

V.4- EL REGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE PARTICIPACIÓN

Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

Una de las tradicionales sesiones solemnes de la vida académica, según los estatutos de la Corporación, es la inauguración de cada curso académico. Precisamente ha sido una satisfacción para quienes hacemos el Boletín haber podido rescatar, para su publicación, el discurso con el que se inauguró el curso 2004-2005, ocupando entonces la tribuna de la Academia, el que a la sazón era su Presidente Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. Trató de un sistema económico matrimonial de gran aceptación en otros Ordenamientos jurídicos, cual es el régimen de participación, del cual explicó, de manera pormenorizada y exhaustiva, todas sus peculiaridades. Aunque, de manera realista, finalizó su exposición señalando que las estadísticas habían puesto de relieve la casi nula aceptación que el régimen de participación había tenido entre los matrimonios españoles.

El régimen económico-matrimonial de participación

Dejando a un lado la cáustica e irónica postura de los “antis”, que consideran al matrimonio como el arma más eficaz para matar el amor, lo cierto es que esta institución produce entre los cónyuges un doble tipo de efectos: unos, de carácter personal y otros, de naturaleza patrimonial o económica.

Respecto de los primeros, recordemos como el canon 1013 del derogado Código de Derecho Canónico de 1917 clasificaba los fines del matrimonio en primarios (“procreatio atque educatio prolis”) y secundarios (“mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae”). Por influencia de algunos canonistas (LECLERQ) y la postura de la mayoría de los teólogos que intervinieron en el Concilio Vaticano II se suprimió en el proyecto del nuevo Código canónico esta distinción, si bien su espíritu se ha mantenido en el canon 1096 del vigente de Juan Pablo II de 1983, (para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren, al menos, que el matrimonio es “consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua sexuali, procreandam”).

El C.c., en su redacción originaria, regulaba “los derechos y obligaciones entre marido y mujer” en los arts. 56 a 66, inspirados en los viejos principios de autoridad marital y limitación de capacidad de la mujer casada. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, suprimió en nuestro Derecho estos principios, dándose nueva redacción a los arts. 57 a 65. La Constitución de 1978 proclama en su art. 32-1 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Norma constitucional que ha desarrollado la Ley 30/1981, de 7 de julio, dando nueva redacción a esta materia (arts. 66 a 72 –si bien este último se inserta como “suprimido”–), comenzando en el primero de ellos –art. 66– afirmando que “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

Los más propios deberes personales nacidos del matrimonio y de alcance recíproco, son los clásicos de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio, recogidos en el art. 68 C.c.

Todos estos deberes tienen como características comunes: 1º Depender directamente de la naturaleza y esencia íntima del matrimonio. 2º Ser de carácter recíproco. Y, 3º tener fundamentalmente un carácter moral.

Para el cumplimiento de los fines enunciados –claramente extrapatrimoniales– el matrimonio requiere un soporte económico. Por eso, junto a los efectos personales, la Ley regula unos efectos patrimoniales. El conjunto de

reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio es designado usualmente con la denominación de “régimen económico conyugal”, estatuto complejo que tiene que dar respuesta a múltiples cuestiones (gastos, atenciones personales de los propios cónyuges y de sus hijos –alimentación, educación, crianza, establecimiento–, servicios, etc. etc.).

Las posibilidades de configuración de estas respuestas (los llamados sistemas matrimoniales) son prácticamente infinitas y su clasificación puede hacerse desde muy diferentes ángulos –ya saben eso “del color del cristal con que se mira”–.

Por enumerar alguna de estas clasificaciones nos decidimos por la del maestro CASTÁN TOBEÑAS –puesta al día por su hijo CASTÁN VÁZQUEZ– en la edición 10ª de su “Derecho civil español, Común y Foral”, a saber:

Por razón de su origen:	Convencional o contractual	De libertad absoluta. De elección entre varios tipos.
	Legal o predeterminado	Obligatorio. Supletorio.
Por razón de sus efectos:	De unidad (absorción de la personalidad de la mujer en la del marido).	
	De comunidad	Plena o universal. Limitada De muebles. De adquisición a título oneroso (gananciales). De muebles y adquisiciones. De todos los bienes futuros (adquiridos a título oneroso o lucrativo).
	De separación	Con unidad de goce o administración (sistema de usufructo marital). Con usufructo marital limitado a ciertos bienes (sistema dotal). Con independencia absoluta (separación propiamente dicha).
	De separación con comunidad diferida	(sistema de participación).

Hoy hemos elegido este último sistema, el de participación que es el más joven de los reconocidos en nuestro C.c. al haber sido introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

No puede decirse –escribe GARCIA CANTERO– que su introducción

represente dar satisfacción a una extendida aspiración social, sino más bien que responde a los deseos de un sector doctrinal, que se manifestó con cierta insistencia; incluso en la discusión parlamentaria del Grupo Socialista hizo denodados esfuerzos para convertirlo en régimen matrimonial legal, al decir de MARTÍNEZ CALCERRADA. Su divulgación en Europa se debe a haber sido adoptado por la República Federal Alemana en 1957 como régimen legal, con la denominación “Zugewinnngemeinschaft”, en los & 1363 y ss. del B.G.B., y como régimen convencional en Francia cuando el proyecto FOYER, entonces Ministro de Justicia, se plasmó en la Ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1569 a 1581 del Código napoleónico) “régim de participation aux acquêts”.

Afirma LACRUZ que en la redacción del proyecto de nuestra Ley de 1981 –por cierto aprobada por ambas Cámaras, sin objeción ni enmienda alguna, por el método de la “lectura rápida”– no parece haber tenido influencia decisiva la regulación alemana. Opinando BALLESTER GINER que es posible que esta influencia no haya sido decisiva, pero que, no obstante hay que reconocerle una influencia relativa, si pensamos que nuestro sistema procede del derecho francés y éste, como afirma HAMIAUT, del Derecho alemán.

Y tras este aperitivo entramos de lleno en el examen de este nuevo régimen.

I.- CONCEPTO Y CARACTERES

Las Leyes no deben dar definiciones y así se comporta nuestro Código, el cual se limita a decirnos en qué consiste. Art. 1411 “En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”. Contenido que completa el art. 1413: “En todo lo no previsto en este capítulo –lógicamente el dedicado a su regulación (Cap. V, Tit. III, Libro IV -De las obligaciones y contratos)- se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación las normas relativas al de separación de bienes”.

De modo similar el art. 48 del Código de Familia catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio). Régimen de participación que había introducido en Cataluña la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Doctrinalmente hay tantos conceptos como autores han estudiado el tema. Particularmente nos ha gustado el de BALLESTER GINER y por eso lo reproducimos: “régimen mixto de separación y comunidad que atribuye al

cónyuge que ha obtenido la menor ganancia un crédito del valor neto libremente asignado”.

De lo hasta aquí dicho se desprende que el régimen de participación funciona como uno de separación mientras se mantiene en vigor (el art. 1412 explícitamente determina que “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título”, y el ya reproducido 1413, que contiene la remisión general al régimen de separación de bienes como subsidiario) y a su extinción se comporta como uno de comunidad (gananciales, en particular) (el ya expuesto art. 1411 “... cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”).

Es un régimen voluntario u optativo que hay que pactar en capitulaciones, pues en defecto de pacto rige el de gananciales (arts. 1315 y 1316 C.c.).

En este sentido es un régimen de carácter secundario: si no se pacta rige, como acabamos de decir, el de gananciales, e incluso si se ha pactado la exclusión del de gananciales sin haber convenido otro régimen concreto, no se aplicará el de participación sino el de separación (art. 1435, 2º). Carácter secundario que desaparece en todos aquellos supuestos en los cuales se quiere utilizar una medida de castigo a modo de sanción por la mala fe de un cónyuge en su actuación. De este modo, y con independencia del régimen existente, en todos los supuestos de nulidad de matrimonio en los que la sentencia firme declare la mala fe de uno de los cónyuges, el de buena fe podrá optar por la liquidación con arreglo a las normas del régimen de participación, estableciendo el art. 95, y reiterándolo el 1395, que el cónyuge declarado de mala fe no podrá participar en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge.

No obstante su carácter secundario puede afirmarse –como hace GARCÍA CANTERO– que, en cierto modo goza del favor de la Ley por cuanto es uno de los que se permite pactar al menor de edad no emancipado, que pueda casarse, sin complementar su capacidad (art. 1329). El otro es el de separación de bienes.

II.- ETAPAS

Ya hemos anticipado, casi sin querer, que en este régimen hay que diferenciar dos etapas: una, mientras está en vigor y otra, al extinguirse o disolverse por cualquier causa, momento en que se hace efectivo el

derecho a la participación de uno de los cónyuges frente al otro o frente a sus herederos, en su caso.

No obstante, como apunta con gran agudeza GARCÍA CANTERO, hay dos hipótesis en las que el derecho de participación no va a realizarse en la práctica: cuando ambos patrimonios experimenten pérdidas –por cuanto éstas no se comunican– o cuando el incremento ha sido absolutamente igual (el art. 1427, que luego veremos, no será aplicable, al no haber diferencia partible).

A.- Funcionamiento del régimen de participación mientras está en vigor (arts. 1412 a 1414, 1423 y 1424)

El régimen funciona como si los cónyuges hubieran pactado uno de separación.

Establece el ya conocido art. 1412 que “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir por cualquier título”. El art. 49 del Código de Familia catalán añade la obligación de informar al otro cónyuge de su gestión patrimonial.

Es un precepto paralelo –como destaca LANZAS GALVACHE– al art. 1437, en régimen de separación de bienes. Advirtiendo este autor que, sin embargo, es más impreciso que este último (que el 1437) por cuanto debió remitirse al momento inicial del régimen y no al de la celebración del matrimonio, ya que al régimen de participación puede iniciarse en un momento posterior (cfr. Art. 1317). Es más acertada en este sentido la redacción de los arts. 1418, 1º y 1421, los que, al igual que el 1437, se refieren al momento de “empezar el régimen” y no al de “contraer matrimonio”. El art. 49 del Código de Familia catalán se refiere a “constante matrimonio”.

Administración, disfrute y libre disposición de cada cónyuge. Veamos estas facultades por separado:

- Administración. Corresponde al titular de los bienes respecto de los que le pertenezcan con carácter exclusivo y a ambos cónyuges los que sean de los dos en régimen de comunidad ordinaria (en pro indiviso ordinario, como dice literalmente el art. 1414).

Téngase en cuenta que, según el art. 1416, ante la irregular administración que de sus bienes haga un cónyuge, corresponde al otro la facultad de pedir la terminación del régimen de participación cuando comprometa gravemente sus intereses. Ello haría entrar en juego lo

prevenido en el art. 1434, nº 3, surgiendo entre los cónyuges el de separación de bienes, salvo que hubieren convenido otro distinto. Muy difícil determinar que es “irregular administración”. Típico problema de interpretación.

- Disfrute. Por aplicación del art. 1438 ex art. 1413 (supletoriedad de las normas del régimen de separación de bienes), el hecho de que cada cónyuge perciba e invierta los frutos de sus propios bienes, no le releva de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en la proporción pactada y, en su defecto, en proporción a sus respectivos recursos económicos.

- Disposición. Corresponde libremente al titular, si bien en cuanto a sus efectos al cesar el régimen hay que distinguir –como hacen los arts. 1423, 1424 y 1433– entre actos a título gratuito y actos a título oneroso.

1) A título gratuito:

- consentidos por el otro cónyuge. Son firmes y definitivos y quedan excluidos del patrimonio final, aunque no del inicial (art. 1418, 1º),

- no consentidos. Los bienes dispuestos se computan en el patrimonio final del donante, salvo si se tratare de liberalidades de uso, y, además pueden ser impugnados por su cónyuge cuando no haya bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de participación.

2) A título oneroso:

- los realizados en fraude de los derechos del otro son impugnables si no hubiere bienes en el patrimonio deudor final para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias,

- los no fraudulentos son firmes, por cuanto no pueden provocar disminución patrimonial, por concurrencia del principio de subrogación real (al que alude expresamente el art. 56.1a) del Código de Familia catalán).

No se olvide que por aplicación del art. 1320 (vide art. 91 R.H.) para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

B.- Funcionamiento del régimen en fase de liquidación (arts. 1415 a 1434)

Es el momento álgido y más característico de este régimen. Al mismo tiempo es el que nos pone los pelos de punta –“escarrufa” diríamos en lengua vernácula– a los Juristas por cuanto para concretar la participación en las ganancias hay que acudir a un complejo mecanismo contable y ya

saben lo bien que congenian el Derecho y las Matemáticas.

En esta etapa cabe diferenciar los siguientes cinco diferentes extremos:

1.- Causas de extinción. Según el art. 1415 lo son “las prevenidas para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los arts. 1394 y 1395”.

Las causas serán, pues, las siguientes:

A).- Según el art. 1392:

- Cuando se disuelva el matrimonio (muerte, declaración de fallecimiento y divorcio, –arts. 85 y 86 C.c.–).
- Cuando el matrimonio sea declarado nulo (matrimonio civil: art. 73; canónico: Código de Derecho Canónico ex arts. 59 y 60 C.c.).
- Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.
- Y cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

B).- Según el art. 1393 (causas que operan sólo a instancia de parte):

- Haber sido declarado el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o en quiebra o concurso (¿?) de acreedores (Ley Concursal / Ley 22/2003, de 9 de julio), o condenado por abandono de familia.
- Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen grave daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. Causa que debe ser adaptada –dice GARCÍA CANTERO– al régimen de que se trata y entendida, por tanto, como “daño o peligro a la participación eventual en las ganancias del otro”.
- Llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.
- E incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus derechos económicos.

La aplicación de estas causas de extinción del art. 1393, a pesar de los términos absolutos del art. 1415, no es pacífica, existiendo opiniones –como la de LANZAS GALVACHE– que estiman que en régimen de participación no rige el 1393, o, si lo hace sería con tantas reservas y condicionantes que, en realidad, lo harían inútil.

Por lo que se refiere a la remisión que el art. 1415 hace a los arts. 1394 y 1395, para unos (BALLESTER GINER) la hecha respecto del 1394

(necesidad de licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria) es totalmente equivocada por ser inaplicable al régimen de participación; para otros (LACRUZ, GARCÍA CANTERO) debe interpretarse adaptándolo al régimen de que se trata y, por tanto, limitar la intervención judicial a los bienes gananciales si entre los cónyuges hubiera mediado la sociedad legal. Particularmente me inclino por la inaplicación de este artículo.

La remisión al art. 1395 requiere, asimismo, otra aclaración: significa –afirma GARCÍA CANTERO– que disuelto el régimen de participación por nulidad del matrimonio y declarándose mala fe en uno de los cónyuges, podrá el otro optar entre aplicar las reglas del régimen que estamos examinando (lo que hará cuando espere ser acreedor en la participación) o pedir que el de mala fe pierda su derecho a participar en las ganancias (lo que solicitará cuando crea ser deudor).

Además de esta remisión general del art. 1415, el artículo siguiente (el 1416) formula una causa especial de extinción, de la que ya hemos hablado: irregular administración de un cónyuge que comprometa gravemente los intereses del otro, lo que faculta a éste para pedir la terminación del régimen. La existencia de este art. 1416 es uno de los argumentos empleados por LANZAS GALVACHE para negar la aplicación del 1393 en sede de régimen de participación (vide especialmente el nº 2, ya expuesto, de este precepto –actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro–).

2.- Determinación del patrimonio inicial (sustraendo).- Según el art. 1418, para la liquidación del crédito de participación el patrimonio inicial de cada cónyuge se considera constituido por los bienes y derechos que pertenecieran a dicho cónyuge al empezar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado. O sea que, estas últimas adquisiciones no son ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen y ficticiamente se las reputa como formando parte inicialmente del patrimonio del cónyuge (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

De este activo se deduce el pasivo, por cuanto la Ley maneja siempre el concepto de patrimonio neto. Pasivo que estará constituido por las obligaciones que el titular del patrimonio tuviera en el momento de empezar el régimen y por las obligaciones derivadas de las sucesiones hereditarias o de las cargas inherentes a las donaciones o legados que hubieran incrementado el activo, en lo que no excedan de los bienes donados y heredados (art. 1419). Dudoso que se incluyan en ellas (en las obligaciones derivadas de adquisiciones a título gratuito) lo pagado como impuesto de sucesiones y donaciones.

Nadie debe olvidar la importante regla del art. 1420: “Si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial”. Implícitamente se nos está diciendo que la diferencia entre uno y otro es la que lo constituye y por supuesto (LANZAS GALVACHE) que tampoco hay patrimonio inicial cuando activo y pasivo son iguales.

De este art. 1420 también se desprende una importante diferencia entre el patrimonio inicial y el final. En el final sólo se toman en consideración los bienes y derechos que existan al extinguirse el régimen (“bienes y derechos de que sea titular –cada cónyuge– en el momento de la terminación del régimen” dice el art. 1422), con las disminuciones e incrementos que luego veremos (arts.1422, 1423 y 1424); en el patrimonio inicial, por el contrario, han de computarse todos los que cada cónyuge tuviera al empezar así como los adquiridos después a título gratuito, existan o no, se conserven o no, al concluir el régimen, de tal manera que sólo se repartirán en su día, las ganancias o aumentos realmente experimentados por cada patrimonio (obsérvese como el Art. 1418 no nos dice que el patrimonio inicial estará formado por, sino que “se estimará constituido”).

Lo fundamental, además, respecto del patrimonio inicial es la fijación de su valor, que es lo que se deberá tomar en cuenta en el momento de la liquidación y fijación de las ganancias. Por ello el Código establece:

- que los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos (art. 1421, pár. 1º). No se toman, por tanto, en consideración las mejoras que hayan experimentado, ni, al revés, los deterioros que hayan sufrido. Según el art. 55 del Código de Familia catalán por el valor en el momento de la liquidación.
- Y que “el importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado” (art. 1421, pár. 2º). No se nos dice cómo hay que actualizar. MARTÍNEZ CALCERRADA propone acudir al valor en venta, en uso o al precio de mercado. LACRUZ, al que sigue GARCÍA CANTERO, a un índice fiable, por acuerdo de las partes o señalado por el Juez. LANZAS GALVACHE al poder adquisitivo del dinero para evitar que la depreciación de la moneda se convierta en ganancias. En esta misma línea caminan DÍEZ-PICAZO, GULLÓN y MALUQUER DE MOTES. En lo que parece haber acuerdo es en que la actualización se ha de referir sólo al importe de la estimación inicial y no al valor que posteriormente por cualquier circunstancia sobrevenida los bienes hayan podido recibir, por ejemplo recalificación del terreno que pasa de ser rústico a urbano.

Y ponemos punto final a este extremo destacando, con la mejor doctrina, cómo el art. 1421 sólo impone la actualización de la estimación exclusivamente para los bienes constitutivos del patrimonio inicial, olvidando que el mismo criterio debería aplicarse a las obligaciones insertas en el pasivo que provocan deducción del activo, pues si el activo se actualiza y el pasivo no, el saldo del patrimonio final es ficticio y ficticia será también la ganancia que resulte por ese defecto cuando el valor de aquél se le reste al del patrimonio final.

3.- Determinación del patrimonio final (minuendo). Dispone el art. 1422 que “el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas”.

Engloba, pues, como destaca LACRUZ, el patrimonio final la totalidad de los bienes de cada esposo ahora existentes, cualquiera que sea su naturaleza y origen: lo mismo los bienes iniciales que todavía duran ahora, como todos los otros adquiridos por el cónyuge constante matrimonio por cualquier título, así como los frutos de todos los bienes, iniciales o no, que, percibidos y no consumidos, existan todavía.

Insiste el art. 1426 en la necesidad de incluir en el patrimonio final las sumas de que cada cónyuge sea acreedor frente al otro; así establece que “los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge acreedor”.

Dudas se plantean respecto de los bienes personalísimos. Así BALLESTER GINER entiende que deben ser excluidos (indemnizaciones por causa de muerte, pensiones, derechos pasivos, beneficios de las Mutualidades); al igual que las liberalidades de uso a las que se refiere el art. 1378 y las donaciones entre los esposos. Opinión contraria es la de LACRUZ para el que tanto en el patrimonio inicial como en el final se deben contar los bienes patrimoniales personalísimos, puesto que no se trata de enajenarlos, sino de computarlos a efectos de la eventual deuda de participación. Mantener lo contrario –sigue diciendo– entraña una desventaja injustificada, sea –si no se incluyen en el patrimonio inicial– para el cónyuge aportante que trabajó antes de casarse; sea –si no entrasen en el final– para el otro esposo que acaso estuvo sosteniendo el hogar mientras el autor o inventor se dedicaba a estas actividades sin resultado económico inmediato. Mayores dificultades –reconoce el propio LACRUZ– ofrece la inclusión de las rentas vitalicias y pensiones, llegando a la conclusión que las pensiones de jubilación y otras personalísimas no deben

incluirse (la opinión opuesta nos llevaría a tener que incluir la condición de catedrático o de oficial administrativo que antes tuviera el pensionista); y que si deben inventariarse las rentas vitalicias, por cuanto proporcionan al patrimonio de su perceptor algo más que los meros frutos (en la pensión va incluida la cuota de agotamiento del capital). Para el art. 56, 1.b) del Código de Familia catalán se incluyen las cantidades procedentes de indemnizaciones por daños corporales o morales de las personas o por pensiones alimentarias o de invalidez, u otras de carácter personalísimo.

Entre los bienes a incluir en el patrimonio final deben estar los que cada cónyuge debía tener y han desaparecido. No hacerlo así supondría una invitación a la mala fe y a la deslealtad. Bastaría hacer donación de todos o parte de los bienes antes de extinguirse el régimen, enajenarlos fraudulentamente o destruirlos, para dejar a cero el patrimonio final y privar al consorte de su participación. Por esta razón el art. 1423 establece que “Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes que uno de los cónyuges hubiere dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratare de liberalidades de uso” y el art. 1424 que “La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro”. Añade el art. 51.1,a) del Código de Familia catalán que se incluirán las donaciones a favor de los hijos por razón de matrimonio o para facilitarles una ocupación.

Los bienes constitutivos del patrimonio final se estiman según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían en día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (art.1425).

4.- Determinación de la participación.- Averiguados los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, bastará una simple resta –de ahí lo de sustraendo y minuendo– para saber si ha habido ganancias y en qué cuantía.

Posibilidades:

- comprobación de la existencia de déficit o resultado negativo. Cuando el patrimonio final de un cónyuge es inferior a su patrimonio inicial, o se carece totalmente de aquél, se produce un resultado negativo que, según se deduce del art. 1428, el legislador ha querido que no se tome en consideración, siendo soportado exclusivamente por el cónyuge afectado,
- comprobación de una equivalencia. Infrecuente, pero no imposible. Nada se repartirá pues nada hay que igualar,

- comprobación de un resultado positivo. Puede ocurrir:
 - a) Que el resultado económico positivo haya afectado a ambos cónyuges: el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge (art. 1427).
 - b) Que el resultado positivo sólo haya afectado a uno de los cónyuges: el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento (art. 1428).

Como vemos la regla general es distribuir la participación por mitad. No obstante el legislador –con criterio que GARCÍA CANTERO considera como no demasiado acertado– permite la posibilidad de pactar otra proporción siempre que (arts. 1429 y 1430):

- Se pacte en capitulaciones “al constituirse el régimen”, no en un momento posterior (en contra de lo prevenido en el art. 1325 que permite modificar el régimen económico matrimonial durante el matrimonio),
- no existan descendiente no comunes; norma que obedece a la intención de evitar perjuicios a éstos, y
- que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges. El art. 50 del Código de Familia catalán dice que “el pacto que atribuye una participación diferente de la mitad solamente es válido si se establece con carácter recíproco e igual a favor de cualquiera de los cónyuges. La invalidez del pacto determina la participación en la mitad de las ganancias”.

5.- Forma de pago y protección jurídica del crédito de participación.- Es un crédito de valor –afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN– que se convierte en crédito pecuniario en el momento de la liquidación y que, por consiguiente, debe ser satisfecho en dinero (art. 1431). En el Código de Familia catalán su art. 589 establece una norma similar.

El legislador permite (art. 1432) el pago mediante la adjudicación de bienes concretos. Es decir, una dación en pago. Dación en pago posible, obviamente, cuando haya acuerdo de los interesados, y también cuando el Juez lo conceda a petición fundada del deudor (art. 1432).

El crédito de participación es de pago inmediato, permitiéndose al Juez conceder aplazamiento, que no podrá exceder de tres años, siempre que medien dificultades graves, y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados (art. 1431).

La protección que se concede al crédito de participación es la general que el ordenamiento concede a todos los créditos, no otorgando la Ley una preferencia especial para su cobro frente a otros acreedores. Sólo el art. 1433 concede al acreedor del crédito de participación unas especiales acciones impugnatorias de las enajenaciones del deudor en el caso de que no hubiese bienes en su patrimonio. Como ya dijimos, pueden impugnarse las enajenaciones que hubiesen sido hechas a título gratuito sin el consentimiento del cónyuge acreedor y las que sin ser gratuitas hayan sido realizadas en su fraude. La expresión “cónyuge acreedor” hay que entender que abarca, también, a los sucesores del mismo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, lo sean a título universal o a título particular).

Las acciones de impugnación referidas, dice el art. 1434, caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Obsérvese como se rebaja en dos años el plazo legal de la acción rescisoria (que es de cuatro, según el art. 1299); por el contrario el art. 60.2 del Código de Familia catalán mantiene el plazo de cuatro años.

III.- JUICIO CRÍTICO

No soy aficionado a enjuiciar, quizás porque tenga muy presente las palabras evangélicas, pero en este caso, más que juzgar quiero destacar que desde 1981 a febrero de 2000, fecha en que se hizo efectiva mi jubilación como Notario, no autoricé ninguna escritura de capitulaciones en la que se pactara el régimen de participación. Más aún: tampoco las han autorizado –salvo excepciones que confirman la regla general– mis compañeros, tanto de las islas como de la península.

BALLESTER GINER, a quien he citado más de una vez, Registrador de la Propiedad, escribía en 1983 “se van a cumplir dos años desde la incorporación del régimen de participación en nuestro derecho. Los Notarios y Registradores pueden dar buena cuenta, de momento, del fracaso de este nuevo sistema matrimonial totalmente desconocido en el mundo vivo del Derecho”, evidentemente de nuestro Derecho.

Y razonaba “Las clases modestas no suelen otorgar capitulaciones matrimoniales, porque nada tienen que nivelar. La clase media acomodada necesita sistemas sencillos y ágiles, sin acumular nuevos problemas a los que en sí crea el matrimonio, convirtiendo sus patrimonios en hojas de debe y haber, preocupándose de inventariar los bienes, determinar su valor, comparar los patrimonios para obtener los cálculos de ganancias y el crédito de nivelación, ... No perdemos la esperanza de encontrar algunos matrimonios valientes que quieran iniciar esta complicada aventura”.

IV.- COMPENDIO MATEMÁTICO

EJEMPLO

Matrimonio de Pedro y Juana.

Patrimonio inicial de Pedro (sustraendo): 100

Patrimonio final de Pedro (minuendo).....: 300

Ganancias: 200 (300-100)

Patrimonio inicial de Juana: 600

Patrimonio final de Juana: 700

Ganancias: 100 (700-600)

Sumamos las dos ganancias (200 + 100)= 300

Repartidas por igual (300:2)= 150 a cada uno.

Nivelación:

- Por tanto, Juana debe percibir de Pedro 50, para obtener un resultado de 150. (Sus ganancias 100 + la mitad de la diferencia 50 = 150).
- Pedro abonará a Juana 50, para que le queden 150. (Sus ganancias 200 - la mitad de la diferencia 50 = 150).

Nuestro Código, en su art. 1427 parte final (“... el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”) puede considerarse matemáticamente incorrecto (GARCÍA CANTERO) por cuanto la diferencia/resto se establece entre el minuendo y el sustraendo, y no al revés. Más correctos son, el art. 54.1 del Código de Familia catalán (“una vez extinguido el régimen de participación en las ganancias, se realiza su liquidación a efectos de la fijación del crédito de participación, estableciendo la diferencia entre el patrimonio final –minuendo– y el inicial –sustraendo– de cada cónyuge”); y el pár. inicial del propio 1427 “Cuando la diferencia entre los patrimonio final (minuendo) e inicial (sustraendo) de uno y otro cónyuge ...”

MINITUR POR LAS ILLES BALEARS

De todos es sabido que en nuestras islas a falta de capitulaciones matrimoniales rige el sistema de separación de bienes. Art. 3 respecto de Mallorca; art. 65 en cuanto a Menorca y art. 67.1 para Ibiza y Formentera, de nuestra Compilación.

Lo destacable es que en las Pitiusas (art. 66.5) se admite la posibilidad de que en las capitulaciones (espòlits) se pacte un régimen propio denominado de “milloraments” que permite a un cónyuge o a ambos acoger al otro en una cuarta parte de los “milloraments”, o sea de las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso que se realicen durante el matrimonio, y que se regirá por lo convenido entre los otorgantes y se interpretará con arreglo a la costumbre –como establece el precitado n° 5 del art. 66–.

Para la Profesora OLGA CARDONA GUASCH este acogimiento constituye un auténtico régimen matrimonial, porque, de no pactarse expresamente en “espòlits”, entra en juego el supletorio de separación de bienes. Y precisando más, la propia autora, entiende que “tal vez no resulte muy descabellado afirmar que viene a ser un régimen de participación en ganancias, toda vez que en su funcionamiento se distinguen dos etapas:

1ª) Constante matrimonio. Actúa como el régimen de separación de bienes, porque cada cónyuge inscribe a su nombre los bienes que fuese adquiriendo. Entretanto, el otro consorte tiene un derecho de crédito sobre una cuarta parte del valor de los bienes adquiridos por el otro.

2ª) A la disolución del matrimonio. En principio, al disolver el matrimonio, el cónyuge acogido puede hacer efectivo su crédito: su participación se materializa.”

Esta autora obtuvo el II Premio Luis Pascual González que concede la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, que me honro en presidir, por su trabajo “La institució pitiusa de l'acolliment en una quarta part dels amilloraments”.

ADENDA

El trabajo y la conferencia fueron redactados y pronunciados en el año 2004. Tras su elaboración se publicaron:

1º) La Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio, que al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 44, pár. 2º, del C.c.), ha suprimido en el art. 66 del citado cuerpo legal la referencia a marido y mujer y la ha sustituido por “los cónyuges”, al igual que en el art. 67.

2º) La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del C.c. y la L.E.C. en materia de separación y divorcio (la llamada “Ley del divorcio exprés”), ha añadido en el art. 68 del C.c. a los deberes personales del matrimonio y de alcance recíproco los de “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo”.