



# La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial.

**Eva, Jordá Capitán.** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Publicación:

Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.9/2015

Editorial Aranzadi, SA

## **I. Contextualización de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de la proyectada en la Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas tras la ruptura de la convivencia**

Nos ocupamos aquí del estudio de determinadas iniciativas legislativas incardinadas, por un lado y en palabras del legislador, en todo un proceso de «reforma en profundidad de la Administración de justicia» como es el caso de la [Ley 15/2015, de 2 de julio \(RCL 2015, 1016, 1354\)](#), de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) que cuando se refiere a los expedientes de familia introduce modificaciones en materia de celebración del matrimonio que afectan al bloque de normas comunes en materia de nulidad, separación y divorcio y por lo que a este estudio interesa se analizará el alcance que puedan tener las relacionadas con el cese o la disolución y la posterior liquidación del régimen económico matrimonial. Y por otro, del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (en adelante, ALCP) cuyo núcleo es la cuestión de la custodia compartida y a cuyo alrededor hace orbitar el legislador otras cuestiones, como son las relacionadas directamente con la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial. En este último supuesto el legislador entiende necesario abordar una *reforma* parcial en materia de régimen económico matrimonial haciendo obligatoria la liquidación porque considera que de esta forma se suavizarán las relaciones paterno-filiales y ello redundará en un mayor bienestar para los hijos en tales supuestos.

Como es bien conocido a estas alturas el ALCP ha sido objeto de vehemente



polémica principalmente por lo que a la cuestión de la custodia compartida se refiere, pero también se ocupa de otras tantas cuestiones más o menos próximas, a juicio del legislador. Las últimas modificaciones introducidas en este aspecto en el Código Civil se produjeron con ocasión de la [Ley 15/2005, de 8 de julio \(RCL 2005, 1471\)](#), modificativa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio dándole una nueva redacción a los artículos 90, 92, 97 y 103. En el contexto legislativo autonómico se han ocupado posteriormente de la custodia compartida Aragón, Cataluña, Navarra o Valencia. De hecho la propuesta, en concretos supuestos, sigue las líneas marcadas por algunos de estos pronunciamientos legislativos autonómicos —literalmente en algún caso como el del catalán— y en la memoria explicativa de su impacto normativo se dice que la nueva regulación debe servir para «coordinar y unificar las diferentes normativas vigentes en las Comunidades Autónomas sobre la materia de forma que constituya el eje sobre el que estas se articulen y desarrollen sus leyes». Con un breve repaso recordemos que en Aragón la [Ley 2/2010, de 26 de mayo \(LARG 2010, 253\)](#), se refirió a ello con la denominación de *Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, preceptos hoy integrados ya en el Código Foral de Aragón y donde se recoge la custodia compartida como norma preferente en los casos de ruptura de la convivencia entre los progenitores y en ausencia de lo que se denomina como *pacto de relaciones familiares*. En Cataluña, la [Ley 25/2010, de 29 de julio \(LCAT 2010, 534\)](#), del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en materia de custodia compartida aboga por el mantenimiento de las responsabilidades parentales de modo compartido, es decir sin que la ruptura signifique «automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro», correspondiendo al juez determinar en caso de que no exista acuerdo en el plan de parentalidad o si este no hubiese sido aprobado, cómo deberán ejercerse las responsabilidades parentales y particularmente lo relativo a la guarda del menor «atendiéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor». En Navarra se ocupa de ello la [Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo \(LNA 2011, 109\)](#), sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres cuyo artículo 3 determina, entre otras cuestiones, que los padres podrán en caso de ruptura de la convivencia, de común acuerdo o por separado, solicitar que la guarda y custodia sea ejercida por ambos o por uno de ellos; por su parte, «el juez podrá acordar la guarda compartida o la individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos». La modalidad de custodia será acordada teniendo en cuenta lo que hayan solicitado los padres, atendiendo a los factores que se recogen en el propio precepto, pero por encima de todo ello, en atención a los intereses de los hijos. Y en Valencia, la cuestión se



encuentra regulada en la [Ley 5/2011, de 1 de abril \(LCV 2011, 156\)](#), de la Generalitat, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Según se dispone en este texto a falta de pacto entre los progenitores será la autoridad judicial la que, como regla general, y atendidos los criterios y circunstancias del caso en particular recogidos en la propia Ley, «atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

## **II. Sobre el régimen económico matrimonial de gananciales en general**

Las críticas hacia el actual régimen jurídico de gananciales vienen sucediéndose a lo largo de los años. En determinados momentos históricos quiso justificarse su establecimiento como régimen legal de aplicación supletoria en la necesidad de proteger a la mujer casada considerándose que ésta necesitaba de dicha protección frente a la prevalente posición laboral de su marido, tratándose así de compensar o corregir eventuales desigualdades. Desgraciadamente eso se puede seguir manteniendo porque la desigualdad no se encuentra erradicada del todo; y también lo es que ahora puede pensarse que el régimen es susceptible de servir para corregir desigualdades respecto de ambos cónyuges y no únicamente respecto a la mujer. Primero, dada su mayor presencia y dedicación profesional respecto de épocas y reformas jurídicas pasadas, lo que entre otras cosas, le ha permitido, efectivamente, generar su propio patrimonio con absoluta independencia del de su cónyuge; y segundo, cónyuge, que no marido únicamente, puesto que nuestra legislación ya contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es cierto que el principio de igualdad desde un punto de vista sociológico está ahí; pero hay que ser cuidadosos porque lo que no han desaparecido son las situaciones de desigualdad y para hacerles frente aún pudiera ser precisa la tutela del legislador a través de regímenes como el de gananciales. El régimen de gananciales se encuentra necesitado de una profunda reforma que podría comenzar por su planteamiento de base. No se trata de proteger a la mujer porque dada su dedicación al hogar y/o a los hijos de la pareja, necesite de una protección —compensatoria— dirigida a corregir eventuales desigualdades. Ahora su fundamento podría ser el de la corrección de eventuales situaciones de desigualdad en la que pudiera encontrarse cualquiera de los cónyuges.

En opinión de Guilarte Gutiérrez pueden en la actualidad mantenerse postulados como el relativo a la solidaridad patrimonial en tanto que fundamento de la comunicación ganancial, pero siempre que obedezca a un pacto de los cónyuges, en



ningún caso a una imposición legislativa y que como consecuencia no puede desembocar ni en el principio de gestión mancomunada, contrario a la idea de solidaridad que debe presidir el sistema, ni el equilibrio obligacional entre las masas patrimoniales de la familia. Este mismo autor, expuso cómo precisamente uno de los grandes males del sistema era la «imperecedera liquidación de las sociedades conyugales en las situaciones de crisis matrimoniales», pudiendo llegar a tener la liquidación contenciosa de una sociedad de gananciales «una vida temporalmente superior a la del propio matrimonio». A su juicio, una eventual reforma debería incidir, fundamentalmente, en las reglas de carácter sustantivo y no tanto, aunque también, en las procesales, ya que, en su opinión, el auténtico problema se encuentra «en el sistema de reembolsos y en la inviable construcción de un inventario que conforme a los arts. 1397 y 1398 ([Código Civil \[LEG 1889, 27\]](#)) refleje fielmente las vicisitudes patrimoniales del consorcio tanto activa como pasivamente». Siguiendo con su opinión, «el gran mal de las liquidaciones no son las reglas procesales sino las normas sustantivas que configuran el régimen consorcial y cuya absoluta irrealidad aflora en el momento liquidatorio»<sup>1</sup>. Entiende este autor que el sistema liquidatorio recogido en el Código Civil es el que en su momento se pensó era el idóneo para atender al reparto del haber común en caso de fallecimiento del marido, supuesto de escasa conflictividad, pero que no «está sin duda ni preparado ni pensado para afrontar con éxito las liquidaciones que se originan por las crisis afectiva o patrimonial»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Guilarte Gutiérrez, V.: «La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», en *Propiedad y Derecho civil*, Fundación Registral. Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p.45 y 48-49 respectivamente. Y también en «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p.332 y 335.

<sup>2</sup> Guilarte Gutiérrez, V.: «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, cit., p.335.

### **III. La reforma operada por la [Ley 15/2015 \(RCL 2015, 1016, 1354\)](#) de Jurisdicción Voluntaria particularmente respecto a la separación y divorcio ante secretario judicial y/o notario**

La LJV deriva de la [LEC 1/2000 \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) que a través de una Disposición Final encomendó al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria en el plazo de un año. En palabras del Ministro de Justicia —Catalá Polo— pronunciadas en el debate a la totalidad del Proyecto, son razones de utilidad práctica las que han llevado a la



desjudicialización de determinadas materias que con esta Ley pasarán a sustanciarse ante otros órganos públicos distintos de los jueces, a excepción de los expedientes relativos a derechos fundamentales, a menores y a otras personas especialmente protegidas en el ámbito de la reserva jurisdiccional, que continuarán asignados a los jueces y tribunales.

Efectivamente, salen del ámbito jurisdiccional determinadas materias, que al parecer no gozan de tal naturaleza, y que pasan a poder sustanciarse ante otros órganos o funcionarios públicos. La LJV da entrada a secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles cuya capacidad para actuar con plena efectividad en el caso de los notarios —según continuó argumentado el Ministro— viene avalada por su condición de juristas y de titulares de la fe pública, además de la confianza que despiertan en la ciudadanía según se ha constatado a lo largo de los años<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> DS Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm. nº. 248 de 11-12-2014.

En el Preámbulo de la LJV el legislador ha querido dejar claro que el interés del ciudadano ocupa un lugar central en los objetivos que pretenden alcanzarse. Desde un punto de vista general declara que a través de esta reforma y aprovechando «la experiencia de los operadores jurídicos y la doctrina emanada de los tribunales y de los autores» se ofrecen a la ciudadanía «medios efectivos y sencillos, que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma pronta y con respeto de todos los derechos e intereses implicados». En esa línea hay que situar entonces la opción por la que se ha decantado el legislador al descentralizar una serie de asuntos cuyo conocimiento tradicionalmente correspondía a los jueces y que a partir de ahora podrán ser sustanciados ante los secretarios judiciales, los notarios o los registradores de la propiedad y mercantiles.

Mucho se debatió, se debate y seguramente se continuará debatiendo, sobre esta forma de dar entrada a otros operadores jurídicos que el responsable de la Ley ve como una forma de optimizar recursos y de facilitar la vida al ciudadano y que para otros, sin embargo, supondrá la puesta en marcha de la privatización efectiva de otro servicio público, en este caso, la Administración de justicia. Y ello aunque se pueda compartir la opinión respecto de la experiencia y la sobrada capacidad que estos operadores atesoran en su condición de juristas y titulares de la fe pública. Es una constante en los argumentos utilizados para justificar la intervención de notarios y registradores el recurso a su acreditada solvencia profesional a lo largo de los años que serviría —se dice literalmente— para «despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados». En el Preámbulo de la LJV se dice expresamente que a notarios y



registradores «se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano».

Estos argumentos unidos a los relativos «al elevado grado de modernización y especialización que alcanza hoy la Administración pública profesionalizada y regida por los principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad, y sujeta a la Ley y al Derecho por mandato constitucional», llevan al legislador a mantener esta desjudicialización y a defender que, al día de hoy, ya no encuentran justificación las razones que antaño sirvieron para atribuir la jurisdicción voluntaria de forma exclusiva a los jueces. Para el legislador la máxima garantía viene representada, efectivamente, por la intervención de un juez pero la desjudicialización implementada por la nueva LJV encuentra su justificación en el hecho de que se trata de supuestos en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa donde no se ponen en peligro las garantías y defensa de los intereses que pudieran resultar afectados.

En el marco de toda esta labor de modernización de la Administración de Justicia, se encuentra también en marcha una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hay que decir, fundamentalmente tienen por finalidad, hasta el momento de redactar estas líneas, la reconversión tecnológica de la Administración de justicia e impulsar la figura de los procuradores y que, en cualquier caso, será de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la LJV.

Aquí se prestará atención a los preceptos relativos a la normativa común en materia de separación, nulidad y divorcio del Código Civil que pudieran afectar, si afectasen en algo, a algunos de los aspectos relativos a la disolución y a la liquidación del régimen económico matrimonial. Y desde ahora ya puede adelantarse que las modificaciones operadas en el Código Civil tienen que ver, en mayor medida, con la atribución de nuevas competencias a secretarios judiciales, notarios y registradores respecto de la celebración del matrimonio, la separación y el divorcio. Si como dice el legislador el tratamiento aquí de otras determinadas materias se encuentra justificado bajo el argumento de que se trata de ajustes necesarios en virtud de la reforma general, lo mismo podría decirse de otras cuestiones que, sin embargo, parece haber pasado por alto y ha dejado fuera.

Desde la primera propuesta realizada del texto de la Ley se dijo, y con razón respecto a según qué supuestos, que la misma se ocupaba de cuestiones que poco o nada tenían que ver con la jurisdicción voluntaria —y no parece ser este el único supuesto de reforma legislativa en el que esto ocurre—, como lo relativo a la edad para contraer matrimonio o lo concerniente al matrimonio en el marco de



determinadas confesiones religiosas. Respecto de estas últimas el legislador, ha justificado aquí su tratamiento como ajustes necesarios derivados de las modificaciones operadas en materia de matrimonio, modificaciones que a su vez, se incardinan en el más general de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. Concretamente, el relativo a la edad para contraer matrimonio, eliminando la dispensa matrimonial de edad elevándola de 14 a 16 años, obedece —según el propio legislador— a una petición de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Según el nuevo artículo 51.2º [CC \(LEG 1889, 27\)](#) dado por la LJV serán competentes para celebrar el matrimonio el secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. Consecuentemente entonces, el artículo 82.1 CC dispone que los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario y lo mismo se establece para caso de divorcio en el artículo 87. Pero se establece una excepción: salvo que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente<sup>4</sup>—expresión que emplearemos aquí por ser la que introduce la LJV, aunque quizás tampoco vaya a presentarse pacífica porque como ha dicho el Consejo de Estado su empleo no es correcto y debiera evitarse por motivos de orden sustantivo y por razones de pura coherencia terminológica— que dependan de sus progenitores, en cuyo caso, «*se decretará judicialmente la separación*» (arts. 81 y 82.3 CC). Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio tendrán lugar desde la firmeza de la sentencia o del decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (art. 89 CC).

<sup>4</sup> Terminología esta que se introduce —según se justifica en el Preámbulo de la propia Ley— para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Así, se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación y se sustituyen por los de «capacidad modificada judicialmente». El Consejo de Estado se ha manifestado en contra de esta expresión y de la utilizada en su momento por una de las redacciones dadas al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y las medidas tras la ruptura de la convivencia que se refería a la capacidad judicialmente completada. Entiende el Consejo de Estado que ninguna de las dos expresiones serían correctas desde un punto de vista conceptual porque la sentencia judicial de incapacitación ni modifica ni complementa la capacidad de las personas, sino que declara el «estado de incapacitación» y determina su extensión y sus límites; y por otro lado, la persona designada por el juez para velar por estas personas no «complementa» en todos los casos ya que en otros «representa» y entonces no hay complemento sino sustitución de la persona en aquellos actos que no pueda realizar por sí mismo.

La posibilidad de acordar e instrumentalizar la separación ante notario mediante *escritura pública* puede resultar algo positivo porque según determinadas opiniones



no se trataría «simplemente de dar fe de un hecho, sino de homologar unas declaraciones de voluntad convergentes que implican un cambio de estado civil con consecuencias personales y económicas con trascendencia para terceros»<sup>5</sup>. En relación con las consecuencias que pudieran derivarse en materia de liquidación de régimen económico matrimonial parece que resultaría particularmente beneficioso para asegurar su acceso al Registro y evitar que se deniegue sobre la base del argumento de que la liquidación se encontraba contenida en un documento público, no una escritura pública, como es el caso de un convenio regulador homologado judicialmente<sup>6</sup>. Por otro lado, la doctrina también se ha encargado de llamar la atención sobre la equívoca o poco acertada relación que se lleva a cabo en el planteamiento de que acudir o reglamentar un divorcio ante notario lleva aparejada una reducción de la litigiosidad y por consiguiente una descarga o descongestión judicial. Si en última instancia no hubiese acuerdo en el momento posterior de la liquidación habrá que acudir a los tribunales. Que exista acuerdo en un primer momento no quiere decir que siga manteniéndose después, razón por la cual, se propuso en su momento desde la doctrina que las tareas de esta reforma se centrasen en la adopción de medidas que propiciaran o garantizaran el cumplimiento de los acuerdos contenidos en los convenios reguladores con el fin de que éstos no volviesen a tener que ser ventilados en sede judicial<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria: su elogio, no exento de crítica», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, marzo-abril 2014, pp. 105 y 106.

<sup>6</sup> De Amunátegui Rodríguez, C.: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuesta de posible solución a los mismos», *Diario La Ley*, nº. 7837, abril 2012, pp. 4 y 5.

<sup>7</sup> *Vid.* De Amunátegui Rodríguez, C.: *op. cit.* p.4.

Quizás una de las críticas más mediáticas que se han realizado desde que se tuvo constancia de la preparación de este texto es la relativa a los eventuales desembolsos económicos que habría que llevar a cabo para poder obtener los servicios en cuestión ante los notarios<sup>8</sup>. Se afirmó que se trata de una Ley con la que se pretende privatizar determinados servicios públicos y, en particular ahora, la Administración de Justicia —con la excusa de la saturación, ineficacia e insuficiencia económica— a través de la externalización de un sector, el de la jurisdicción voluntaria<sup>9</sup>. En un primer momento de los trabajos, donde sólo se contemplaban las figuras de notarios y registradores, se dijo que se aparta el Gobierno —responsable de esta norma— de precedentes acuerdos, en los que lo pactado fue realizar un trasvase de competencias pero dentro del propio ámbito judicial, de los jueces y magistrados a otros operadores pero también de naturaleza judicial como son los



secretarios judiciales. La figura de los secretarios judiciales fue incluida con posterioridad y mantenida, junto a notarios y registradores en la LJV finalmente aprobada.

<sup>8</sup> Argumentos en contra podemos encontrar en el trabajo de Cerdeira Bravo de Mansilla, G., — y en general un completo estudio sobre la cuestión— en «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria: su elogio, no exento de crítica», cit., pp.102 y 103.

<sup>9</sup> Así lo expresó el representante del grupo socialista en la Cámara, quien recordó la Ley de Tasas y la privatización, igualmente, de los registros civiles (DS Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm. nº.248 de 11.12.2014).

Interesa también detenerse en otros puntos de la reforma relativos a la regulación de la separación y el divorcio ante notario. El Informe del Consejo General de Poder Judicial (CGPJ)<sup>10</sup> resaltó determinados extremos que deberían ser tenidos muy en cuenta por el legislador, que, sin embargo, parece haber simplificado al exceso la cuestión. Efectivamente en el Informe se decía que en la reforma propuesta ni la separación ni el divorcio podrán llevarse a cabo ante notario si existiesen hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente completada que dependan de sus progenitores. En general, parte el legislador de considerar —de una forma un tanto simplista— que si pueden contraer matrimonio prestando su consentimiento para ello ante notario, también de esa forma podrán ponerle fin llegado el caso. Ahora bien, en el Informe se llama la atención sobre varios aspectos. Primero, sobre el hecho de que un matrimonio, durante el tiempo de su duración, ha creado una más o menos compleja red de relaciones, personales, familiares y patrimoniales, que requerirán la intervención judicial para decretar su fin aunque haya sido de mutuo acuerdo. Y ello, con independencia de que haya hijos en las circunstancias anteriormente descritas. Por su parte la doctrina se encargó de señalar que los supuestos de divorcios de mutuo acuerdo sin hijos menores o con la capacidad judicialmente completada son los menos, con lo que estos no serían precisamente los supuestos que estarían contribuyendo a una congestión en sede judicial<sup>11</sup>, ni por tanto, habría que añadir, la medida tendría en sí misma la utilidad pretendida por el legislador.

<sup>10</sup> 27 de febrero de 2014.

<sup>11</sup> De Amunátegui Rodríguez, C.: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuesta de posible solución a los mismos», cit., p.2.

Por otro lado, en los trabajos iniciales de la LJV se decía que no sería obligatoria, sino opcional, la intervención de letrado que, sin embargo, el actual artículo 750 LEC si considera necesaria. El CGPJ, acertadamente, recomendó revisar este punto toda vez que el notario difícilmente podrá intervenir de forma adecuada, a la vez que como



administrador del expediente, como asesor de cada una de las partes que reclaman su intervención.

En nuestra doctrina Cerdeira Bravo de Mansilla ha afirmado que no parece haber razones estrictamente jurídicas «para defender como necesaria la intervención de abogado: ¿acaso ha de serla en el acto de celebración del matrimonio? ¿Por qué ha de serla, entonces, en su *contrarius actus*: el divorcio consensual?». En su opinión, el argumento relativo al asesoramiento jurídico no sería suficiente ya que en la elaboración de las capitulaciones matrimoniales la intervención de abogado no es preceptiva, bastando para ello con la intervención notarial, luego, por qué exigirlo en los supuestos de convenio regulador consensuado. Además, la necesaria intervención de abogado, junto a la del notario, supondría un desembolso económico importante para las partes. Sin embargo, desde la óptica de las razones de naturaleza política entendió este autor oportuno poder defender, junto al asesoramiento notarial, el de un mediador y la intervención —obligatoria— de abogado, pudiendo ser éste el mismo para ambas partes al tratarse de un divorcio consensual<sup>12</sup>. Para De Amunátegui Rodríguez la intervención o función del notario únicamente protocolizando el convenio regulador «no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél»; en su opinión, no puede ser rechazada la labor de asesoramiento de los notarios, llegando a afirmar en relación a una posible invasión de competencias con respecto a la intervención de los abogados que «si acaso, su postura en la tramitación de divorcios sería la de suplir el papel del juez, pero no el del abogado»<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica», cit., pp.110 y ss. *Vid.* también del mismo autor, entre otros, «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», RDP, diciembre 2011, pp.3 a 56; «¿Matrimonios y divorcios ante notario?», en *El Notario del Siglo XXI*, nº. 48 (marzo-abril), 2013, pp. 44 a 47.

<sup>13</sup> De Amunátegui Rodríguez, C.: op. cit. p. 2.

Lo cierto es que el texto definitivo de la LJV indica *obligatoriedad* y acogiendo las recomendaciones emitidas en su Informe por el CGPJ, la intervención de abogado será necesaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 82.1 párrafo segundo según el cual, «Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que *deban estar asistidos por Letrado en ejercicio*, prestando su consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario». Y por su parte el artículo 54.2 de la Ley del Notariado —también reformado por la LJV— dispone que «Los cónyuges *deberán* estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio». Ciertamente parece entonces que la intención del legislador sí



puede incardinarse en la línea de adjudicar a los notarios únicamente la función de autorizar la escritura pública, constatando la concurrencia de los requisitos precisos de capacidad y las manifestaciones de voluntad.

Las distintas consecuencias derivadas de la actuación de los diferentes operadores jurídicos se aprecia también en lo dispuesto ahora en el artículo 83 CC a cuyo tenor «La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que ésta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe».

Vamos a poder seguir comprobando que este no es el único momento en el que el legislador tampoco tiene en cuenta las recomendaciones contenidas en el Informe del CGPJ que respecto del artículo 83 aconsejó que se recogiese la posibilidad de que en la separación judicial de mutuo acuerdo, los efectos no tengan lugar desde la sentencia que así la declare, sino que puedan retrotraerse al momento en que los cónyuges suscribieron el convenio regulador, «en la medida en que en la separación notarial los efectos sí se producen <desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública>».

### **3.1. Descripción crítica de lo dispuesto antes y tras la reforma en el Código Civil respecto de la disolución, la conclusión y la liquidación del régimen de gananciales**

Como consecuencia de la entrada en escena de los nuevos operadores jurídicos también se han visto afectados —entre otros y en relación a este estudio— los artículos 90, 95 y 1392 CC. En la redacción anterior a la dada por la LJV cuando el Código Civil se ocupaba de la disolución del matrimonio y de los efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, en el artículo 90 e), indicaba que el convenio regulador, que obligatoriamente debe acompañar a la demanda correspondiente<sup>14</sup>, debería contener «al menos» y entre otros, el extremo relativo a la «liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio». En el artículo 95 CC en su párrafo primero, disponía que «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la *disolución* del régimen económico matrimonial». Mientras que, por



su parte, en el artículo 1392 se recogen las causas de *conclusión* de la sociedad de gananciales.

<sup>14</sup> Vid. arts. 81 y 86 CC.

Una de las cuestiones sobre las que en materia de disolución y liquidación se ha venido manifestando la doctrina es la relativa a la terminología empleada por parte del legislador. Respecto de la dicción literal del artículo 95.1º CC han señalado Castilla Barea y Cabezuelo Arenas la falta de coherencia entre éste y los artículos 90 y 91 CC ya que en éstos se emplea el término *liquidación* y en el primero *disolución*. Sostienen, como ya lo hace la jurisprudencia, que parece más apropiado reservar el término *disolución* para los regímenes comunitarios y que el término *liquidación* no es sinónimo de *disolución* dado que se produce en un momento posterior y en distinto procedimiento en virtud de lo establecido en los artículos 806 y ss. LEC. Por lo que entonces, —y siguiendo estas opiniones— sería más apropiado haber empleado el término *extinción*<sup>15</sup>. Lo cierto también es que desde un punto de vista terminológico el CC emplea el término disolución como sinónimo —aunque propiamente no lo sea— de extinción o finalización de algo; mientras que a la *conclusión* —que sí es sinónimo de extinción o desaparición— del régimen económico se refiere el artículo 1392 CC. Pero la liquidación es otra cosa: saldar, pagar, finiquitar. Teniendo todo esto en cuenta, por mi parte considero que quizás hubiera sido más adecuado no emplear el término *disolución* y sí el de *conclusión* para referirse al momento en el que deja, o las causas por las que deja, de estar vigente el régimen económico. Primero *concluye* el régimen económico y posteriormente podrá procederse a su *liquidación*<sup>16</sup>. El CC refiriéndose en diferentes momentos a la conclusión —en el sentido de extinción— del régimen económico matrimonial, es decir, a lo mismo, lo hace, sin embargo, empleando términos diferentes, disolución en el artículo 95.1º y conclusión en el artículo 1392, éste último situado bajo la rúbrica *De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Así, la sentencia firme disuelve el régimen económico matrimonial que en el caso del de gananciales concluirá concurriendo alguna de las causas del artículo 1392 CC.

<sup>15</sup> Castilla Barea, M. y Cabezuelo Arenas, A. L.: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, dirg. por Izquierdo Tolsada y Cuenca Casas, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 518 y 519.

<sup>16</sup> Por su parte, afirmó Rams Albesaque tanto a la razón de ser como a la funcionalidad del régimen de gananciales le conviene el término *disolución* ya que «se trata de la conclusión de una etapa que coincide con la apertura de otra en la que la masa común para a ser una comunidad ordinaria en liquidación, que se cerrará con el reparto entre los consortes (o con participación de los herederos de uno de ellos o de ambos) de aquellos bienes en los que se cifra definitivamente la verdadera ganancia partible». Sostiene el profesor Rams que «las comunidades concluyen y las sociedades se disuelven»; pero más adelante afirma también



en materia de liquidación que «la importancia de la liquidación-partición viene dada por no ser la sociedad de gananciales, mientras dura, ni una sociedad ni una comunidad, por no tener que haber sido gerenciada en el sentido mercantil o societario del término, sino vivida y gobernada con finalidad eminentemente familiar...» (Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.406 y 407; y 423).

El convenio regulador es un instrumento jurídico cuya finalidad es regular los efectos derivados de una crisis matrimonial entre los que se encuentra la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial y una vez se haya disuelto el matrimonio según dispone el artículo 95.1<sup>o</sup><sup>17</sup>. Lo que dispone el artículo 90 es que los cónyuges podrán acordar y practicar la liquidación, si esa es su voluntad y hubiese bienes gananciales, en el marco del convenio regulador; pero tienen la misma libertad para no hacerlo<sup>18</sup>. Y el artículo 1392 se refiere a la *conclusión* de pleno derecho de la sociedad de gananciales, en el sentido de que ya no se irán generando bienes ni deudas con cargo a la masa común, y a la que luego seguirá la *liquidación*. Según dispone el artículo 1344 CC «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al *disolverse* aquella». Aquí hay que entender que tras su *liquidación*. *Liquidar* en este contexto no es otra cosa que la realización, una vez disuelto el matrimonio y *concluida* la sociedad de gananciales, de un conjunto de operaciones tendentes a determinar el haber líquido para repartir o adjudicar entre los cónyuges<sup>19</sup>; tal y como ha declarado el TS la liquidación comprendería «todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su disolución por mitad, previas las deducciones de los bienes de pertenencia particular o subrogados, así como las responsabilidades que fueren imputables al acervo común, constituyendo el saldo resultante el activo verdadero que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges o entre uno y los derechohabientes del otro»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> «Un contrato típico, que elaboran los cónyuges con la finalidad de establecer las consecuencias personales y económicas que se derivan de la ruptura de la convivencia matrimonial» (Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, dirg. por Carrasco Perera, Tecnos, Madrid, 2013, p.199).

<sup>18</sup> Alfonso Rodríguez, E.: «Comentarios a los artículos 90 y 91 CC», en *Código Civil comentado*, dirg. por Cañizares Laso, De Pablo Contreras y Orduña Moreno, vol. I, Thomson-Reuters Civitas, 2011, p. 492; *vid.* también Fernández Canales, C.: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013, p.50.

<sup>19</sup> Serrano Alonso se ha referido a los diferentes sentidos que la palabra *liquidación* tendría en materia de régimen de gananciales en función de que se refiera al conjunto de tales operaciones o, desde un punto de vista estricto o más limitado respecto de la actividad dirigida al abono de las deudas pendientes de la sociedad conyugal o la que implicaría la satisfacción a los cónyuges de los créditos que tengan contra la masa ganancial (Serrano Alonso, E.: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pp.25 y 26); López Beltrán de Heredia, C.: *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 125 y 126.



[20 STS de 10 de junio de 2004 \(RJ 2004, 3823\)](#).

Ahora con la nueva redacción y respecto del contenido mínimo del convenio regulador en el artículo 90 se añade «al menos y *siempre que fueran aplicables*», y se sigue exigiendo como parte del mismo, «La liquidación cuando proceda del régimen económico del matrimonio»<sup>21</sup>. Y en virtud del apartado 2, y entre otras cuestiones, se establece que cuando los acuerdos adoptados por los cónyuges para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio hubieran sido formalizados ante el secretario judicial o el notario y estos apreciaran que pudiera ser *gravemente perjudicial o dañoso* para alguno de los cónyuges o los hijos mayores o menores emancipados «*lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador*». A partir de ahora además, desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

<sup>21</sup> En la redacción propuesta por el texto del ALCP se refería a «f) El inventario y liquidación, si procede del régimen económico del matrimonio o la indicación de que ya fue realizada, y, si lo pactaren, la división de los bienes que tuvieran en comunidad ordinaria indivisa».

En la misma línea de adaptación a la intervención de secretarios judiciales y notarios se añade en los apartados 3º y 4º, respectivamente, que las medidas que sean adoptadas podrán ser modificadas, judicialmente, o por un nuevo convenio aprobado por el juez «*cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges*», frente a la anterior expresión «cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». Por lo tanto, ahora ya no se exige cualificación — *sustancial* — de las circunstancias que hayan motivado los cambios, sino simplemente que estos hayan tenido lugar, respecto de las circunstancias iniciales, o hayan variado las necesidades de los hijos. Si las medidas hubieran sido adoptadas por secretario judicial o notario en escritura pública también podrán ser modificadas a través de un nuevo acuerdo «sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Y en el apartado 4º se dice ahora, que podrán ser las partes o el juez, dependiendo de ante quien se haya presentado, quienes podrán establecer las garantías reales o personales en orden al cumplimiento del convenio regulador.

En los casos en los que la eventual modificación del convenio regulador la hubiesen planteado, acompañada de una nueva propuesta, ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos con el consentimiento del otro, la doctrina se había planteado si realmente resultaba necesario tener que acreditar una «*alteración sustancial*» de las circunstancias para poder llevarla a cabo cuando, además, la LEC



no lo exigía; venía entendiéndose que sólo lo sería en aquellos supuestos en los que uno de ellos lo presentase en contra del criterio del otro cónyuge o cuando la modificación en cuestión afecte a cuestiones respecto de las cuales se exige intervención judicial, como las relativas a los hijos<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., pp. 202 y 203.

Respecto de la inclusión como contenido mínimo de lo relativo a la liquidación, se ha dicho que es uno de los aspectos más problemáticos y que puede suponer un obstáculo importante para sacar adelante el propio convenio, por lo que los tribunales y al amparo de una interpretación literal de la expresión «cuando proceda» en el sentido de cuando sea oportuno, admiten que un convenio no contenga este extremo y que se posponga, bien de mutuo acuerdo o bien si se ha sustanciado judicialmente, para otro momento, sobre todo, para no dilatar en el tiempo situaciones conflictivas entre las partes<sup>23</sup>. La nueva redacción no hace aclaración a este respecto por lo que podría entenderse que el legislador habrá considerado suficiente las labores de hermenéutica judicial en este punto; por mucho que, como puede comprobarse en el Preámbulo, manifieste que esta norma se hace eco de los problemas planteados en la práctica judicial.

<sup>23</sup> Díaz Martínez, A.: «Comentario al artículo 90 CC» en *Comentarios al Código Civil*, T. I, dirg. porBercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, p.900.

En relación a otras cuestiones, quizás ahora sí pueda entenderse que en esta ocasión el legislador, al añadir al comienzo del apartado «y siempre que fueran aplicables», teniendo en cuenta la rúbrica general bajo la que se sitúa el precepto — *efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio* — parece haber querido recoger la posibilidad de que pueda no resultar aplicable lo dispuesto respecto del convenio regulador a los casos de nulidad matrimonial. La doctrina llamó la atención sobre la oportunidad perdida en la reforma operada a través de la [Ley 15/2005 \(RCL 2005, 1471\)](#) «para poner fin a esa incoherente mención a los acuerdos de los cónyuges al tramitar su nulidad matrimonial en el precepto dedicado al convenio regulador»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Díaz Martínez, A.: «Comentario al artículo 90 CC» en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 888 y 889.

Lo cierto es que en función de la nueva redacción dada al artículo 90 CC puede seguir sosteniéndose que la liquidación no viene impuesta, sino permitida, y que en caso de incluirse en el convenio regulador, que es un cauce apropiado en aquellos casos en los que no exista dificultad de acuerdo, cuando sea perjudicial o dañoso para uno de los cónyuges podrá ser advertido a los otorgantes por el secretario judicial o el notario en su caso y darán por terminado el expediente, teniendo sólo entonces la posibilidad de acudir ante el juez. Dejamos en este punto planteado si hay



que pensar aquí que lo darán por terminado sin más y con la sola apreciación del perjuicio, o cuando no consiguieran llegar a un acuerdo una vez advertidos del daño o perjuicio que con la liquidación se puede estar ocasionando a una de las partes y no se consienta en la rectificación procedente; o en aquellos casos en los que advertidos los cónyuges el secretario judicial o el notario aprecien que se pudiera estar coaccionando la voluntad de alguno de ellos porque pese a ser advertido de la más o menos manifiesta desproporción o desventaja, sin embargo, consienta en que se lleve a cabo la liquidación en dichos términos. Aunque hay que poner en relación todo esto con lo que dispone la nueva redacción del artículo 82 en materia de separación y divorcio de mutuo acuerdo, que podrán acordarse mediante la formulación de dicho convenio, respecto de la obligación de las partes de intervenir en el otorgamiento de modo personal «sin perjuicio de que *deban* estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el secretario judicial o el notario» y previsto también en los términos contenidos en el artículo 54 de la [Ley del Notariado \(LEG 1862, 9\)](#). Siendo obligatoria la asistencia para cada uno de letrado no deberían producirse o consentirse determinadas situaciones perjudiciales o desventajosas.

El artículo 95 en su primer párrafo recibe también una nueva redacción según la cual «*La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges*».

El empleo de la expresión *disolución o extinción* se encontraba ya en la propuesta recogida en el ALCP que ha pasado en parte al texto de la LJV vigente. La inicial redacción del artículo 95.1º contenida en el Anteproyecto disponía que «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, *la disolución o extinción* del régimen económico matrimonial, *siempre que no se hubiera acordado con anterioridad*, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto»; posteriormente, y bajo la actual nomenclatura disponía que «La sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto».

El Consejo de Estado se pronunció sobre el particular en el dictamen emitido respecto de esta iniciativa en julio de 2014 manifestando que el Código Civil utiliza el término *disolución* para referirse al régimen de sociedad de gananciales y el de *extinción* para referirse al régimen económico de participación. Hay que indicar que en el Informe del CGPJ se llamó la atención sobre el hecho de que se estuvieran



llevando a cabo modificaciones en esta materia por duplicado y que recomendó residenciarlo en una de ellas y así se hizo, al menos en este punto. Pero está por ver si a través del ALCP no se implementará otra reforma de esos mismos preceptos.

En lo demás el nuevo artículo 95 vigente parece haberse apartado de las recomendaciones de la doctrina y la práctica, por más que en su Preámbulo la LJV señale lo contrario, e incluso de lo recomendado en el Informe del CGPJ. Porque ahora y como consecuencia de la inclusión de los secretarios judiciales, a la firmeza de la sentencia recogida en la anterior redacción hay que añadirle la firmeza del decreto. Pero además y teniendo presente la inclusión de los supuestos de separación o divorcio en escritura pública ante notario ¿supondrán unos casos una mayor «prontitud» respecto de otros con el consiguiente beneficio/perjuicio en su caso? La firmeza del acto —sentencia o decreto— o desde la manifestación del consentimiento de los cónyuges en la escritura pública de formalización del convenio regulador sigue siendo el momento que marcará la disolución/extinción del régimen económico matrimonial ¿dependerá entonces dicho momento del operador al que se acuda? ¿Se han *querido* establecer diferentes niveles de virtualidad en función del operador ante el que se sustancie? Quizás haya de analizarse, entre otras cuestiones, si ello contribuye a la garantía del principio de igualdad entre todos los ciudadanos. Si se piensa que acudiendo a los notarios se ahorra tiempo, la intención de la reforma parece clara. Y siempre puede mantenerse que la vía judicial quedará descargada por cuanto ante ella se sustanciarán, tan sólo —nada más y nada menos— aquellos supuestos en los que no hubiese acuerdo, o en los que habiendo acuerdo se hubiese apreciado por parte del notario, o el secretario judicial en su caso, perjuicios graves o daños para los cónyuges o los hijos mayores o menores emancipados afectados y aquellos otros en los que aunque las partes hubieran estado de acuerdo, sin embargo, no puedan acudir a las soluciones extrajudiciales porque tengan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente. Y por qué no, también aquellos otros en los que aun habiendo acuerdo no se quiera o se pueda acudir a un notario por cualquier otra razón diferente. En el Preámbulo de la LJV se nos indica que al ampliar las posibilidades para plantear una separación o un divorcio en los términos previstos, a los ciudadanos se les concede la facultad de acudir a diferentes profesionales y que ello «sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos»; considera que el ciudadano podrá valorar esas posibilidades y «elegir aquella más acorde a sus intereses».

Durante los trabajos parlamentarios en una inicial redacción del artículo 95 se disponía que si no hubiese acuerdo respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial al iniciarse los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, sería



obligatorio solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujetos a las cargas y obligaciones matrimoniales; y hasta en tanto se procediese a la liquidación definitiva habría de presentarse, también ese mismo momento, un plan sobre régimen y administración de los bienes gananciales y de los privativos que se encontrasen afectos a las cargas familiares y la rendición de cuentas que deba realizarse a la finalización del mismo.

Al respecto el CGPJ aconsejó suprimir el carácter obligatorio que se adjudicaba a la presentación del inventario y al plan señalado en relación a los bienes comunes —y aquí sí han seguido la recomendación— ya que acudir a los procedimientos de división es opcional para los cónyuges, pudiendo éstos hacerlo en ese momento o en otro posterior. Considera que el momento no sería el oportuno teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones patrimoniales. Aunque, como ya se ha apuntado, la obligatoriedad en materia de liquidación pretendería acabar con las situaciones de postganancialidad, carentes de regulación en el Derecho común y de la que se derivan en la práctica no pocos problemas.

Continuando con la descripción, al régimen jurídico sustantivo de la sociedad de gananciales dedica el Código Civil los artículos 1344 a 1410. Como ya se adelantó en general, este régimen jurídico ha sido calificado de obsoleto por la doctrina, afirmándose, por Guilarte Gutierrezque, entre otras cosas, se trata de normas «inasumibles en el momento liquidatorio tanto si la disolución tiene su origen en la crisis económica de la familia como si nace de su crisis afectiva. Y si las dos crisis confluyen el caos está asegurado y la certeza de las soluciones a aplicar es tarea de augures y arúspices»; las soluciones en caso de confluir ambas crisis han sido calificadas por el autor como de «desvaríos hermenéuticos, básicamente imaginativos por parte de los aplicadores del Derecho, pues las normas no dan para más». El autor distingue y analiza los diversos intereses en juego que es posible advertir en los supuestos de una crisis afectiva o de una crisis económica. Ambas desembocan en un proceso liquidatorio y en ambos casos se proyectarán las mismas dificultades derivadas de la regulación recogida en el Código Civil<sup>25</sup>. A fin de acabar con dicha situación propone llevar a cabo las oportunas reformas no tanto en el seno de la LEC y sí en el propio Código Civil en lo relativo a los criterios de atribución de ganancialidad porque la actual —a su juicio— hace inviable la adecuada reconstrucción de los patrimonios familiares en el momento de la crisis con independencia de la causa de la misma; en la necesaria matización y minimización del sistema de reintegros, en la medida en que el sistema de reembolsos ex artículos 1358 y 1364 CC cuya finalidad, en principio, es propiciar un equilibrio obligacional de las masas patrimoniales familiares, en realidad resultan contrarios a la solidaridad familiar ya que favorecen el reclamo de cantidades que en su momento fueron



voluntariamente satisfechas por uno de los cónyuges con cargo a su patrimonio privativo pero en beneficio de la familia, pretensiones que en otro régimen como el de separación no son admisibles. Así, propone que no todos los gastos realizados de esta forma sean reembolsables en el momento de la liquidación, sino sólo en aquellos casos en los que así se hubiese convenido expresamente en el momento de eventual devengo<sup>26</sup>; propone igualmente el paso de la cogestión a la gestión solidaria que deberá llevar a la unificación de las actuales categorías del pasivo consorcial de responsabilidad interna o definitiva y externa o provisional respectivamente; y finalmente defiende una reforma que alcanzaría a todos los regímenes matrimoniales propiciadora de «la desaparición del específico tratamiento que el CC sanciona para las deudas concertadas en el ámbito de la potestad doméstica»<sup>27</sup>. Siguiendo con las opiniones y argumentos de este autor, parece oportuno traer a estas líneas una afirmación en virtud de la cual «la vida de la sociedad de gananciales es una sucesión de parcheos pues cada Ley especial se ve en la necesidad de introducir su pequeña cuña normativa ante la objetiva obsolescencia del sistema consorcial regulado por el CC»<sup>28</sup>; el contexto en el que se realiza tiene que ver con la normativa concursal y los problemas de armonización con la normativa del Código Civil en materia de liquidación de la sociedad de gananciales<sup>29</sup>. A través del presente estudio se pone de relieve una nueva manifestación de la anterior afirmación. La Ley especial en ese caso era la Ley Concursal y en este otro lo que hasta el momento es el ALCP en los términos que luego serán comentados. La LJV no introduce novedad alguna en cuanto a la liquidación. Se ha mantenido únicamente en la línea de dar entrada a los mencionados cuerpos de secretarios judiciales, notarios y registradores sin ir más allá y lo cierto es que, si hubiera considerado el legislador que los problemas de liquidación en sede de régimen económico ganancial eran dignos de reforma para así contribuir a solucionar los numerosos problemas que en la práctica se originan, hubiera podido aprovechar esta oportunidad, que se presentaba tan buena como otras tantas, en concreto como la LCP proyectada donde sí tiene, o tenía al menos, previsto introducirlas. A priori habría que lamentarse, nuevamente, por otra oportunidad perdida, aunque desde otra óptica, quizás no sea tan negativo ni merezca lamentaciones si tenemos en cuenta que el contexto de la compleja cuestión de la custodia compartida donde se incardina y que es lo que está provocando en mayor medida el retraso en su aprobación, hará que aún sea posible abordar la oportuna reforma del régimen de gananciales en general donde corresponde, es decir, en el marco de una reforma global del Código Civil.

<sup>25</sup> Guilarte Gutiérrez, V.: «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, cit., pp. 330 a 332 y 334 y ss; y pp. 351 y ss en relación a la falta de utilidad de los artículos del Código Civil cuando la liquidación deviene como resultado de una ejecución singular o universal. *Vid.* también «Autonomía patrimonial de los esposos y cogestión de la sociedad conyugal: la



necesaria reforma del sistema derivada de su compatibilidad» en *Los conflictos actuales del Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp.19 y ss. ([BIB 2013, 475](#)).

26 Guilarte Gutiérrez, V.: «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», cit., p.344 a 349.

27 Guilarte Gutiérrez, V.: «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», cit., pp.351 y ss.

28 Guilarte Gutiérrez, V.: op.cit. p.329.

29 A lo que también se ha referido Cuenca Casas, M., «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, cit., pp.159 y ss. ([BIB 2009, 2011](#)).

Volviendo al texto del Código Civil vigente cuando este se refiere a la *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, recoge un primer grupo de causas de disolución de carácter automático disponiendo en el artículo 1392, reformado por la LJV, que «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1º.- Cuando se disuelva el matrimonio; 2º.- Cuando sea declarado nulo; 3º.- Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges; 4º.- Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código».

Lo que a continuación se dirá en relación a lo que anteriormente disponía el apartado 3º sirve para la redacción que le ha dado a ese mismo apartado la LJV ya que los nuevos términos, según los cuales concluirá la sociedad de gananciales «cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges», tiene como finalidad únicamente su adaptación al papel que ahora se les reconoce a los secretarios judiciales y a los notarios. Es posible una separación judicial, una separación ante secretario judicial o notario según los casos. Así, el artículo 81.1 CC establece que se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores con independencia de la forma de celebración del matrimonio; y en el artículo 82 se recoge el supuesto de la separación o divorcio ante secretario judicial o escritura pública ante Notario en los casos en que exista mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la presentación de un convenio regulador y —reitera— no existiendo hijos menores o con la capacidad completada judicialmente<sup>30</sup>.

30 El artículo 82 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) hay que ponerlo en relación con el artículo 777.10 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), redactado conforme a la [LJV \(RCL 2015, 1016, 1354\)](#) respecto del procedimiento ante los secretarios judiciales. Y el artículo 54 de la [Ley de 28 de mayo de 1862 \(LEG 1862, 9\)](#), del Notariado, modificada por la LJV mediante la introducción del Título VII, *Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*, donde se incardina.

Respecto de la anterior expresión empleada en el artículo 1392, «cuando *judicialmente* se decreta la separación de los cónyuges», la doctrina se había



preguntado cuál sería a partir de entonces y de cuándo el régimen económico aplicable, porque la sentencia de separación no disuelve el matrimonio. Se afirmó que el régimen económico aplicable será el de separación de bienes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1435.3º CC, según el cual, «Existirá entre los cónyuges separación de bienes: 3º Cuando se extinga, constante el matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto»; y, por otro lado, se ha defendido igualmente que el Código Civil equipara los efectos de la separación a los de la nulidad y el divorcio, con lo que la sentencia, y ahora el decreto o la escritura pública, extinguirían el régimen económico matrimonial y no entraría en juego ningún otro, dado que ya no nacerían relaciones económicas entre los cónyuges que tuvieran que ser reguladas<sup>31</sup>. De lo proyectado hasta el momento en el ALCP pudiera haberse aprovechado para el texto de la LJV la idea de introducir una mención expresa declarando que regiría el régimen de separación de bienes, por ejemplo. En el marco de la norma proyectada la admisión a trámite de la demanda producirá la suspensión de los efectos del régimen de gananciales o el de participación, siendo aplicable en lo sucesivo el de separación de bienes. El legislador decide adoptar esta medida porque entiende que con ello se contribuye a rebajar la tensión entre los cónyuges, se facilita y agiliza la posterior liquidación y en definitiva se contribuye a mejorar la relación con los hijos, motivo este último que es en el que se quiere hacer descansar en mayor medida la justificación de la medida adoptada.

<sup>31</sup> Montero Aroca, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 32 y ss.

Se dijo respecto del artículo 1392 que en los supuestos de los apartados 1º y 3º la disolución tiene lugar como un efecto *ex lege* de la correspondiente sentencia de separación o divorcio «sin que, por lo tanto, se requiera que constituya un pronunciamiento expreso de la misma, siendo de resaltar como el artículo 91 CC y dentro de las medidas que se incluirán en la sentencia, adoptadas por el juez en defecto de convenio regulador o en el caso de no aprobación del mismo, se refiere a aquéllas en relación con la liquidación del régimen económico, no con su disolución», afirmación que —continúa— acaba diluyéndose en virtud de lo dispuesto en el artículo 777.4 LEC que al disciplinar las medidas definitivas adoptadas en la sentencia viene a sustituir las medidas sobre liquidación por las de disolución del régimen económico matrimonial, razón por la cual, es posible encontrar sentencias que se pronuncian sobre la disolución de la sociedad de gananciales. Aún así, dichos pronunciamientos no pueden referirse a la fecha en que se produce la disolución en sí de la sociedad porque, aunque podemos encontrarla como una de las pretensiones formulada por alguna de las partes, en caso de controversia deberá ser objeto de



fijación en la fase de liquidación, concretamente al realizar el inventario, donde como luego se dirá tiene lugar la calificación y el avalúo en la fecha de la disolución de los diferentes bienes que integran la masa ganancial<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Rebolledo Varela, A. L.: «Comentario al artículo 1392 CC» en *Comentarios al Código Civil* T. VII, dirg. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9807 y 9808.

En la nueva redacción dada por la LJV al artículo 83.2 CC, se dispone que «Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82».

Por su parte, en el artículo 1393, no afectado por la reforma operada por la LJV, tenemos un segundo grupo de causas de *conclusión* de la sociedad de gananciales en este caso judiciales «a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1º.- Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. 2º.- Venir el otro cónyuge realizando por sí sólo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3º.- Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4º.- Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código».

Diversas son las cuestiones que han originado debate y pronunciamientos judiciales no siempre en idéntica dirección. Se ha escrito y debatido sobre la necesidad de que la extinción haya que entenderla producida bien desde el momento en que cesa la convivencia, o bien, si debe ser declarada por el juez en sentencia, y en este caso, si es necesario que la sentencia sea firme. En algún caso se ha planteado también si podría tenerse en cuenta a efectos de extinción la fecha de la adopción de las medidas provisionales ex artículos 1392.3º y 102, en relación con el 104 y 106, todos del CC. En la [STS de 27.02.2007 \(RJ 2007, 1632\)](#) se solicitaba tal pretensión por el recurrente aduciendo que la fecha de disolución debía ser la del auto por el cual se acordaron las medidas provisionales, siendo la de la sentencia firme de separación dos años posterior, años en los que continuaron originando bienes gananciales pese a la separación existente. En contra de tal argumento se dijo entonces por el Tribunal que «Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación: 1. Las que se producen automáticamente



una vez admitida a trámite la demanda de separación, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubiesen otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 CC que <el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores>. Entre éstas el artículo 103.4 CC permite al juez <señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo>. Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más»<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Díaz Martínez se muestra contraria a que en las medidas provisionales se contengan pronunciamientos relativos a la disolución del régimen económico que en su opinión, sólo se producirá con la firmeza de la sentencia definitiva, todo lo cual, no es obstáculo para que en el marco de éstas se puedan adoptar medidas cautelares relacionadas con la futura disolución («Comentario al artículo 95 CC», en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 995).

En relación con el apartado 3º del artículo 1392, respecto del apartado 3º del 1393 conviene tener presente lo siguiente. La disolución de la sociedad de gananciales no tiene lugar tan sólo la separación de hecho durante un año ya que es preciso que se decreta judicialmente. No obstante, la jurisprudencia del TS viene aplicando una conocida interpretación correctora en el sentido de negar participación a uno de los cónyuges en los bienes adquiridos por el otro con sus propios recursos económicos, trabajo o industria mientras estaba legalmente subsistente el vínculo matrimonial, pero a partir del cese de la convivencia, ya fuera de mutuo acuerdo o por abandono del hogar. Porque no entenderlo de esta forma implicaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho. Se sigue entonces el planteamiento, según el cual, en tales supuestos ha desaparecido el fundamento de la sociedad de gananciales, la convivencia, debiendo tratarse de una auténtica ruptura y no de una mera interrupción, a la que deberán seguirle los actos de formalización judicial de la separación<sup>34</sup>. Pero la doctrina también ha destacado que los pronunciamientos judiciales no son unánimes, entre otras cuestiones, a la hora de tratar lo relativo a la duración de la separación de hecho para poderla entender extinguida. Así, en unos casos exigen una separación prolongada —entre los treinta y los cuarenta años en



STS como las de 24.4.1999<sup>35</sup>, 23.12.1992<sup>36</sup> o 30.6.1986<sup>37</sup>; mientras que en la STS de 23.2.2007<sup>38</sup> el Tribunal afirma que para aplicar dicha interpretación correctora del artículo 1392.3º no hay que atender a la duración de la separación de hecho previa a la adquisición del bien de que se trate, sino que lo relevante será la inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal y *ponerle fin al régimen económico matrimonial*<sup>39</sup>.

34 La [STS de 26 de abril de 2000 \(RJ 2000, 3230\)](#) se refiere a la necesidad de corregir el tenor literal del 1392.3 recogiendo la posibilidad de que, concurriendo determinadas circunstancias, pudiera entenderse finalizada la sociedad de gananciales en el momento de la efectiva separación de hecho consentida libremente por las partes.

35 [\(RJ 1999, 2826\)](#).

36 [\(RJ 1992, 10653\)](#).

37 [\(RJ 1986, 3547\)](#).

38 [\(RJ 2007, 656\)](#).

39 *Vid.* [STS de 26.04.2000 \(RJ 2000, 3230\)](#).

El TS respecto de la finalización del régimen de gananciales por la separación de hecho afirma que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges»; y en este mismo contexto cuando lo que ha tenido lugar es el abandono por parte de uno de los cónyuges tiene declarado que una vez producido éste no tiene lugar ninguna convivencia entre ellos que pudiera dar lugar a adquisiciones gananciales y que en tales supuestos no debe exigirse la declaración judicial para entender extinguida la sociedad ganancial. «En consecuencia, debe entenderse que producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1.393. 3º del Código Civil así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio». En todo momento insiste el TS en la existencia o no de *convivencia matrimonial* como pilar para la subsistencia de la sociedad de gananciales, faltando la primera, la segunda ha dejado de existir<sup>40</sup>.

40 [STS de 21.02.2008 \(RJ 2009, 1701\)](#).

Ocurre que como señala Rebolledo Varela aunque la jurisprudencia del TS parece admitir la disolución de hecho de la sociedad de gananciales derivada de la separación de hecho sin necesidad de declaración judicial, sin embargo, de los



argumentos utilizados pueden extraerse una serie de matices que acaban acercando la cuestión al contenido del Código Civil, fundamentalmente ahora del artículo 1393.3º de los que se desprende —a su juicio— que, a pesar de aquella separación, la sociedad de gananciales sigue vigente. Y también en su opinión, aunque haya querido defenderse que en tales casos el régimen de gananciales quedará suspendido, lo cierto es que el Código Civil se refiere expresamente a causas de disolución y no de suspensión, por más que la DGRN en su [resolución de 3 de febrero de 1999 \(RJ 1999, 10176\)](#), viniese a considerar susceptible de inscripción en el Registro Civil un auto de medidas provisionales en el que se acordaba la suspensión de la sociedad de gananciales. Concluye que, si bien una separación de hecho inferior a un año de duración con intención de poner fin a la convivencia, no disuelve ni suspende la sociedad de gananciales, sí va a producir efectos concretos como es el caso del artículo 1368<sup>41</sup> CC o de cara a impedir que un cónyuge pueda reclamar derechos sobre bienes en cuya adquisición no participó<sup>42</sup>. También se ha señalado que de lo expuesto en los artículos 1394 CC y 808 LEC respectivamente, según los cuales —antes y ahora— de seguirse pleito una vez iniciada la tramitación se practicará el inventario y que una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario, puede defenderse que lo que debe ser objeto de inventario es lo que exista en ese momento y no en el momento posterior en que la sentencia adquiera firmeza, aunque la liquidación efectiva deba retrasarse hasta éste momento<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> «También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

<sup>42</sup> Rebolledo Varela, A. L.: «Comentario al artículo 1393», en *Comentarios al Código Civil*, T. VII, cit., pp.9821 a 9824. Se ha dicho que desde un punto de vista general la separación de hecho no produce, por sí misma, la disolución de la sociedad de gananciales y los bienes adquiridos por ambos, a pesar de la separación de hecho, durante la vigencia del régimen, podrán tener el carácter de ganancial; ahora bien, no lo tendrán en aquéllos supuestos en los que el bien hubiese sido adquirido por uno de ellos, exclusivamente, sin participación del otro, porque de admitirse su naturaleza ganancial en estos casos constituiría una conducta contraria a la buena fe y el abuso del derecho (art.7 CC) (Sanciñena Asurmendi, C.: «La separación de hecho y la continuidad de la sociedad de gananciales», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1577).

<sup>43</sup> Navarro Miranda, J. R.: «Comentario al artículo 95 CC», en *Código Civil comentado*, dirg. por Cañizares Laso, De Pablo Contreras y Orduña Moreno, cit., p. 518.

Lo cierto es que el Código Civil se refiere a la firmeza de la sentencia, del decreto o de la fecha de la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública. Y que podría haberse aprovechado esta reforma para zanjar la



cuestión lo demuestran las consideraciones realizadas por el CGPJ. Porque en relación a la reforma introducida en el artículo 1392.3º expresó en su Informe, emitido sobre el texto en preparación, que sería muy conveniente que se aprovechara esta reforma para introducir la posibilidad de que la disolución de la sociedad de gananciales se adelanta al momento del cese efectivo de la convivencia, por entender que —tal y como tiene establecido la jurisprudencia del TS— dicha convivencia es el fundamento de la comunidad ganancial, «en lugar de esperar a que se dicte sentencia y mucho menos a la firmeza de la misma». El cese quedaría acreditado con la interposición de la demanda de separación, nulidad o divorcio ya que a su juicio implica la ruptura de la  *affectio maritalis*, pese a que pudiera continuar la convivencia física. Y continúa diciendo que habría igualmente que añadir un apartado por el cual se dispusiese la disolución de la sociedad de gananciales ante situaciones de separación de hecho, sin constancia jurisdiccional, a las que debe exigirse la acreditación fehaciente, como ya existe en diversas legislaciones sobre uniones de hecho (v.gr. manifestación o requerimiento notarial). Pero, como hemos visto, se ha desaprovechado la oportunidad, por más que en el Preámbulo de la nueva norma se exprese que la misma recoge criterios correctores procedentes de la práctica y la doctrina como viene reiterándose. Y son diversos los momentos en los que en el Informe el CGPJ insiste en la oportunidad que se presentaba para corregir las eventuales negativas consecuencias que se derivan de la necesidad de supeditar la conclusión/extinción al momento de la firmeza de la sentencia y no retrotraerlo al momento del cese efectivo de la convivencia o al de la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio en su caso.

En el artículo 1394 vuelven a evidenciarse para nuestra doctrina las consecuencias de la ausencia de mayores precisiones terminológicas que tampoco se han resuelto a través de la LJV ni parece que haya intención de hacerlo. En este precepto se establece que los efectos de la disolución prevista en el artículo 1393 tendrán lugar  *desde la fecha en que se acuerde* y que de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, una vez iniciada la tramitación del mismo, se llevará a cabo el inventario y el juez deberá adoptar las medidas que sean necesarias para la administración del caudal, siendo necesaria licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

En este punto la doctrina se preguntó a qué momento se refiere realmente la norma con la expresión  *desde la fecha en que se acuerde* ¿Será desde la fecha de la resolución judicial por la que se acuerde la disolución? ¿O desde la fecha en que ordene la resolución judicial que se produzcan? Y nuevamente, si se opta por responder que desde la firmeza de la resolución judicial, una de las primeras consecuencias en opinión de Rebolledo Varelaes que hasta ese momento lo que ha



existido es la propia sociedad de gananciales y no la comunidad postganancial, con lo cual, los bienes que hayan podido adquirir los cónyuges desde la presentación de la demanda de disolución hasta que recaer resolución judicial por la que efectivamente se acuerde, continuarán sometidos a las reglas del régimen de gananciales en su caso. Así, el inventario a que se refiere el precepto se lleva a cabo con anterioridad a la disolución, lo que, en teoría —lo mismo que ocurre con la liquidación contenciosa—, no impediría que con posterioridad a su realización se incorporasen al mismo nuevos bienes gananciales. Aunque aquí también hay que tener presente las eventuales consecuencias de la existencia de una separación de hecho y la interpretación correctora a que antes se ha hecho mención, con la consecuencia de que la liquidación realizada con posterioridad habría de llevarse a cabo sobre la base del inventario practicado conforme al artículo 1394<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Rebolledo Varela, A. L.: «Comentario al art. 1394 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. VII, cit., p. 9826.

Podría argumentarse que el artículo 1393 recoge diferentes causas de resolución en este caso de carácter judicial y podría pensarse que en función de las mismas habrá que situarse en el primer o en el segundo inciso. Así, pongamos por caso, habría que situarse en el primero y atender a la fecha en que se haya acordado la incapacitación, —o en que se haya acordado la modificación judicial de la capacidad debería decirse ya teniendo en cuenta lo dispuesto en la LJV—, la declaración de prodigalidad, ausencia, quiebra o concurso o la de condena por abandono de familia. Pero si nos situamos en el segundo inciso, referido al pleito seguido respecto de la concurrencia de la causa de disolución, el Código se refiere a la realización del inventario de los bienes y la adopción de las medidas oportunas en cuanto a la administración de los mismos *iniciada la tramitación* del pleito por lo tanto, en relación a los bienes existentes en ese momento. La sociedad de gananciales en cuanto tal ha dejado de existir en la medida en que como tiene declarado el TS no se da uno de los presupuestos esenciales que es el de la convivencia y el ánimo de continuar con ese sistema económico «común».

Lo cierto es que el Código Civil deja margen para la interpretación. Pero sí hay una cosa que parece clara, y es que este precepto no menciona la firmeza de la sentencia como requisito o momento temporal a partir del cual *exclusivamente* se produzcan, en este caso, los efectos de la disolución; no se refiere expresamente a ello. Incluso podría pensarse que el artículo 95 tampoco dice que sólo o de forma exclusiva esa disolución/extinción se produzca a partir de ese momento. Lo que dispone es que la firmeza *producirá* la disolución. De acuerdo. Pero incluso antes de que recaiga sentencia y esta adquiera firmeza también, si seguimos la literalidad del artículo 1394,



porque, precisamente, los efectos —dándose los presupuestos necesarios para ello— se podrán producir *en la fecha en que se acuerde*.

Tras la disolución se entraría en la fase de liquidación, pero como ya se ha dicho el Código Civil, ni antes ni ahora tras la reforma efectuada por LJV, establece un plazo de tiempo para realizar la liquidación, pudiendo entonces las partes practicarla cuando les convenga. Y en tanto ésta tenga lugar, en ese período intermedio de duración indeterminada, la masa común de bienes continúa existiendo siendo los cónyuges sus titulares. Aunque se ha afirmado que «ya no es el patrimonio de un consorcio conyugal»<sup>45</sup>. Se conoce con el nombre de *comunidad postganancial o postmatrimonial* y estará formada por los bienes comunes que en el momento de la disolución formaban parte del activo de la masa común y por el pasivo correspondiente a ese mismo momento temporal y aquél que se vaya generando después a resultas de los actos de administración de los bienes y derechos que la integran<sup>46</sup>. La masa ganancial no sufre transformación, sino que es su régimen el que a partir de la disolución cambiará. A partir de ese momento y entre otras cosas, no nacerán ya deudas con el carácter de ganancial, ni los cónyuges tendrán ya posibilidad de contraer deudas de esa misma naturaleza o que puedan afectar al otro.

<sup>45</sup> Lacruz Berdejo, J. L., y OTROS: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pp.237 y ss.

<sup>46</sup> Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 418 y 419.

Esta comunidad postganancial plantea importantes problemas prácticos. Y es que el artículo 1396, dispone que «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad». Y precepto que, además, hay que completar con lo establecido en el artículo 1410, en cuya virtud, «En todo lo no previsto en este Capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia». Cuando la liquidación se lleve a cabo en sede judicial, a falta de acuerdo, se sustanciará a través de los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En contra de lo que pareciera poder desprenderse de la dicción literal del artículo 1396, no existe tal inmediatez, puesto que no obliga, en sentido estricto, a llevar a cabo la liquidación tras la sentencia firme con la que se disuelve el régimen económico matrimonial. En ningún momento se establece plazo de tiempo alguno para llevar a cabo la liquidación por lo que esa situación de temporalidad o transitoriedad de la comunidad postganancial puede, en realidad, perpetuarse en el tiempo, con lo cual, ya deja de poder ser calificada, en puridad, de transitoria o temporal. Que al legislador no le pareció



necesario establecer un plazo lo demuestra el contenido del artículo 1409 CC, que contempla la posibilidad de que puedan llevarse a cabo de modo simultáneo la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona y tal y como ya se ha indicado en nuestra doctrina «posiblemente hubiese sido más útil fijar un plazo para proceder a la liquidación contado a partir de la disolución, o, exigir la previa liquidación del régimen económico anterior, antes de la aplicación de otro nuevo»<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Serrano Alonso, E.: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., p. 17.

Tal y como en su momento expresó Rams Albesalo cierto es que si nos planteamos en qué consiste la liquidación en sí misma, en principio habría que admitir que no entrañaría más complejidad que la que supone tener que dividir aquella comunidad postganancial, algo concreto, entre ambos cónyuges<sup>48</sup>. Como ya se adelantó los eventuales problemas de liquidación se concentran en el régimen de gananciales, donde las incidencias son muy habituales tanto en la determinación del procedimiento, como por lo que se refiere a la calificación de los bienes y las deudas<sup>49</sup>. Cuando se afronta esta fase de liquidación, sobre la base de bienes y al objeto de repartir los adquiridos durante la vigencia del régimen económico, se deben concretar, con carácter previo, toda una serie de relaciones producidas a lo largo de un período de tiempo más o menos largo pero que durante todo ese tiempo pudieron no tener una cualificación específica, el carácter privativo o ganancial de los bienes que integran la masa patrimonial o las eventuales deudas, contraídas o ganadas. Para alcanzar esa finalidad de adjudicación definitiva de los bienes se pasa por la liquidación, la cual, se lleva a cabo a través de una serie de operaciones como son la «1º. La fijación del estado y contenido del patrimonio dividiendo en el momento anterior a la división<sup>50</sup>; 2º La liquidación de las relaciones que median entre él y los privativos; y 3º La distribución del remanente, si lo hay, en calidad de ganancial»<sup>51</sup>. Tres fases dependientes ya que de la correcta realización de la primera, el inventario, dependerá el éxito de las siguientes. Es a este proceso liquidatorio al que se posponen «la mayor parte de los arreglos de cuentas y la verificación contable de su buena o mala marcha al tiempo de su liquidación, en el momento preciso de su no existencia como régimen económico matrimonial»<sup>52</sup>. Tarea la liquidatoria compleja por naturaleza, porque como señala Lacruz Berdejo, pese a lo establecido literalmente por el artículo 1344 CC, los cónyuges, vigente el matrimonio y la sociedad de gananciales no actúan pensando en el fin de la misma y en el reparto de ganancias o beneficios, sino en el día a día y en el amparo de las necesidades familiares en el marco matrimonial<sup>53</sup>.



48 Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, op.cit., pp. 422 y 423.

49 Pereda Gámez, F. J.: *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 705 y 706; López Beltrán de Heredia, C.: *La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., p.17 a 20.

50 Esta fase, que se correspondería con el inventario, en opinión de Rams Albesa, no sería, en sí misma, «una operación liquidatoria ni particional, sino un elemento preliminar necesario para poder efectuar ambas» ( *La sociedad de gananciales*, cit., p. 428).

51 Lacruz Berdejo, J. L., y otros: *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 241.

52 Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit., p. 423.

53 Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 242.

A la fase liquidatoria propiamente dicha le precede la formación de un inventario<sup>54</sup>—fase de fijación— del activo y del pasivo de la masa común, cuestión a la que se refiere el Código Civil en los artículos 1397 y 1398. Un inventario que comprende los bienes comunes, las relaciones de crédito existentes entre las diversas masas patrimoniales —común y privativa—, incluso las obligaciones que se encuentren pendientes, que pudieran repetirse contra la sociedad y que resulten personales en la relación inter partes<sup>55</sup>. La adecuada realización del inventario será determinante para garantizar la igualdad cuantitativa en la partición final. Se considera que la veracidad y la exactitud de los datos son los elementos nucleares de esta fase, sin olvidar el avalúo de los bienes, porque todo ello —se dice— garantizará la igualdad y racionalidad a la hora de llevar a cabo la partición<sup>56</sup>. Porque cualquier error cometido en esta fase será arrastrado a las siguientes, las relativas a la liquidación en sentido estricto y a la fase final en que tienen lugar las correspondientes adjudicaciones.

54 Parece que los trámites para iniciar el procedimiento para la formación del inventario pueden instarse en el momento de iniciar el procedimiento en que se hubiese solicitado la disolución o bien una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio; el hecho de que en este procedimiento no se exija, la firmeza de la sentencia en que se declare la disuelto el régimen económico vendría justificado, en opinión de la doctrina, en razones de economía procesal, más que de estricta lógica jurídica ya que si luego resultase que el régimen económico no se declarase disuelto, el inventario que se hubiese llevado a cabo tan sólo produciría efectos declarativos (Pérez Morales, M. G.: *Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p.41). ([BIB 2005. 1217](#))

55 Vid. Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p.242 a 247.

56 Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, cit. p. 428.

Las cuestiones tratadas hasta este momento ponen de relieve sólo algunos de los problemas existentes. La LJV no ofrece solución a ninguno de ellos porque al parecer su objetivo no era ese, sino tratar de agilizar la actividad judicial haciendo que



determinadas materias no tengan que ser resueltas ante un tribunal o que puedan ser resueltas ante otras figuras u órganos extrajudiciales. A su juicio la solución es disciplinar jurídicamente las separaciones y divorcios ante secretarios judiciales y notarios pero sólo en aquellos casos en los que exista mutuo acuerdo y no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente. Luego judiciales deberán ser los restantes, es decir, los supuestos en los que no haya mutuo acuerdo y existan hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada; los supuestos en los que a pesar de que haya mutuo acuerdo, sin embargo, existan hijos en las anteriores circunstancias; y aquellos supuestos en los que no haya ni hijos ni tampoco mutuo acuerdo. Como siempre, la práctica será la que evidencie lo acertado o no de la reforma y su funcionalidad. Pero si resultase que, precisamente, los casos que —ya desde antes— en mayor número llegan a los tribunales fueran precisamente los que según la nueva redacción dada por la LJV únicamente podrán sustanciarse en vía judicial, la justificación, para dar entrada fundamentalmente a la figura de los notarios, habría quedado comprometida.

#### **IV. La propuesta en materia de liquidación del régimen económico matrimonial recogida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia**

Nos situamos ahora en el marco de otra iniciativa legislativa cuyo estado actual es algo incierto debido, entre otras cosas, a la promulgación de la [LJV \(RCL 2015, 1016, 1354\)](#) que ha recepcionado algunos de los preceptos cuya modificación se estaba llevando a cabo también en el seno de esta iniciativa. El texto del Anteproyecto que se ha manejado para este estudio es la última versión remitida para su dictamen al Consejo de Estado en el mes de julio de 2014.

Una de las principales novedades de la reforma proyectada en el ALCP es la que tiene que ver con la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio, de aplicación tanto a la sociedad de gananciales como al régimen de participación u otro régimen económico, y produciéndose desde la admisión de la correspondiente demanda la suspensión de los efectos del régimen de gananciales o el de participación y el establecimiento del régimen de separación de bienes. Como expresamente se dice en la propia propuesta una de las consecuencias será el cese de la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) y esto repercutirá beneficiosamente en el patrimonio de cada uno de los cónyuges al tiempo que —se afirma— agilizará la adjudicación a cada uno de ellos de los bienes que pudieran corresponderles.



Entre otras cosas, como se verá, se dispone que en los supuestos en los que no exista acuerdo, al iniciar los procedimientos de nulidad, separación o divorcio y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas, será obligatorio solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales. Tras la firmeza de la resolución en la que se declare la disolución del régimen económico y finalizado el inventario, se procederá de oficio a la liquidación si hay hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente. En la memoria del análisis del impacto normativo se justifica argumentando que con la normativa vigente una vez producida la disolución del matrimonio, es potestativa la realización del inventario de los bienes y su liquidación. Ello provoca que se alargue en el tiempo con los costes económicos y personales que eso supone. Se considera que si se solventa esta cuestión desde el comienzo del procedimiento las relaciones paterno-filiales «mejorarán». Se pretende así que esa mejora sirva para una más adecuada canalización del establecimiento y posterior desarrollo del régimen mismo de la custodia compartida.

Esa es la cuestión sobre la que orbita la reforma proyectada, la de la custodia compartida, siempre en beneficio del interés superior del menor. Este concepto jurídico indeterminado será clave para la adopción de dicho régimen. Su admisión o inadmisión por los tribunales se fundamenta en dicho interés. No parece conveniente contemplarlo de una manera rígida o con carácter excluyente, sino armonizadora, respecto de los intereses de los progenitores. A la postre, redundará en unas mejores y más adecuadas relaciones familiares.

Pero ¿qué relación guarda realmente todo ello con la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial? ¿Cuál es el punto de conexión entre el interés superior del menor y la liquidación del régimen económico matrimonial? ¿Se quiere aprovechar esta propuesta normativa para incluir un nuevo «parche» al ya criticado, por obsoleto, régimen de gananciales contenido en el Código Civil? Lo cierto es que esta medida hay que contemplarla en relación con otras como las relativas al uso de la vivienda familiar o la posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común, para así quizás poder comprobar su eventual virtualidad.

La cuestión tiene un relevante trasfondo económico, que precisamente, no es sino una de las mayores críticas que se le ha hecho al régimen de custodia compartida. AlascioyMarín recogieron en su momento una concepción *utilitarista* de la custodia compartida en el sentido de que «promueve las transferencias de riqueza entre cónyuges utilizando a los niños como moneda de cambio». Vaya desde ahora que, obviamente, no puede generalizarse. Sin embargo, es cierto que tal y como recogen en su estudio la custodia compartida rompe la regla en virtud de la cual el uso



de la vivienda familiar era asignada al cónyuge —generalmente a la madre— a quien se le otorgaba la custodia de manera individual o monoparental y esto lo situaba en una posición negocial más favorable. Y es que el artículo 96.1º CC, como ya se ha visto, nos dice que «En defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Regla ésta que —y como complemento a lo ya expuesto— «además de constituir un serio obstáculo para el establecimiento de regímenes de custodia compartida, en sus distintas modalidades, se ha erigido en la práctica forense en una rémora legal que dificulta extraordinariamente el logro de soluciones que, respetando el interés de los hijos a habitar una vivienda digna en el mismo entorno existencial en que han vivido antes de la ruptura de la familia, resulten equitativas para ambos progenitores y no provoquen la asfixia económica del no custodio, de ordinario, el padre»<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> López Brea-Martínez, Mª C.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», cit., p.262.

En principio entonces, la atribución de la vivienda no se lleva a cabo siguiendo las reglas propias del régimen económico matrimonial, que podría ser una solución viable —y así lo expone Santos Morón— y donde debiera tenerse en cuenta si la vivienda era o es un bien ganancial o privativo. En la práctica, la atribución de la vivienda se realiza al progenitor custodio, eso sí en beneficio del interés superior de los hijos, sin ningún tipo de compensación, lo que se advierte como una situación injusta, poco equitativa. Recordemos también que el cónyuge no custodio puede ser el propietario de la vivienda o copropietario, y además deberá abonar las correspondientes pensiones económicas —de alimentos y compensatoria en su caso— y dejar algo para su propia/nueva vivienda<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Santos Morón, Mª J.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», Revista de Derecho Civil, Vol. I, nº. 3, Estudios, julio-septiembre 2014, pp. 1-36. Y para Conde-Pumpido García, J. L. si bien el contenido del artículo 96 parece responder a la garantía del interés superior del menor, en la práctica puede llevar a situaciones antieconómicas e injustas que puede incluso acabar con la pérdida de la vivienda al no poder hacer frente al pago de la hipoteca («La Ley Valenciana de custodia compartida», en [www.ces.gva.es](http://www.ces.gva.es), p. 18).

En la custodia compartida, —volviendo al estudio de Alascioy Marín— podrían producirse dos situaciones en modo alguno beneficiosas para el menor, y que por lo tanto, irían contra el interés superior a proteger. Por un lado, que el progenitor no custodio solicitase la custodia para evitar que se le asigne el uso de la vivienda al otro<sup>59</sup>; o que uno de los progenitores cediese parte de sus activos patrimoniales para que se le otorgase la custodia individual. Junto a la mencionada concepción utilitarista de la custodia compartida afirman estos autores que tal argumento puede



considerarse erróneo en la medida en que «se centra en el interés individual de cada cónyuge y prescinde del bienestar del menor, quien en la mayoría de los casos prefiere gozar de la compañía de sus dos progenitores»<sup>60</sup>. Y quizás esa sería la falla de la concepción utilitarista, abordada como lo hacen los autores citados desde un análisis económico de la custodia compartida, pero no estamos ante una ciencia exacta. Y quizás también, tal y como se dice en la Exposición de Motivos de la propuesta, pueda hacerse la lectura de que esa sea, precisamente, la razón por la que se haya querido introducir esta reforma en materia de liquidación de régimen económico matrimonial en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y por lo que pueda afectar a las relaciones paterno-filiales y al eventual régimen de custodia. Se ha dicho que la excesiva duración del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial deteriora —puede que aún más— las relaciones entre los cónyuges, lo cual, acaba repercutiendo en los hijos.

<sup>59</sup> También se ha referido a estos supuestos López Brea-Martínez: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», cit. p. 261.

<sup>60</sup> Alascio Carrasco, L. y Marín García, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», In Dret, Barcelona, Julio, 2007, [www.indret.com](http://www.indret.com).

Desde otra perspectiva hay que tener presente, igualmente, las opiniones críticas que desde las iniciales propuestas de redacción —que han ido sucediéndose hasta la que se ha utilizado para este estudio— consideraron que esta «premura» en el procedimiento de liquidación que pretende implementarse puede provocar perjuicios o presentar desventajas importantes para la parte más débil. Para estas opiniones la experiencia demuestra que los procedimientos judiciales de este carácter acaban llevando a que una de las partes acepte —apremiada por las circunstancias— las medidas propuestas por la otra para conseguir la adopción de un convenio que ponga fin a la contienda judicial pero que pueden perjudicarle después<sup>61</sup>. También se ha dicho que estas medidas entorno a la liquidación quebrantarían «las normas jurídicas que inspiran nuestro derecho dispositivo, como si de normas de orden público se tratara, lo cual deviene jurídicamente insostenible»<sup>62</sup>. En otros casos, lo que se ha puesto de relieve es que, admitiendo que el objetivo de la propuesta en este punto es disolver el régimen económico con la presentación de la demanda considerando que las fases de inventario y liquidación son fáciles y rápidas, en la práctica no es así, por lo que se propone desde estas líneas de opinión un mayor y más detenido estudio de este punto<sup>63</sup>. Desde el Consejo General de la Abogacía se dijo precisamente que no estaban de acuerdo con la obligatoriedad establecida en la propuesta para la formación del inventario con la demanda del proceso matrimonial, ni entendían que pudiera cumularse la acción de división de la cosa común, y sin embargo, aconsejaban que la propuesta incluyese las medidas oportunas de cara a solventar



los problemas que planteaba la ejecución de sentencias dictadas por los juzgados de familia sin que les pareciese suficiente con la fijación del pago de multa coercitiva que quedaba establecida en la LEC. También se pronunció la Asociación de Abogados de Familia desde donde, entre otras muchas observaciones— se manifestó que debería suprimirse del artículo 90 la exigencia de formación de inventario del contenido mínimo del convenio regulador.

61 Asociación de Mujeres para la Salud.[www.mujeresparalasalud.org](http://www.mujeresparalasalud.org).

62 Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas.[www.separadasydivorciadas.org](http://www.separadasydivorciadas.org).

63 Así lo consideran desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis.

La medida propuesta afecta a la liquidación de cualquiera que sea el régimen económico que haya estado vigente durante el matrimonio, porque hay libertad para adoptar el que mejor convenga. Y que en sede de Derecho común el status jurídico del régimen económico de gananciales necesita de una profunda reforma, como se sabe, es opinión unánime en la doctrina. Pero que por lo que a este régimen respecta, la manera oportuna de llevarla a cabo sea ésta o a través de esta norma, no deja de poder ser criticable. Por más que, por ejemplo, pueda reconocerse que de determinados puntos de la reforma propuesta, se derive algún efecto más o menos beneficioso como el hecho de que la obligatoriedad de la liquidación en tales términos pudiera servir para solventar algunos de los problemas derivados de la situación de postganancialidad.

La pretendida reforma, y por lo que aquí interesa, no sólo afectará al Código Civil y a la normativa del Registro Civil, sino también a la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en materia de procedimientos matrimoniales (arts. 770 y ss) y en lo referente a la liquidación del régimen económico matrimonial (arts.806 y ss). Con independencia ahora de que como ya he dicho anteriormente no creo que sea ésta la norma apropiada para llevar a cabo una reforma de estas características, lo cierto es que la doctrina había señalado ya que desde un punto de vista general lo importante es tratar de simplificar y adecuar el propio régimen económico matrimonial de gananciales en sede de Código Civil y no tanto en el seno de la normativa procesal. Porque como se dijo entonces lo importante no es tratar de agilizar el procedimiento acortando plazos, ya que los problemas existentes derivados del vigente régimen sustantivo, algunos de los cuales han quedado aquí expuestos, serán los mismos y seguirán estando ahí, con el problema añadido de que habrá que resolverlos más rápido porque se concede menos tiempo.

En cualquier caso, aquí es donde por el momento se encuentra ubicada. Propuestas de reforma de carácter procesal en materia de liquidación de régimen



económico matrimonial en el marco de una norma con la que pretende protegerse a los menores en los procesos de ruptura y donde debe siempre presidir el principio del interés superior del menor. Recordemos que según el legislador llevar a cabo esta reforma sobre la cuestión de la liquidación del régimen económico matrimonial es relevante para mejorar las relaciones paterno-filiales, se entiende que en la medida en que pueda servir para rebajar el nivel de estrés o tensión entre los progenitores o que pudiera uno servirse de la eventual situación angustiosa del otro para condicionar la voluntad en un determinado sentido o respecto del consentimiento para la adopción de determinadas medidas.

La entrada en vigor de la LJV y con ella la reforma del Código Civil entre otros cuerpos legales llevará aparejado un nuevo replanteamiento de algunos de los extremos de los que se ocupó en su momento —y hasta no hace mucho— el texto del ALCP. Algunas de las reformas planteadas han pasado a la LJV y otras seguramente desaparecerán o serán trasladadas, quien sabe, a la reforma proyectada de la LEC, que sería, quizás, lo más coherente respecto de aquellos preceptos de carácter procesal relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial.

Sea como fuere a propósito de la custodia compartida el legislador creyó oportuno darle una nueva redacción a algunos de los preceptos en los que en relación con la disolución y posterior liquidación del régimen económico matrimonial se encuentran alojadas determinadas concepciones y expresiones que arrastran no poca controversia por distintas razones.

Una de las primeras cuestiones que hay que destacar es la propuesta recogida para una nueva redacción del artículo 159 del CC, según la cual, «Cuando se produzca la ruptura del vínculo o de la convivencia matrimonial o de las parejas que mantuvieran análoga relación de afectividad, las relaciones paterno-filiales serán establecidas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes. Estas disposiciones también serán de aplicación cuando los progenitores vivieren separados y no estuvieren unidos por vínculo alguno».

El carácter imperativo en la redacción o literalidad del texto del artículo 159 ha sido puesta en tela de juicio por el Consejo de Estado indicando que en una ulterior revisión debería reflexionarse sobre ello en la medida en que se está imponiendo el contenido de unas normas aunque los componentes de la pareja no las hayan aceptado e incluso aún cuando se hubieran opuesto. Hay que tener en cuenta —continúa precisando— que los artículos 90 y siguientes a los que remite regulan, entre otras, cuestiones de naturaleza económica no condicionadas necesariamente a la existencia de hijos comunes y que en mejor modo se sitúan en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges o miembros de la pareja.



Junto a ello y respecto a la aplicación de las normas sobre nulidad, separación o divorcio a la convivencia more uxorio se recomienda incorporar al precepto la doctrina recogida en la [STC nº. 93/2013, de 23 de abril \(RTC 2013, 93\)](#). A juicio del Consejo de Estado la aplicación imperativa del artículo 159 a las uniones no matrimoniales no vulnerará la doctrina constitucional si continúa limitándose en su aplicación al ámbito de las relaciones paterno-filiales; pero fuera de ahí y por lo que se refiere a la atribución del uso y mantenimiento de la vivienda o a la pensión por desequilibrio económico sólo podrá resultarles de aplicación cuando las partes hayan expresado su voluntad de adherirse a ellas a través de cualquiera de los medios válidos en Derecho para dejar constancia de su decisión. De cara a una futura redacción se propone suprimir la remisión a los artículos 90 y siguientes y que se concreten con mayor precisión los preceptos aplicables a las uniones no matrimoniales, sean o no pareja estable.

Con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la LJV, se recogían en el ALCP propuestas para la modificación de los artículos 90 y 95 CC, pero dado que ya se encuentra en vigor la redacción dada por la LJV al artículo 90.2 y 95.1 en general me remito en este punto a lo dicho en líneas precedentes sobre las variaciones terminológicas —recogidas fundamentalmente en el artículo 95— y, eventualmente de contenido, que ambas redacciones presentaban respecto de la que finalmente ha entrado en vigor. Sí indicar aquí que el ALCP contiene una propuesta de mayor alcance del artículo 90 que incluye lo relativo al ejercicio de la corresponsabilidad parental o el recurso a la mediación familiar también dentro de ese contenido mínimo del convenio regulador, con lo que de salir adelante, implicaría otra reforma de este artículo.

Otro de los extremos a tener en cuenta en una futura reforma lo constituye el que viene siendo uno de los problemas más habituales en el marco liquidatorio ganancial, el relativo a la temporalización del derecho de uso sobre la vivienda familiar y su incidencia en la fase de liquidación. Sin que podamos aquí detenernos en un estudio y análisis exhaustivo de la cuestión —objeto de diversos y numerosos estudios doctrinales en diferentes sedes— sí debemos referirnos a la propuesta de redacción del artículo 96, más profusa que el vigente, contenida en el Anteproyecto. La LJV no ha reformado este precepto, hay que pensar que porque queda descartada la intervención de secretarios judiciales y notarios al mencionarse la existencia de hijos menores a cargo de los progenitores, supuestos en los que la cuestión deberá sustanciarse judicialmente según hemos visto que dispone el nuevo artículo 81.1 C

Volvamos primero al artículo 96.1º CC<sup>64</sup> que recordemos nos indica que en defecto de acuerdo aprobado por el juez, la atribución de uso de la vivienda familiar



corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Aunque nada dice el Código Civil en la doctrina se ha afirmado que parece caracterizarse este derecho por su provisionalidad y temporalidad aunque no sea habitual fijar un plazo de duración<sup>65</sup>. Las preguntas que la doctrina se ha formulado respecto a este tema es si era posible proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales subsistente el derecho de uso de la vivienda; qué ocurría con la posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común respecto de la vivienda familiar, copropiedad de ambos progenitores, pero cuyo uso se hubiese atribuido por el juez al custodio y al/los los hijo/s menores y si debía respetarse el derecho de uso tras dicha división; o si ese derecho de uso debía tener alguna valoración económica de relevancia en la fase de liquidación. La problemática suscitada respecto del régimen jurídico aplicable al derecho de uso tiene relevantes efectos en la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>66</sup>. A raíz de la STS de 22 de septiembre de 1988<sup>67</sup> se recordó que «Nuestro Derecho ve con disfavor la obligación de permanecer en la indivisión (art. 400 y 1051 del Código Civil) y, en el pleito, no se discute que la disolución del matrimonio genera la disolución de la sociedad de gananciales (artículo 1392). En consecuencia no debe favorecerse que la comunidad consorcial se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas»; en particular, con respecto al artículo 96 apartado 4º, señaló el TS que «respecto al piso común no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición».

64 El artículo 96 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) utiliza dos criterios en función de la situación ante la que nos encontremos. Por un lado, en defecto de acuerdo y si hubiese hijos se atribuye al cónyuge que quede con éstos; y por otro lado, si no hubiese hijos parece que de modo excepcional se podrá acordar que se atribuya al cónyuge no titular, con carácter temporal, si su interés fuese el más necesitado de protección.

65 Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil*, cit., p.237.

66 Rodríguez Chacón, R., «La vivienda familiar y la liquidación de gananciales» en *Revista de Derecho de Familia*, nº.22, enero 2004, pp.45 y ss.López Brea-Martínez, M. C.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación de la sociedad del patrimonio ganancial», cit., p. 296.

67 [\(RJ 1988, 6852\)](#).

Y todavía quedaba otra cuestión. Si una vez realizada la división persistía la obligación de mantener el derecho de uso de la vivienda familiar. La respuesta es afirmativa. Así, la STS de 26 de abril de 2002<sup>68</sup> declaró que «si bien el titular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge en virtud de sentencia de divorcio. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de



aquella medida, lo que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». Aunque ciertamente hay que reconocer que será complicado en la práctica que la venta llegue a materializarse dado que el eventual comprador puede no estar dispuesto a adquirir un inmueble — *gravado*— con un derecho cuya duración no conoce y cuya extinción depende de que el hasta ahora propietario ejercite una determinada acción judicial, cuestión esta que obviamente y si llega a vender el inmueble, probablemente ya no le vaya a preocupar<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> (RJ 2002, 4035).

<sup>69</sup> Rodríguez Chacón, R.: «La vivienda familiar y la liquidación de gananciales», cit., pp.57 y 58. López-Brea Martínez, C.: op.cit., p. 298.

Y se ha planteado también si la adjudicación del derecho de uso de la vivienda hasta entonces común podría suponer un enriquecimiento injusto o sin causa para el beneficiario del mismo a costa del empobrecimiento patrimonial del otro, debiendo, por lo tanto, ser objeto de valoración en la fase liquidatoria. Aquí trata también de argumentarse si pudiese considerarse este derecho de uso como una *carga* en tanto que puede redundar en una pérdida de valor del bien afectado por el uso atribuido a uno de los ex cónyuges<sup>70</sup>. En general el TS consideró que tal atribución no debe contemplarse como una carga; en su opinión sería un medio legal, a través del cual, trata de darse satisfacción «a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela»<sup>71</sup>. Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo ese derecho de uso tiene un valor económico en sí mismo que para el cónyuge beneficiario, y teniendo presente los precios del mercado inmobiliario en cuanto a ventas y alquiler, se traduciría en un beneficio perdurable por un período de tiempo en tanto que le va a suponer un ahorro no tener que realizar desembolsos económicos por ninguno de ambos conceptos; mientras que para el cónyuge titular de la vivienda supondrá un doble coste, ya que al mantenimiento de la primera habrá que sumarle el de una segunda. En este punto la doctrina ha llamado la atención sobre la paradoja que supone que el TS, tal y como se ha dicho anteriormente, declare que el derecho de uso no es susceptible de valoración en el momento de realizar el inventario y la partición pero sí considere oportuno llevarlo a cabo en un momento posterior, ejemplificándolo con lo declarado en la STS de 27 de junio de 2007 donde se admitió que los ex cónyuges, copropietarios de una casa que fue objeto de pública subasta, tuvieran derecho a la mitad del precio obtenido en la misma y que en la valoración de la vivienda se debería tener en cuenta la disminución del valor del inmueble, que debería ser soportada por igual entre ambos, derivada del derecho de uso que sobre



el mismo ostentaban la ex esposa y el hijo mayor<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Rodríguez Chacón, R.: «La vivienda familiar y la liquidación de gananciales», cit., p. 56.

<sup>71</sup> Y como señaló «en ningún caso cabe hablar de usufructo aunque alguna escasa sentencia de esta Sala ha apreciado a la atribución alguna forma de derecho real» ([SSTS de 4 de abril de 1997 \[RJ 1997, 2636\]](#) y [de 23 de enero de 1998 \[RJ 1998, 151\]](#)).

<sup>72</sup> Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., p. 105. Y STS de 27 de junio de 2007 (RJA 2007/3865). *Vid.* Rodríguez Chacón, R.: «La vivienda familiar y la liquidación de gananciales», cit., pp. 56 y 57.

El derecho de uso de la vivienda familiar va a tener relevancia en la propia fase liquidatoria, concretamente en el inventario o en la valoración del inmueble en cuestión. Como nos recuerda la doctrina, la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en la fase de liquidación dependerá de que así lo acuerden ambos cónyuges entregando el dominio pleno a aquél que disfrutaba del uso. Pero ocurre, sin embargo, que en la práctica esta solución no siempre es bien recibida por el —hasta entonces únicamente— titular del derecho de uso con menores a su cargo, sobre todo si la vivienda es, o era, el activo principal de la sociedad ganancial, ya que deberá abonarle al otro su parte por el exceso de adjudicación que hubiera resultado a favor de éste en la liquidación. Efectivamente, por el uso no tiene que desembolsar cantidad alguna y por la adjudicación de la plena propiedad quizás tenga hasta que solicitar un préstamo hipotecario para abonar la cantidad correspondiente. Ahora bien, la situación es distinta si se le adjudica la propiedad por el valor neto del inmueble, por lo que resulte de descontar de su precio de mercado el valor que tenía el derecho de uso que se extingue con la adjudicación considerándolo como una carga o gravamen del inmueble y que habrá de deducirse del valor de éste en la liquidación. De no hacerlo así, estaría renunciando, a cambio de nada, al derecho de uso de la vivienda<sup>73</sup>. Lo cierto es que el otorgar valor al derecho de uso de la vivienda adquiere relevancia en la liquidación para ambas partes.

<sup>73</sup> López-Brea Martínez, C.: *op.cit.*, pp. 300-303. Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., p. 105.

También está relacionada la fase de liquidación con otro aspecto relativo al derecho de uso de la vivienda familiar, y es el que tiene que ver con su limitación temporal, en tanto que los hijos sean menores de edad o mayores pero dependientes económicamente, precisamente hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico de gananciales. La cuestión, evidentemente, orbita, por un lado, entre la consideración de su carácter ilimitado en el tiempo teniendo en cuenta el interés que debe prevalecer y que no es otro que el de los hijos, sustentando tal planteamiento sobre una interpretación literal de lo preceptuado en el artículo 96.1º CC. Así, el TS ha



declarado la imposibilidad de limitarlo en tanto los hijos sean menores de edad ya que estaríamos ante una atribución *ex lege* de carácter imperativo que impediría cualquier otra interpretación en contra. Entiende el Tribunal que el fundamento de tal atribución estaría en la línea de una atribución *in natura* del artículo 142 CC. La regla recogida en el artículo 96 es de carácter taxativo sin que puedan admitirse interpretaciones temporales limitadoras debiendo incluso ser examinado por el juez los pactos al respecto de los progenitores para evitar eventuales perjuicios<sup>74</sup>. El TS sigue la argumentación según la cual, «una interpretación correctora de esta norma permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 [CE IRCL 1978, 28361](#)) y que después han sido desarrollados en la [Ley Orgánica de Protección del Menor \(RCL 1996, 145\)](#) »<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Entre otras, [STS de 14 de abril de 2011 \(RJ 2011, 3590\)](#); [de 17 de octubre de 2013 \(RJ 2013, 7255\)](#) y [de 3 de abril de 2014 \(RJ 2014, 1950\)](#).

<sup>75</sup> [STS de 18 de mayo de 2015 \(RJ 2015, 1919\)](#).

Sin embargo, para opiniones como la defendida por Ureña Martínez el artículo 142 «obliga a proporcionar los recursos necesarios para poder satisfacer las necesidades del alimentista, pero no cabe deducir del artículo 142 CC que la <habitación> que el progenitor deba prestar tenga que ser necesariamente la vivienda familiar como establece expresamente el artículo 96.1º CC. Pero además, si se vinculara el derecho de uso sobre la vivienda familiar al derecho de alimentos, el primero se convertiría en un derecho indefinido puesto que el derecho de alimentos no se extingue automáticamente por el hecho de que el menor alcance la mayoría de edad; lo que supondría una privación del derecho de propiedad del progenitor no guardador —cotitular del inmueble— durante un tiempo indeterminado»<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., p.239.

O, por otro lado, su limitación temporal al momento de realizarse la liquidación porque junto al mencionado interés, que es importante, deben tenerse presente otros igualmente dignos de tutela, los de los progenitores, partiéndose, en este caso, de una interpretación «finalista y sociológica de la norma»; momento a partir del cual habrá que darlo por extinguido, en tanto el hijo sea menor de edad, debiéndose proceder a la venta del inmueble y posterior reparto de lo obtenido entre los ex cónyuges, u optar por adjudicarlo a uno de ellos con la obligación de abonarle al otro la mitad de su valor. Ureña Martínez considera esta última opción más equitativa y acorde al momento de crisis actual «donde se ha generado un profundo desequilibrio entre el coste del bien y la capacidad económica del potencial adquirente»; el interés



del menor no deberá ser el exclusivo criterio a tener en cuenta dado que no se trata de un principio ilimitado. Además, siguiendo esta misma opinión, al amparo —y habría que añadir que dentro de los límites— del artículo 1255 CC nada impide que los progenitores pacten que el uso se atribuya al custodio hasta la realización de la liquidación del régimen de gananciales y si de tal acuerdo no se deriva daño ni perjuicio podrá ser aprobado judicialmente. Teniendo en cuenta todo ello, y en defecto de acuerdo entre los cónyuges la autora citada defiende la reforma del artículo 96.1º CC para adaptarlo a la nueva realidad social en que tiene que ser aplicado ya que la interpretación literal del TS no está sirviendo para encauzar dicha adaptación<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Recoge ejemplos de resoluciones judiciales procedentes de Audiencias Provinciales que apuntan en este último sentido Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., pp.238 a 240.

Como se ha dicho la nueva LJV no se ha ocupado de estas últimas cuestiones relativas o incardinadas en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales; y quizás bien podría haberlo hecho, teniendo en cuenta la naturaleza de algunas de las cuestiones de las que sí se ha ocupado, y la línea que nuestro legislador ha seguido en otras ocasiones aprovechando la promulgación de determinadas leyes especiales para introducir concretas reformas o reajustes en el régimen general de la sociedad de gananciales.

Pero el ALCP sí propuso una nueva redacción del artículo 96, que tanto se viene reclamando desde diversos sectores, en virtud de la cual quedaría la cuestión del modo siguiente. «2.- Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por períodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.



Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el juez para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

3.- En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquella fuere privativa del otro progenitor o común de ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.

4.- La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar al otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquella.

5.- Mientras se mantenga la atribución del uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por períodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado y los que no pudieran determinarse conforme a este criterio, en proporción al período que cada uno ocupare la vivienda.

No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todo o parte de los gastos ordinarios.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6.- Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de



propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

7.- Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial debiendo poner en conocimiento del juzgado la nueva residencia de los hijos.

8.- El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad»<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Hay que dejar constancia que los términos empleados por el legislador estatal en la elaboración de esta propuesta son muy similares a los del artículo 233.20 del [CCCat \(LCAT 2010, 534\)](#). Aunque se aparta en otro, continuando aquí en la misma línea que la redacción vigente, como el relativo a la posibilidad que se le otorga al cónyuge propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda para disponer de la misma sin el consentimiento del que tuviere atribuido su uso y sin autorización judicial, aunque dice que «sin perjuicio del derecho de uso» por lo que este seguirá subsistente pese a tal disposición (art. 233.25 CCat).

El Consejo de Estado consideró en su dictamen sobre la propuesta, y entre otras cosas, que había que seguir incluyendo en el precepto como criterio general o preferente la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que ostente la guarda y custodia, sin perjuicio de las excepciones que debidamente justificadas quisieran contemplarse. Y ello en atención a las argumentaciones realizadas por el TS en recientes resoluciones donde se manifestó que en el actualmente vigente artículo 96 CC la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien<sup>79</sup>. Y respecto de la previsión contenida en el apartado 8º, que considera acertada, recomienda completarla con una referencia a la línea seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el propio Tribunal Supremo que admiten también la inscripción de la limitación legal consistente en la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, de autorización judicial para la venta de la vivienda familiar cuyo uso ha sido judicialmente atribuido al cónyuge no titular de la misma.

<sup>79</sup> [SSTS de 14 de abril de 2011 \(RJ 2011, 3590\)](#) y [de 3 de abril de 2014 \(RJ 2014, 1950\)](#).

Es relevante igualmente la propuesta realizada respecto del contenido del artículo



102 al introducirse nuevos efectos derivados de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, que entre otras cuestiones supondrían la recepción de la línea jurisprudencial que considera imprescindible la *convivencia* de los cónyuges para la pervivencia de la sociedad de gananciales. Dispone el precepto proyectado y sólo también por lo que aquí interesa, que «1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producirán, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedarán revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado.

3º. *Quedarán en suspenso los efectos del régimen de participación o los de la sociedad de gananciales*, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge o la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

a) La adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de los cónyuges.

b) La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

c) La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

4º. Quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido en favor del otro. Si no se dictare sentencia estimatoria o si hubiere reconciliación de los cónyuges quedará sin efecto lo dispuesto en este apartado.

5º.- Asimismo, salvo pacto en contrario, cesará la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2.- Únicamente estarán vinculados a la sociedad de gananciales los actos y gastos realizados por cualquiera de los cónyuges para 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, así como para la gestión o administración ordinaria de los bienes gananciales. El cónyuge que hubiera realizado



tales gastos con sus propios bienes tendrá derecho a ser reintegrado, en la parte que corresponda, en el momento de la liquidación del haber de la sociedad de gananciales.

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.

3.- El secretario judicial, al admitir la demanda, ordenará su anotación en el Registro Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Desde la anotación en el Registro Civil de la demanda de nulidad, separación o divorcio el acreedor sólo podrá reclamar las deudas contraídas por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales si lo hubieran sido por alguno de los actos señalados en el párrafo anterior.

4.- Las obligaciones que se deduzcan del convenio alcanzado entre las partes serán exigibles y susceptibles de ejecución desde que se inste judicialmente su aprobación. Aquéllas cesarán si no se aprobase, sin que tengan efectos retroactivos».

Para el artículo 1394, de aplicación al régimen de gananciales y al de participación, se propone también nueva redacción aunque no en el párrafo primero que continuaría recogiendo la expresión sobre la que se ha debatido: «los efectos de la disolución prevista en los dos artículos anteriores se producirán desde la fecha en que se acuerde». Y en el párrafo segundo dispone que «No obstante, los efectos de la sociedad de gananciales quedarán en suspenso con la admisión de la demanda interpuesta en alguno de los casos anteriores procediendo a la formación del inventario. El juez adoptará las reglas provisionales que los cónyuges deban observar en la administración y disposición de los bienes gananciales que se incluyan en el inventario, así como en la rendición de cuentas que deba realizarse para que sean observadas hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial. Se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria, salvo que se disponga lo contrario».

Según la redacción propuesta para el artículo 1396 «Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, se procederá de oficio a su liquidación si hubiere hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada dependientes de los progenitores.

En los demás supuestos, si ninguno de los cónyuges instara la liquidación del



régimen económico ganancial en el plazo de un mes, el régimen a aplicar a los bienes inventariados será el de la comunidad proindiviso ordinaria, participando en ella ambos cónyuges por partes iguales». Y lo mismo se dispone respecto de la liquidación de oficio en la nueva redacción propuesta del artículo 1417.2.

En relación a una posible conculcación del principio de autonomía de la voluntad que algunas opiniones han sostenido se produciría de aprobarse el precepto en estos términos, ha manifestado el Consejo de Estado que en realidad no sería tal, puesto que la liquidación de oficio estaría justificada en aras del interés superior de los hijos, pero además, sería una consecuencia derivada de la libre decisión adoptada por los cónyuges de disolver su matrimonio. Aunque admite a renglón seguido que ello no puede suponer un obstáculo o freno a dicha facultad, razón por la cual la regulación procesal deberá llevarse a cabo de tal forma que «ambos cónyuges puedan hacer valer sus pretensiones de forma adecuada y con todas las garantías».

Lo que sí es cierto es que con esta redacción entonces se le otorga respaldo jurídico a la posibilidad de *suspender* los efectos de la sociedad de gananciales. No es una extinción, ni una disolución, sino una suspensión, por lo que si desaparece la causa que la motivó y entra en juego la reconciliación, la sociedad de gananciales volverá a surtir efectos, lo que cesaría entonces sería el régimen de separación de bienes que hubiera comenzado con la suspensión, y esa, sería otra cuestión.

Por último, la reforma que se propone para la LEC se centra fundamental —aunque no exclusivamente— en tratar de agilizar todo lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial porque considera, no que se trate de uno de los principales focos de conflictos, sobre todo por lo que al régimen de gananciales se refiere como ya se ha dicho, y por lo tanto con anterioridad a que comenzara a debatirse sobre la necesidad de reglamentar lo relativo a la custodia compartida, sino porque se ha advertido que ésta última pasa por una reforma de la liquidación de los regímenes económico matrimoniales para, en definitiva, tratar de lograr unas más adecuadas relaciones con los hijos. Las modificaciones propuestas afectarían en su caso a los procesos matrimoniales (arts. 770 a 778 LEC) y al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y 811 LEC). Contiene tres novedades que de un modo u otro ya han venido salpicando sistemáticamente todo este estudio. En primer lugar, si no hubiese acuerdo en la liquidación se deberá solicitar al inicio del procedimiento de nulidad, separación y divorcio la formación de un inventario que se tramitará en pieza separada y adjuntar a la demanda un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario y de los privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares. La segunda novedad consiste en que la admisión de la demanda



provocará la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales o del régimen de participación siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. Y en tercer lugar, se dispone que una vez sea firme la sentencia en que se declare la disolución y concluido el inventario se procederá a su liquidación, que cuando hubiera hijos menores o con la capacidad judicialmente complementada —ya se ha dicho que ahora hay que hablar de capacidad judicialmente modificada— se practicará de oficio sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento y en los demás supuestos tendrá que ser instada por las partes, y si no lo hicieran, se aplicará el régimen de la comunidad ordinaria de bienes.

Con respecto al ALCP nos queda esperar para poder comprobar qué ocurre con todas estas medidas novedosas que se supone servirán para agilizar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. De llegar a ser promulgada en los términos que hemos visto, o en otros parecidos aunque manteniendo en esencia el contenido analizado, supondrá una nueva reforma del régimen de gananciales a través de una Ley especial, como ya ha ocurrido anteriormente. No parece ser esa la forma de abordar la solución de un problema como es el de la actualización de las normas reguladoras de este régimen que necesitan de una reforma integral en el marco del Código Civil.

### Bibliografía

Alascio Carrasco, L. yMarín García, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», In DRET, Barcelona, Julio, 2007,[www.indret.com](http://www.indret.com).

Alfonso Rodríguez, E.: «Comentarios a los artículos 90 y 91 CC», en *Código Civil comentado*, dirg. porCañizares Laso,De Pablo ContrerasyOrduña Moreno, vol. I, Thomson-Reuters Civitas, 2011.

Castilla Barea, M. yCabezuelo Arenas, A. L.: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, dirg. porIzquierdo TolsadayCuenca Casas, Aranzadi, Pamplona, 2011.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica» en Revista de Derecho Privado (RDP), marzo-abril 2014; «Matrimonio (no formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», RDP, diciembre 2011; «¿Matrimonios y divorcios ante notario?», en El Notario del Siglo XXI, nº. 48 (marzo-abril), 2013.



Conde-Pumpido García, J. L.: «La Ley Valenciana de custodia compartida», en [www.ces.gva.es](http://www.ces.gva.es).

Cuenca Casas, M.: «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009. ([BIB 2009, 2011](#))

De Amunátegui Rodríguez, C.: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuesta de posible solución a los mismos».

Díaz Martínez, A.: «Comentario al artículo 90 CC» en *Comentarios al Código Civil*, T. I, dirg. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

Fernández Canales, C.: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013.

Guilarte Gutiérrez, V.: «La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», en *Propiedad y Derecho civil*, Fundación Registral. Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006; «Insolvencia familiar y crisis matrimoniales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009; «Autonomía patrimonial de los esposos y cogestión de la sociedad conyugal: la necesaria reforma del sistema derivada de su compatibilidad» en *Los conflictos actuales del Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

Lacruz Berdejo, J. L., y otros: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

López Beltrán de Heredia, C.: *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Montero Aroca, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Navarro Miranda, J. R.: «Comentario al artículo 95 CC», en *Código Civil comentado*, dirg. por Cañizares Laso, De Pablo Contreras y Orduña Moreno, vol. I, Thomson-Reuters Civitas, 2011.

Pereda Gámez, F. J.: *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, La Ley, Madrid, 2007.

Pérez Morales, M. G.: *Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.



Rams Albesa, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

Rebolledo Varela, A. L.: «Comentario al artículo 1392 CC» en *Comentarios al Código Civil* T. VII, dirg. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Rodríguez Chacón, R: «La vivienda familiar y la liquidación de gananciales» en *Revista de Derecho de Familia*, nº.22, enero 2004.

Sanciñena Asurmendi, C.: «La separación de hecho y la continuidad de la sociedad de gananciales», en *Estudios de Derecho Civil* en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2013.

Santos Morón, M<sup>a</sup> J.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, nº. 3, Estudios, julio-septiembre 2014.

Serrano Alonso, E.: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, dirg. por Carrasco Perera, Tecnos, Madrid, 2013.