el procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico familiar que funciona en el caso de sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad (arts. 806 y ss. LEC).

III. El régimen de participación en las ganancias

A. Concepto y rasgos básicos

El régimen de participación en las ganancias solo funciona si los cónyuges lo pactan en capitulaciones matrimoniales: su origen es **siempre convencional**. Carece de tradición jurídica en nuestro país. El Código civil, que lo importó del Derecho alemán, lo regula en los arts. 1411 a 1434, introducidos por la reforma del CC que llevó a cabo la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El régimen de participación no ha tenido apenas éxito en la práctica, pese a su interés teórico. Las razones que explican esta circunstancia oscilan desde la falta de tradición hasta su desconocimiento, o la necesidad de pactarlo para que se aplique (la mayoría de matrimonios se rigen por el régimen legal que opera en defecto de pacto siendo todavía una minoría los que acuden al notario para convenir un régimen diferente al legal).

Este régimen económico matrimonial intenta aprovechar las ventajas de la sociedad de gananciales (solidaridad) y de la separación de bienes (independencia de actuación, flexibilidad) y evitar sus inconvenientes.

Vigente el régimen, funciona como una separación de bienes (arts. 1412, 1413 y 1414 CC), sin que, como consecuencia del mismo, se genere un patrimonio común, pudiendo actuar con total flexibilidad los cónyuges.

El art. 1412 CC, parafraseando las reglas propias de la separación de bienes dispone que a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenezcan en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título. El art. 1413 CC efectúa una remisión genérica, con carácter supletorio y durante la vigencia del régimen, a las normas relativas al de separación de bienes. Y el art. 1414 CC dispone: *“Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario”*.

En el momento de la **liquidación**, en cambio, se aproxima a la sociedad de gananciales, pues permite que cada cónyuge participe en las ganancias del otro. El art. 1411 CC dispone: *“En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”*. Para hacer efectivo este derecho, se procede al cálculo contable de las ganancias y su reparto por mitad. Si ningún cónyuge tiene ganancias, no hay nada que partir. Si sólo uno tiene ganancias, el otro tendrá un derecho de crédito por la mitad de aquéllas. Si los dos tienen ganancias, el que menos ha ganado tiene derecho al cincuenta por cien de la diferencia (así quedan igualados ambos consortes). Si han ganado lo mismo, ya están igualados y no hay nada

que partir.

La principal desventaja de este régimen es la complejidad del sistema de liquidación que le es propio y que explicaré en un epígrafe posterior.

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que las **diferencias entre los tres regímenes** económico matrimoniales típicos regulados en el Código civil (sociedad de gananciales, separación de bienes y participación en las ganancias) se basan en la conjunción de dos datos:

- 1) La **existencia o no de derecho a participar en las ganancias** del otro. No existe tal derecho en el régimen de separación, mientras que sí que opera en la sociedad de gananciales y en el régimen de participación en las ganancias.
- 2) El diseño de **vías diferentes** a través de las cuales hacer efectivo, en su caso, el derecho a compartir las ganancias. En la sociedad de gananciales, esto se logra a través de la constitución de un patrimonio común vigente aquella, sometido a un régimen jurídico peculiar, que se reparte por mitad al liquidar la sociedad conyugal. En el régimen de participación en las ganancias, en que no existe tal patrimonio común, la participación en las ganancias del otro cónyuge, que sólo se hará efectiva en el momento de la liquidación del régimen, se consigue mediante el cálculo contable de las ganancias y el nacimiento de un derecho de crédito a favor del cónyuge que no ganó o ganó menos frente al que sí ganó o ganó más.

B. Causas de extinción

El régimen de participación se extingue por las causas que señalan los **arts. 1415 y 1416 CC**. De acuerdo con el primero de estos preceptos, el régimen de participación finaliza en los **casos prevenidos para la sociedad de gananciales** (arts. 1392 y 1393 CC), aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395 CC.

Conviene tener en cuenta que el ordinal 1º art. 1393 CC ha sido modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, con efectos a partir del 3 de septiembre de 2021. En su nueva redacción establece que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges “(s)i respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial”.

Por su parte, el art. 1416 CC, añade una **causa específica** de extinción del régimen de participación: “(p)odrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravementesus intereses”.

B. Liquidación del régimen de participación

Mientras está vigente el régimen de participación, funciona igual que la separación de bienes. Es en el momento de su **liquidación** cuando se actualiza el **derecho de cada cónyuge a participar en las ganancias obtenidas por el otro**.

Este derecho se hace efectivo mediante el "**crédito de participación**" (de ahí que se hable de "comunidad simplemente obligatoria"). Las operaciones contables de liquidación sirven para fijar su cuantía y a qué cónyuge corresponde la posición deudora y la posición acreedora.

Pueden distinguirse cuatro **operaciones** básicas en la liquidación del régimen de participación:

- 1) Cálculo del **patrimonio inicial** de cada cónyuge.
- 2) Cálculo del **patrimonio final** de cada cónyuge.
- 3) Cálculo de la **ganancia**.
- 4) **Pago y garantías del crédito de participación**.

Veamos cada una de ellas.

a. Cálculo del patrimonio inicial de cada cónyuge

Se calcula el activo inicial (art. 1418 CC). En el mismo se incluyen los bienes y derechos que pertenecieran al cónyuge al comenzar el régimen y los adquiridos después a título de herencia, donación o legado (actos gratuitos). Estos bienes no se consideran ganancia (de ahí que se incluyan de modo ficticio en el activo inicial).

Se le resta el pasivo inicial (art. 1419 CC: obligaciones que tuviera el cónyuge al comenzar el régimen y las derivadas de herencia, donación o legado –que no superen el valor de lo heredado o recibido como donación o legado–).

Si el resultado fuese negativo, por ser superior el pasivo al activo, se considera que el valor del patrimonio inicial es cero (art. 1420 CC).

El art. 1421 se refiere a la valoración de los bienes, que se efectúa de acuerdo con el valor que tuvieron cuando comienza el régimen o cuando el bien es adquirido, sin tener en cuenta las mejoras o deterioros sufridos. Eso sí, el citado valor se somete a actualización.

b. Cálculo del patrimonio final de cada cónyuge

Está compuesto por los bienes y derechos de todo tipo y sea cual sea el título de adquisición, de que el cónyuge sea titular al finalizar el régimen con deducción de las obligaciones que no estén todavía satisfechas (art. 1422 CC).

Los arts. 1423, 1424 y 1425 CC cubren una franja de riesgo, evitando que las enajenaciones gratuitas o fraudulentas realizadas por uno de los cónyuges puedan burlar el derecho del otro a participar en las ganancias obtenidas por aquél. Por tanto, en el patrimonio final no solo se computa lo que queda al finalizar el régimen, sino lo que debería quedar, incluyéndose los bienes de los que el cónyuge haya dispuesto a título gratuito sin contar con el consentimiento de su consorte y los que haya enajenado en fraude de los derechos del otro.

c. Cálculo de la ganancia

Constituye la diferencia entre el patrimonio final y el inicial. Si hay **pérdidas**, se estima que la ganancia es cero. No hay, pues, participación en las pérdidas.

A diferencia de la sociedad de gananciales, constituyen ganancias partibles las **plusvalías**, mejoras o, en general, el aumento de valor de los bienes.

Si la diferencia entre el patrimonio final e inicial de cada cónyuge arroja resultado positivo (hay ganancia de los dos), la participación se realiza atribuyendo al cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un incremento menor, el derecho (de **crédito**) a percibir la **mitad de la diferencia entre su ganancia y la del otro** (art. 1427 CC).

Cuando solo ha habido ganancia de uno, el otro cónyuge tiene derecho (de **crédito**) a la **mitad de aquella** (art. 1428 CC).

Si **ninguno de los dos obtuvo ganancia**, nada hay que repartir.

De acuerdo con el art. 1429 CC, el **valor de la participación de cada cónyuge** en las ganancias del otro puede ser distinta a la mitad si los cónyuges así lo pactan al constituir el régimen, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges. No podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes (art. 1430 CC).

e. Pago y garantías del crédito de participación

Se trata de un crédito de valor que se convierte en pecuniario al procederse a la liquidación, por lo que debe satisfacerse en **dinero** (art. 1431 CC); aunque el art. 1432 CC admite, en ciertos casos, la adjudicación de bienes concretos en pago del crédito, a modo de **dación en pago**.

Los arts. 1433 y 1434 CC permiten al cónyuge acreedor **impugnar** las enajenaciones de bienes a título gratuito, hechas sin su consentimiento, o las fraudulentas cuando no hubiese bienes suficientes en el patrimonio del cónyuge deudor para hacer efectivo el crédito de participación.

Bibliografía

Además de en los manuales universitarios de uso habitual, puede encontrarse información adicional en las siguientes obras:

ALGARRA PRATS, *El régimen económico matrimonial de participación*, Madrid, 2000. ÁLVAREZ-

SALAS WALTER, J., “El crédito de participación”, en *Derecho de Familia*, coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1233-1267.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “El régimen de separación de bienes”, en *Tratado de Derecho de familia*, dirs. YZQUIERDO TOLSADA. M. Y CUENA CASAS, M., vol. 4, 2011, pp. 31-116.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La separación de bienes”, en *Derecho de Familia*, coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1205-1232.

DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1411 a 1444”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. 18, vol.3^o, EDERSA, Madrid, 1985.

MAS BADIA, M^a D., “No se acaba todo con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de régimen económico valenciano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 8, bis (extraordinario), jul. 2018.

- “Luces y sombras de la Ley de régimen económico valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, N^o 19, 2016, pp. 1-13, <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/20-segundo-semester-2016/item/216-luces-y-sombras-de-la-ley-del-regimen-economico-matrimonial-valenciano-tras-su-declaracion-de-inconstitucionalidad>

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., “La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, N^o Extra 7457, 2010.

VV. AA., *Memento Familia (Civil) 2020-2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

VV.AA., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984.