

LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS

PONENTE:

D. Adolfo Calatayud Lasierra
Decano del Colegio de Notarios

COPONENTES:

D. Francisco Javier Forcada Miranda
Magistrado

D. Javier Sancho-Arroyo López Rioboo
Abogado

MODERADOR:

D. Francisco Javier Hernández Puértolas
Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS

Por

D. Adolfo CALATAYUD LASIERRA (Ponente)

D. Francisco Javier FORCADA MIRANDA y

D. Javier SANCHO-ARROYO LÓPEZ RIOBOO (Coponentes)

Intervención de D. Adolfo CALATAYUD LASIERRA

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES. 1. Ámbito de la regulación de la ley aragonesa. 2. Importancia práctica del momento de la liquidación. 3. Objeto sobre el que se lleva a cabo: bienes y deudas comunes. 4. Carácter no necesario de la liquidación. La comunidad post-consorcial. 5. Naturaleza jurídica de la liquidación. Su similitud con la partición hereditaria y la aplicación supletoria del régimen de ésta (art. 88). Liquidación propia y liquidación impropia. 6. Escenarios en que se lleva a cabo. 7. Tratamiento tributario. a) Exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. b) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. II. DERECHO A LA DIVISIÓN (art. 76). 1. Carácter irrenunciable. 2. Titulares del derecho a solicitar la liquidación y división. a) Cónyuges. b) Partícipes en el patrimonio consorcial. Diversos supuestos: herederos de los cónyuges, legatarios de la participación de un cónyuge en el consorcio, legatarios de bienes consorciales (art. 56.2), adquirentes entre vivos de la participación de un cónyuge en el consorcio, herederos de los anteriores. c) El fiduciario o contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto. d) El fiduciario o contador partidor de la herencia de cualquier partícipe. 3. Derechos de los acreedores. 4. Pactos de indivisión. III. MODALIDADES (art. 77). 1. Voluntaria. 2. A través de terceros a quienes se encomienda voluntariamente. 3. Judicial. IV. LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA. 1. Sujetos que intervienen en ella. 2. Supuestos de contador partidor y fiduciario (art. 77.2 y 77.3). 3. Capacidad (art. 78). Los arts. 51 y 52 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte: — Menores de edad mayores de catorce años. — Menores de catorce años e incapacitados. Reglas del Proyecto de Ley de Derecho de la Persona. V. PRÁCTICA DE LA LIQUIDACIÓN Y

DIVISIÓN. 1. Inventario (art. 79). Su importancia. — Activo (art. 80). Su valoración. Posible inclusión de bienes privativos que pertenecen en común a ambos cónyuges. — Pasivo (art. 81). 2. Liquidación ordinaria (art. 83). Diversas operaciones que la componen: — Compensación de deudas entre el patrimonio común y los privativos. — Imputación a la participación en la comunidad conyugal del cónyuge deudor. — Reembolsos a la comunidad. — Pago a terceros. — Reintegros a los patrimonios privativos. Posibilidad de venta de bienes. Daciones en pago de bienes privativos. Liquidación de varias comunidades (art. 87). 3. Predetracción de ventajas (art. 84). 4. División y adjudicación de los bienes (art. 85). Eficacia de los pactos previos sobre liquidación. Derechos de adjudicación preferente. Forma de hacer la división.. Los excesos de adjudicación y su tratamiento tributario (art. 7.2.B TRITP). VI. ACTIVO Y PASIVO SUBSISTENTE TRAS LA LIQUIDACIÓN.

El objeto de esta sesión lo constituye el estudio del régimen que establece la ley aragonesa para la liquidación y división del consorcio conyugal. En este sentido, utilizamos la expresión *liquidación* en un sentido amplio, que incluye no sólo la liquidación propiamente dicha, es decir, el proceso de pago de deudas, reintegros y reembolsos, sino también el reparto de los bienes resultantes entre los cónyuges o partícipes, es decir, lo que la ley llama *liquidación y división*.

Su régimen jurídico esencial está contenido en los arts. 76 a 88, que forman la sección 2ª del Capítulo IV del Título IV, de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (LREMV). Aunque también habrá que tener en cuenta alguna que otra disposición, a la que haremos referencia. En cualquier caso, siempre que mencionemos un precepto y no digamos otra cosa, estaremos hablando de la LREMV.

Esta ponencia no pretende agotar todo el tema de la liquidación de la comunidad conyugal, ni siquiera del consorcio conyugal aragonés, dada la enorme complejidad del tema. Necesariamente deberá limitarse a los aspectos que entendemos más relevantes y contando con las limitaciones de espacio y tiempo que impone este Foro.

I. ASPECTOS GENERALES

Antes de entrar en el examen del Derecho aplicable a la liquidación y división del consorcio, conviene hacer unas consideraciones generales:

1. Ámbito de la regulación de la ley aragonesa

Los preceptos que vamos a estudiar se encuentran dentro de la regulación del consorcio conyugal, que es el régimen económico matrimonial legal primario en Aragón, es decir, el que, en principio, rige en defecto de pacto (artículo 11.2 LREMV). De hecho, estas normas completan y cierran la regulación de dicho régimen. Ahora bien, estos preceptos se aplicarán también, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, a cualesquiera otros regímenes económico matrimoniales regidos por la ley aragonesa

(art. 11.2). Regímenes que, por cierto, pueden ser muy variados, dada la gran libertad de pacto existente en Aragón sobre esta materia y por mucho que en la realidad práctica parezca que no existen otros que el consorcio conyugal y el de separación de bienes, ya que es posible pactar cualesquiera otros que pueda imaginarse, conforme al principio *standum est chartae* (artículos 3 y 13.1 LREMV), es decir, siempre que lo pactado no resulte de imposible cumplimiento o sea contrario a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés (artículo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Cabrán, pues, modalidades como la de participación en las ganancias, que ya tiene regulación en el Código Civil (artículos 1.411 y siguientes) y en el Derecho catalán (artículos 48 y siguientes del Código de Familia), pero también otras formas de comunidad de bienes, limitada o universal, o diferida, o regímenes mixtos; sin olvidar aquellos derivados de las instituciones familiares consuetudinarias a que se refiere el artículo 19 LREMV.

2. Importancia práctica del momento de la liquidación

El momento de llevar a cabo la liquidación y división tiene gran trascendencia desde el punto de vista práctico en el régimen económico matrimonial. En muchos casos, hasta entonces los cónyuges pueden haber vivido con total desconocimiento de las consecuencias derivadas de su régimen económico matrimonial, sin saber, incluso, cuál sea éste. Tal vez, si han tenido que ir al Notario a otorgar algún acto de carácter patrimonial o al Abogado por algún asunto litigioso, les hayan interrogado sobre las circunstancias de hecho determinantes del régimen económico matrimonial y les hayan precisado de cuál se trata e informado de las consecuencias más trascendentes del mismo. Pero, en general, durante la vigencia del régimen y mientras el matrimonio está bien avenido y los cónyuges contribuyen armónicamente a las cargas de la familia según sus posibilidades, pueden no tener que plantearse cuestión alguna sobre esta materia.

Ahora bien, al llegar el momento de liquidar el régimen económico matrimonial, habrá que determinar con precisión cuál sea éste, qué bienes pertenecen a la comunidad y si algún cónyuge ha hecho frente a cargas del consorcio con bienes privativos o viceversa y también las consecuencias de los actos de administración y disposición realizados por los cónyuges, ya que todo ello son antecedentes necesarios para practicar la liquidación y división. Puede ser preciso, entonces, reconstruir la vida del matrimonio desde el punto de vista patrimonial. Por ello, en ese momento será preciso tener en cuenta las normas sobre activo, pasivo y gestión del consorcio. Con frecuencia, el desencadenante será la consulta realizada por un cónyuge que, ante una situación de crisis en el matrimonio, se está planteando iniciar un proceso matrimonial.

Lo primero, pues, será determinar cuál es el régimen económico matrimonial aplicable al matrimonio, que, en defecto de pacto, será el legal, que, en Aragón, como se ha dicho, lo constituye, con carácter general, el consorcio conyugal. Pero téngase en cuenta que, si concurren elementos externos, puede suceder que la ley aplicable a los efectos del matrimonio sea una distinta a la aragonesa. A estos efectos, será necesario aplicar los puntos de conexión que establece el apartado 2 del artículo 9 del Código Civil para determinar la ley aplicable.

Una vez conocido que el régimen económico aplicable al matrimonio es el consorcio conyugal, serán de aplicación las reglas que sobre la práctica de la liquidación y división del consorcio que vamos a examinar.

3. Objeto sobre el que se lleva a cabo: bienes y deudas comunes

El ámbito objetivo de la liquidación de la comunidad conyugal lo constituye el patrimonio común, incluyendo tanto su activo como su activo. Ahora bien, como veremos, nuestro Derecho resulta muy flexible en este punto, permitiendo que se tengan en cuenta también bienes privativos de los cónyuges, que pueden utilizarse, dentro del proceso de liquidación y división del consorcio, para saldar cuentas entre los cónyuges o partícipes. Incluso, cabe plantearse si es posible incluir directamente en el inventario bienes que a los cónyuges pertenecen en común, pero fuera del consorcio conyugal, por ejemplo, por haber sido adquiridos por ambos antes de contraer matrimonio. A ello nos referiremos luego.

4. Carácter no necesario de la liquidación y división

Aunque lo que desencadena la liquidación es la disolución del consorcio conyugal, ésta no implica una necesidad ni obligatoriedad de que los cónyuges o partícipes liquiden las cuentas entre ellos, en el sentido de que deban proceder inmediatamente a su realización; de modo que, tras la disolución del consorcio, puede transcurrir un tiempo, incluso largo, hasta que se practique la liquidación y división. Lo que surge por la disolución del consorcio es el derecho de los cónyuges o partícipes de promover la liquidación y división del patrimonio consorcial, pero si ninguno lo pide, la situación de comunidad conyugal disuelta pero sin liquidar puede alargarse en el tiempo. Ese periodo intermedio no puede considerarse, en absoluto, una situación anómala del patrimonio; estamos ante una modalidad de comunidad, distinta de la consorcial, a la que puede denominarse post-consorcial, con su propio régimen jurídico, que el legislador aragonés ha regulado con detalle en la sección 2ª del mismo Capítulo, bajo el epígrafe «*La comunidad que continúa tras la disolución*».

Durante esa fase, es posible realizar actos de disposición de bienes, que no requieren para su eficacia la previa liquidación del consorcio, ni siquiera para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, ya que no existe una exigencia del tracto sucesivo que imponga para poder inscribir el acto de disposición realizado que antes se inscriba la liquidación y división: las personas que reúnen la plena titularidad de los bienes, es decir, los cónyuges y, en defecto de alguno, sus herederos, tienen el poder de disposición sobre los mismos, sin tener que llevar a cabo la liquidación y división. Es lo mismo que sucede con los bienes que forman parte de la comunidad hereditaria, a cuya regulación se remite el artículo 75 de la LREM.V.

5. Naturaleza jurídica del fenómeno liquidatorio: liquidación propia e impropia

No vamos a detenernos sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la división. Baste sólo decir que participa de la naturaleza jurídica de los actos de extinción de

comunidad, que la mejor doctrina entiende que son de carácter determinativo: no es un acto de disposición de bienes, sino que de lo que se trata es de convertir la cuota que se tiene sobre un conjunto de bienes en el pleno dominio sobre bienes determinados.

Ahora bien, hay varios aspectos que la distinguen de la extinción de la comunidad ordinaria (la regulada en los arts. 392 y siguientes del Código Civil):

- Tiene un importante componente familiar, del que derivan una serie de consecuencias específicas, como las ventajas y los derechos de preferente adjudicación, a los que luego se hará referencia.
- Recae sobre un patrimonio como tal, con activo y pasivo, lo que hemos denominado comunidad post-consorcial, y no sobre bienes concretos y determinados. Hasta que no se lleva a cabo la liquidación y división, cada cónyuge o partícipe no tiene una cuota sobre bienes determinados, sino una cuota sobre ese patrimonio global que forma la comunidad que continúa tras la disolución del régimen. Por ello, cada cónyuge o partícipe no puede disponer de cuotas sobre bienes concretos; sólo podría disponer de la cuota global sobre el patrimonio.

En este sentido, la liquidación y división del consorcio conyugal (en general de los regímenes económico matrimoniales de comunidad) presenta importantes similitudes con la partición hereditaria, que también pone fin a una comunidad sobre un patrimonio y no recae sobre bienes determinados; y ello tanto si la liquidación se lleva a cabo en un proceso de transmisión por causa de muerte como si se hace entre vivos. Por esta razón, el art. 88 dispone que a la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria. Es decir, se aplicarán supletoriamente los arts. 50 y siguientes de la Ley de Sucesiones por causa de muerte (LS) y también los artículos del Código Civil reguladores de la partición hereditaria en lo que resulten de aplicación en Aragón por no contravenir el Derecho aragonés y siempre de acuerdo con los principios que inspiran éste (artículo 1.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). De esta forma se relleñan aspectos muy importantes del régimen jurídico de la liquidación y división del consorcio conyugal.

Así pues, lo que hace la liquidación es dar por finalizada la comunidad post-consorcial, igual que la partición hereditaria acaba con la comunidad hereditaria. Esto se puede realizar de dos maneras:

a) La primera, que denominaremos liquidación propia, pone fin a la situación de comunidad entre los cónyuges o partícipes: los distintos bienes que la forman se adjudican a distintas personas. La Ley en estos casos, como veremos, exige requisitos de capacidad similares a los actos de disposición. Esto no quiere decir que estemos ante un verdadero acto de disposición, sino ante un acto que podemos calificar de peligroso, en el sentido de que puede encubrir enriquecimientos de unos a costa de otros, si resulta que el reparto no está bien hecho; ésta es la razón por la que los legisladores rodean estos actos de los mismos requisitos y garantías que para los actos de disposición patrimonial.

b) La segunda es la que vamos a llamar liquidación impropia y consistiría en convertir esa comunidad post-consorcial en una comunidad ordinaria sobre todos y cada uno de los bienes que formaban aquélla. Es lo que sucede cuando en la liquidación los cónyuges o partícipes se limitan a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes entre ellos en igual proporción en que eran cotitulares del patrimonio. La comunidad continúa, pero sujeta a otro régimen jurídico: ya no hay una comunidad sobre un patrimonio sino una pluralidad de comunidades ordinarias sobre bienes determinados, en la que cada partícipe ya podrá disponer de su cuota sobre dichos bienes concretos. En este caso, dado que sólo hay un cambio de régimen jurídico, pero no desplazamientos patrimoniales, la Ley exige unos requisitos de capacidad menores.

Ambos supuestos de liquidación son frecuentes en la práctica.

6. Escenarios en que se lleva a cabo

Los protagonistas, la forma, las circunstancias e, incluso, algunos aspectos importantes de la liquidación y división del consorcio dependerán de cómo se llegue a ella, es decir, de cómo se ha producido la disolución del consorcio. Ello determinará en buena medida también el grado de litigiosidad que puede tener este proceso.

Podemos mencionar como escenarios más frecuentes los siguientes:

a) Los cónyuges que deciden sustituir el consorcio conyugal por el régimen de separación de bienes y están de acuerdo en la forma de hacer la liquidación y división. Las razones pueden ser diversas y no podemos analizarlas aquí; tal vez, salvaguardar ciertos bienes de la actividad empresarial de uno de los cónyuges; incluso, puede ser un acto previo a la iniciación de un proceso matrimonial. En este supuesto, la liquidación y división la llevan a cabo los propios cónyuges de común acuerdo, a veces en la misma escritura pública de capitulaciones matrimoniales en que pactan la sustitución del régimen, a veces en documento separado.

A estos efectos, indicar que resulta recomendable que la liquidación y división de la comunidad conyugal se lleve a cabo en escritura separada a la de capitulaciones matrimoniales por la que se pone fin al consorcio conyugal, por razones de índole práctico; téngase en cuenta que la escritura de capitulaciones matrimoniales va a ser necesario exhibirla cada vez que haya que realizar un acto de cierta importancia patrimonial, mientras que cómo se haya practicado el reparto de los bienes es algo que los cónyuges pueden no tener interés en que sea conocido por tantas personas; razón que aconseja separar documentalmente ambos actos.

b) La disolución del consorcio conyugal se produce como consecuencia de la Sentencia dictada en un procedimiento matrimonial. Si la separación o divorcio es contenciosa, el Juez, al dictar sentencia estimatoria practicará la liquidación de la comunidad conyugal, aunque también puede dejarla para el momento de ejecución de la sentencia. Para el caso de que los cónyuges presenten convenio regulador de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, el artículo 90 establece como contenido obligado del mismo, entre otros aspectos, «la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial». Sin embargo, es práctica frecuente que la liquidación no se incluya en

el convenio regulador y se deje para que, en un momento posterior, la lleven a cabo, de común acuerdo, ambos cónyuges, que al efecto podrán otorgar la correspondiente escritura pública; o, si no hubiera acuerdo, por el procedimiento judicial correspondiente. Esta posibilidad de convenio regulador sin liquidación de la comunidad conyugal es, efectivamente, frecuente y está implícitamente admitida por la Resolución de 10 de noviembre de 1995 de la DGRN.

c) Si la disolución se ha producido por fallecimiento de uno de los cónyuges, la liquidación y división la tendrá que hacer el cónyuge viudo conjuntamente con los herederos del fallecido. En la práctica, lo habitual es que se haga con carácter simultáneo a la aceptación y adjudicación de los bienes hereditarios, como si se tratara de un acto unitario. Si se hace de común acuerdo entre todos, lo normal será que todos los interesados otorguen la correspondiente escritura pública. Si no hay acuerdo, habrá que acudir al procedimiento judicial para la división de la herencia regulado por los arts. 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o, si se trata sólo de la liquidación de la comunidad conyugal, al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial de los arts. 806 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En este caso de disolución del consorcio conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, será frecuente que el fallecido haya designado un fiduciario para que se encargue de ordenar su sucesión y que éste no haya ejecutado todavía el encargo encomendado, de modo que la herencia del fallecido esté pendiente de asignación. Esto es muy habitual, dándose la circunstancia de que, precisamente, lo normal será que el fiduciario sea el otro cónyuge y que éste no ejecute la fiducia en seguida. La Ley ha dado solución a este supuesto, haciendo referencia en varios lugares a las potestades del fiduciario, lo cual será objeto de examen posterior. No vamos a explicar aquí todas las consecuencias que tiene la sujeción de una herencia a fiducia, pero, para comprender bien este supuesto, sí que conviene recordar que la fiducia sucesoria, regulada en los arts. 124 y siguientes de la LS, supone el encargo que una persona hace a otra, que en la práctica normalmente es el otro cónyuge, para que ordene la sucesión por causa de muerte del primero, que cuando el fiduciario es el cónyuge el encargo se entiende hecho de por vida, que mientras no se ejercite la fiducia la herencia pendiente de asignación se encuentra en régimen de administración y que ésta normalmente corresponderá también al cónyuge viudo.

7. Tratamiento tributario

La gran importancia práctica que en nuestros tiempos tienen las consecuencias fiscales de los actos jurídicos que otorgan los particulares hace aconsejable que, en esta ponencia, examinemos, aunque sea brevemente, cuál es el tratamiento tributario de la liquidación del consorcio conyugal. En general, el régimen fiscal de los regímenes económico matrimoniales de comunidad, también de consorcio conyugal, tiene interesantes particularidades.

Veamos los principales tributos que inciden:

a) Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Las adjudicaciones derivadas de la liquidación y división de la comunidad conyugal están exentas del Impuesto de Trans-

misiones Patrimoniales (art. 45.1.B.3 TRITP y art. 88.1.B2 del Reglamento). No obstante, téngase en cuenta que la exención supone la previa sujeción al impuesto, con la consiguiente obligación de presentar la correspondiente autoliquidación, aunque exenta.

Por otra parte, esta exención no se extiende a los actos complementarios pero ajenos a la liquidación propiamente dicha, como sucede, por ejemplo, con los actos de modificación hipotecaria que pudiera realizarse con ocasión de la liquidación: segregaciones, divisiones, agrupaciones, declaraciones de obra nueva, etc.,

b) En cuanto al tratamiento en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, merece un comentario más detallado, dado que estamos ante un tributo muy complejo. Hay que empezar diciendo que el régimen de la liquidación de la comunidad conyugal en este tributo experimentó una importante modificación desde el 1 de enero de 2003 (Ley 51/2002, de 27 de diciembre de 2002, de reforma de la Ley de Haciendas Locales), lo que ha incidido de modo muy importante en las ulteriores transmisiones que pudieran llevar a cabo los adjudicatarios de los bienes. En concreto:

— Hasta el 1 de enero de 2003, la liquidación de la comunidad conyugal estaba sujeta al tributo pero exenta del mismo. La consecuencia que ello producía era que interrumpía el periodo de generación del tributo, por lo que en la transmisión ulterior que hacía el cónyuge o partícipe al que se había adjudicado el bien de que se trataba, se consideraba como fecha de inicio la de la liquidación de la comunidad conyugal. Era un tratamiento muy favorable, ya que se reducía el periodo de generación del incremento de valor sujeto y, por tanto, el importe de la deuda tributaria en esa ulterior transmisión.

— A partir del 1 de enero de 2003, la liquidación de la comunidad conyugal es un acto no sujeto al tributo (artículo 104.3 LHL). Como antes, tampoco la liquidación de la comunidad conyugal paga este tributo. Pero el tratamiento de la transmisión ulterior cambia radicalmente: el plazo de generación del incremento de valor no se computará desde la liquidación del consorcio conyugal, sino desde que el bien se había adquirido con carácter consorcial. Esto quiere decir que se paga más que antes.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, cuando la liquidación de la comunidad conyugal se lleva a cabo por causa de muerte, habrá que atender a la forma en que se ha practicado la liquidación para determinar la sujeción y, en su caso, la parte sujeta al tributo: sólo los bienes o cuotas de ellos adjudicados al caudal hereditario en la liquidación de la comunidad conyugal estarán sujetos a tributación por la transmisión por causa de muerte. La práctica de algunos ayuntamientos de liquidar en todo caso como si la adjudicación de los bienes comunes se hiciera en cuanto a una mitad al caudal hereditario y en cuanto a la otra al cónyuge supérstite, con independencia de cómo se hiciera la liquidación realmente, no parece correcta.

Con arreglo a todo ello, las liquidaciones del consorcio conyugal que se hagan ahora no resultan sujetas al tributo. Las consecuencias para la transmisión ulterior de los bienes que lleve a cabo un adjudicatario serán las siguientes:

- Si la liquidación se hizo antes del uno de enero de 2003, se computará como fecha de adquisición la de la liquidación. Si la disolución y la liquidación de la comunidad conyugal se producen en momentos separados (por ejemplo, hay una separación judicial y posteriormente los cónyuges liquidan la comunidad conyugal), la fecha de adquisición a estos efectos parece que deberá ser la de la liquidación.
- Si se hizo a partir del uno de enero de 2003, la fecha de adquisición será la del acto por el que los cónyuges adquirieron el bien de un tercero.

En el caso de que la liquidación de la comunidad conyugal sea por fallecimiento de uno de los cónyuges, cómo se liquide el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana dependerá de cómo se haga la liquidación:

- Si el bien se adjudica íntegramente al caudal hereditario, todo él se considerará transmitido a efectos de este tributo, tomándose como fecha de adquisición aquella en la que se adquirió el bien de un tercero.
- Si se adjudica íntegramente al cónyuge supérstite, no habrá transmisión hereditaria del bien, por lo que el acto estará no sujeto (exento si el fallecimiento es anterior al uno de enero de 2003).
- Si se adjudica una mitad indivisa al cónyuge supérstite y la otra al caudal hereditario, sólo ésta tributará, tomándose como fecha de adquisición aquella en la que se adquirió el bien de un tercero.

Y, en estos casos, en la transmisión ulterior del bien:

- Si el fallecimiento del causante se produjo antes del uno de enero de 2003, se tomará como fecha de adquisición la del fallecimiento, con independencia de cómo se hubiera adjudicado el bien.
- Si se produjo a partir del uno de enero de 2003, habrá que distinguir en función de cómo se hubiera adjudicado el bien:
 - Si se adjudicó íntegramente al caudal hereditario, se computará como fecha de adquisición la del fallecimiento del causante.
 - Si se adjudicó íntegramente al cónyuge supérstite, habrá que estar a la fecha en la que el bien se adquirió por los cónyuges, en vida de ambos, de un tercero.
 - Si se adjudicó una mitad indivisa al cónyuge supérstite y la otra al caudal hereditario: para la primera mitad habrá que atender a la fecha en la que el bien se adquirió por los cónyuges de un tercero; y para la segunda, a la fecha del fallecimiento del causante.

c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. No se considera alteración patrimonial que pueda dar lugar a una ganancia o disminución patrimonial, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la liquidación de la comunidad conyugal. La consecuencia, como en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, es que la fecha de adquisición que se computará, a efectos de transmisiones ulteriores, será la de la adquisición originaria del bien.

Problemática específica es la que suscitan los excesos de adjudicación que se verifiquen, en el momento de hacer la división de los bienes, en favor de alguno de los cónyuges o partícipes. Esta cuestión será examinada más adelante.

Tras lo cual, vamos a examinar más en concreto la forma en que se regula toda esta materia en la LREMV.

II. DERECHO A LA DIVISIÓN

Como decíamos, la disolución del consorcio conyugal atribuye derecho a promover la liquidación y división del patrimonio consorcial.

1. *Carácter irrenunciable*

Este derecho, como tal, no es renunciabile. Téngase en cuenta que la liquidación es un proceso que afecta a derechos de terceros. Lo que sí que es posible es renunciar a los derechos concretos que a uno de los cónyuges o partícipes le correspondan como consecuencia de la liquidación, lo cual es distinto, como ha reconocido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de octubre de 1994.

2. *Titulares del derecho a solicitar la liquidación y división*

Disuelto el consorcio, el derecho de solicitar la liquidación y división se atribuye (art. 76.1):

a) A los cónyuges

b) A los demás partícipes en el patrimonio consorcial. Debemos plantearnos qué se entiende por partícipes. Es un dato importante, no sólo a efectos de determinar quién tiene derecho a promover la liquidación y división, sino también quién debe intervenir en ella, cuestión que luego estudiamos.

Pues bien, en principio, partícipes son quienes, no siendo cónyuges, tengan una participación en ese patrimonio que se somete a liquidación y división. Ahora bien, no dejan de plantearse algunas dudas:

1. Está claro que entre ellos están los herederos del cónyuge fallecido, es decir, los sucesores por causa de muerte a título universal.

2. Los legatarios de la participación global que a alguno de los cónyuges correspondiera en el patrimonio común (art. 56.1) creo que también están claramente incluidos, ya que han recibido los derechos del fallecido en la comunidad conyugal.

3. En cuanto a los legatarios de bienes consorciales concretos, pueden plantear más dudas. Hay dos supuestos, tal y como aparece en el artículo 56.2:

— Por un lado, si el legado lo ha hecho uno solo de los cónyuges, la eficacia del mismo queda condicionada al resultado de la liquidación del consorcio, de modo que, si el bien legado es adjudicado a la herencia, el legatario tendrá derecho

a recibir el bien; en caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo de la delación. Pues bien, este legatario podrá solicitar la entrega de su legado, lo que obligará a practicar la liquidación de la comunidad conyugal, con lo que los herederos del fallecido tendrán que instarla. Más discutible es que directamente pueda instar la liquidación, porque, en puridad, no es un verdadero partícipe del consorcio.

- El segundo supuesto se produce cuando el legado ha sido hecho conjuntamente por ambos cónyuges, en testamento mancomunado o en contrato sucesorio, en cuyo caso el legatario tiene derecho a que, fallecido uno de los cónyuges, en la liquidación del consorcio la mitad indivisa de los bienes legados se adjudique a la parte correspondiente al causante. Seguramente, la solución ha de ser similar a la del caso anterior.

No obstante, si, en este segundo caso, resultara que, cuando la liquidación se va a instar, ya hubieran fallecido ambos cónyuges, parece que podría considerarse que estamos ante un legado de cosa cierta, con el consiguiente derecho del legatario de tomar posesión por sí del bien legado (artículo 164 LS), con lo cual no tendría necesidad de instar la liquidación para hacer efectivo su derecho.

4. También se plantean dudas en relación con quien haya podido adquirir entre vivos la cuota que en la comunidad post-consorcial correspondía al cónyuge sobreviviente o a alguno de los herederos del cónyuge o cónyuges fallecidos. Téngase en cuenta que, como decíamos, la cuota que a cada partícipe corresponde en la comunidad post-consorcial es disponible y embargable; es similar a lo que sucede con la cuota que a los herederos corresponde en la comunidad hereditaria antes de la partición. Pues bien, la inclusión entre los partícipes a que se refiere este precepto de quien haya adquirido esa cuota, bien por enajenación voluntaria, bien por ejecución forzosa, creo que puede inferirse de las normas reguladoras de la comunidad post-consorcial, así como de la remisión del art. 88 a las normas de la comunidad hereditaria.

Sin embargo, la Resolución DGRN de 23 de diciembre de 2002, para un caso de Derecho común, con régimen de sociedad de gananciales, en el que la cuota que correspondía a un cónyuge en la sociedad de gananciales disuelta había sido embargada y enajenada mediante subasta, establece que el rematante no adquiere la titularidad de esa cuota ni, por tanto, llega a convertirse en copartícipe de la comunidad post-matrimonial, condición que conservan los cónyuges o sus herederos; lo que adquiriría el rematante sería un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales; concluye que la liquidación de la comunidad conyugal tiene que ser hecha por ambos cónyuges, es decir, que no puede prescindirse para su realización del cónyuge embargado y que ha sido privado de sus derechos patrimoniales en la comunidad. Lo argumenta sobre la base del carácter familiar de la comunidad, del que son consecuencia las normas sobre derechos de adjudicación preferente y sobre derecho de alimentos, así como en el art. 541 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En puridad, estos argumentos serían válidos también para el Derecho aragonés.

Sin embargo, esta solución no parece correcta. Los argumentos dirigidos a negar el carácter de partícipe a este adquirente son endebles. No se ve razón para que pue-

dan adquirir la condición de partícipes los herederos de los cónyuges, que pueden ser personas completamente ajenas a la familia, y no otras personas; si se puede transmitir por causa de muerte esa condición de partícipe en el patrimonio post-consorcial, no se ve la razón por la que no sea transmisible entre vivos. No deben ser obstáculo los derechos de adjudicación preferente que se establecen a favor de los cónyuges, que sólo serán de aplicación para ellos, no para otros partícipes, tampoco para ese adquirente. Tampoco el derecho de alimentos del art. 1.408 Cc., que podrá aplicarse aunque otra persona haya entrado en lugar de un cónyuge. Y la interpretación que se hace del art. 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es muy discutible. Por otro lado, la solución de la DGRN lleva a resultados absurdos: ese rematante tendrá que esperar a que el cónyuge ejecutado, que ya no tiene ningún derecho sobre los bienes, haga la división con su cónyuge y de ello dependerán los bienes concretos que va a recibir aquél. Además, con ella se perjudica gravemente a los acreedores, a los que se ponen nuevos obstáculos para el cobro de sus créditos, al entorpecer gravemente el derecho de los rematantes.

5. También habrá que considerar partícipes a los herederos de quienes ya eran partícipes, es decir, de esos adquirentes de cuotas de la comunidad post-consorcial.

c) El fiduciario o contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto. De hecho, parece que de cualquiera de los cónyuges fallecidos, no sólo del premuerto. Ya hemos explicado qué es el fiduciario, respecto del cual esta norma reitera lo que ya disponía con anterioridad el art. 140 de la LS. El contador partidor es la persona a la que otra encomienda que, una vez fallecida ésta, haga la partición de su herencia.

d) El fiduciario o contador partidor de la herencia de cualquier partícipe.

3. Derechos de los acreedores

No tienen derecho a solicitar la liquidación y división los acreedores, ni los de la herencia ni los de los cónyuges o partícipes. Qué pueden hacer entonces los acreedores. Para empezar, conservan sus derechos de crédito y los pueden hacer efectivos embargando bienes: antes de la liquidación conforme al régimen del art. 70 y después conforme a lo que establece el art. 86, que luego veremos. Además, por la aplicación supletoria que ordena el mencionado art. 88, tendrán los derechos recogidos en el art. 55 de la LS: los acreedores por deudas comunes pueden oponerse a que se lleve a efecto la división hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos y los acreedores de los cónyuges y partícipes pueden intervenir a su costa en la división para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

4. Pactos de indivisión (art. 76.2)

El legislador se ha preocupado de los pactos de indivisión que pudieran existir, remitiendo su régimen, en caso de disolución por muerte, a la regulación de dichos pactos en relación con la partición hereditaria establecida en el art. 50 LS.

Conforme a este régimen, hay que distinguir dos tipos de pactos:

1. Los celebrados por ambos cónyuges. Su validez requiere pacto en capitulaciones matrimoniales o que estén dispuestos en el testamento mancomunado otorgado por ambos. Esta indivisión tiene una duración máxima de quince años o el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo.

2. Los celebrados unánimemente por los partícipes, una vez fallecido uno de los cónyuges, entre sus herederos y el otro o los herederos de éste. La indivisión tampoco puede pactarse por un plazo superior a quince años.

En ambos casos, todos los partícipes, por unanimidad, pueden prorrogar la indivisión, una vez transcurrido el plazo, por término, cada vez, que no sea superior a otros quince años.

Y el Juez puede autorizar la división a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.

La regulación plantea la duda acerca de si es posible el pacto de indivisión para la disolución en vida de ambos cónyuges. No habiendo prohibición expresa, la remisión general que se hace en el artículo 88, como Derecho supletorio, a las normas sobre partición hereditaria parece que lo permite. Más dudoso es si será posible pactar la indivisión antes de la disolución del consorcio conyugal o si es necesario que ésta ya se haya producido. La solución favorable al pacto de indivisión anterior a la disolución puede basarse en el principio de libertad de pacto del Derecho aragonés (*stándum est chartae*), consagrada en este ámbito en el artículo 13.1 de la LREMV; las situaciones extremas que pudieran plantearse podrán ser reconducidas a la justa causa sobrevenida que permitirían al Juez autorizar la división antes de transcurrir el plazo. Será preciso que conste en capitulaciones matrimoniales, por venir así establecido para los casos de fallecimiento de uno de los cónyuges, puesto que aquí son válidas las mismas razones, y, además, porque un pacto de esas características, en la medida en que modaliza el régimen económico matrimonial, tendrá carácter capitular y, por tanto, deberá establecerse en capitulaciones matrimoniales.

III. MODALIDADES

La liquidación y división puede hacerse de varias formas (art. 77):

1. Por acuerdo de los cónyuges o partícipes, que practican por sí directamente todas las operaciones divisorias, hasta poner fin a la comunidad post-consorcial, bien convirtiéndola en comunidades ordinarias sobre los bienes que la componen (liquidación impropia), bien adjudicando bienes separados a cada uno de los cónyuges o partícipes (liquidación propia).

2. También puede suceder que todos los cónyuges o partícipes acuerden encomendar su realización a uno o varios terceros, que actuarán como distribuidores. Estamos ante una figura próxima a la del arbitraje y que, de hecho, podría ser un verdadero arbitraje si se cumplen todas las prescripciones establecidas en la Ley 36/1988, de Arbitraje; si no, no habrá tal, pero, conforme al art. 3.2 de la misma ley, el acuerdo

entre los cónyuges o partícipes será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez del contrato, quedando, por tanto, vinculados aquéllos por su decisión,

3. Si la liquidación no se pudiera llevar a cabo de alguna de esas formas, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que son las disposiciones a que antes hacíamos mención.

A continuación, me voy a centrar en la primera modalidad, la que podemos denominar liquidación voluntaria. De la liquidación en el ámbito judicial hablará posteriormente mi compañero de ponencia el Magistrado Francisco-Javier Forcada. También me referiré a las reglas sobre la práctica de liquidación y división de los bienes, que son comunes a todos los tipos, salvo las específicas de casos determinados.

IV. LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA

1. Sujetos que intervienen en ella

La regla general es que la liquidación voluntaria tiene que ser hecha por todos, cónyuges o partícipes, por sí o debidamente representados, mediante acuerdo unánime (art. 77.1).

En cuanto a quiénes son «partícipes», nos remitimos a lo dicho antes sobre quiénes pueden promover la liquidación y división.

2. Supuestos de contador partidor y fiducia

La regla general que impone la intervención de todos los partícipes tiene dos excepciones, ambas para el caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges:

a) Contador partidor. Si el cónyuge fallecido hubiera designado contador partidor, podrá éste hacer la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta actuando junto con el otro cónyuge, y sin necesidad de concurrencia de los herederos del fallecido. Se sigue así el criterio consagrado por la Jurisprudencia y que se basa en que de nada serviría nombrar contador partidor si resulta que es necesario contar con los herederos para la liquidación de la comunidad conyugal. Únicamente, señalar que, en caso de fallecimiento de los dos cónyuges, la regla se aplicará para ambos, de modo que si ambos tuvieran designado contador-partidor, entre los dos podrán hacer la liquidación y división de la comunidad matrimonial por sí solos; y, si sólo uno lo tuviera, será éste con los herederos del otro.

b) Fiduciario. La misma regla se aplica para el caso de que el cónyuge fallecido tuviera designado fiduciario: éste podrá liquidar y dividir actuando con el otro cónyuge.

Pero, en este caso, surge la dificultad de que si, como es lo normal, el fiduciario es, precisamente, el otro cónyuge, nos encontramos con un manifiesto caso de conflicto de intereses. Esta cuestión no estaba resuelta bajo la legislación anterior, lo que

llevaba a que necesariamente tuvieran que intervenir los presuntamente llamados a la sucesión, si bien, en la práctica, venía aceptándose que el cónyuge viudo fiduciario pudiera hacer por sí solo la llamada liquidación impropia, a que antes nos hemos referido. Por fin, la LREMV ha regulado expresamente esta cuestión en el art. 77.3, de la siguiente forma:

— El cónyuge viudo fiduciario puede hacer por sí solo, sin necesidad de autorización alguna, la liquidación impropia, es decir, aquella en que se limita a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.

— En los demás casos, el cónyuge viudo necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Ésta es la solución que el art. 138 LS prevé para que el fiduciario pueda realizar actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos precisos. Sin embargo, aquí se aplica en todo caso, es decir, con independencia de la naturaleza de los bienes. La razón de que haya mayor rigor es que estamos ante un caso de autocontratación con conflicto de intereses flagrante y a esos efectos es indiferente la naturaleza de los bienes.

3. Capacidad

Quienes intervengan en la liquidación y división deberán tener plena capacidad de obrar. Habiendo menores o incapaces, el art. 78 impone la aplicación de las normas que, para la partición de herencia en que intervengan personas en esa situación, establecen los arts. 51 y 52 LS. Probablemente, habría bastado con la remisión general del art. 88 para considerar aplicables estas normas, pero el legislador ha querido que no haya dudas.

Indicar, no obstante, que el Proyecto de Ley de Derecho de la Persona, en estos momentos en las Cortes de Aragón, modifica toda esta materia; por un lado, da nueva redacción a los arts. 51 y 52 LS, pero, además, regula todo el tema de capacidad de menores e incapaces y su representación en caso de conflicto de intereses.

Concretamente:

1. Para los menores de edad mayores de catorce años, la solución vigente es que pueden practicar por sí la liquidación y división, con la asistencia que previene el art. 5 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, es decir, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes; si hay oposición de intereses por parte de uno solo de los padres, la asistencia será prestada por el otro; si existe por parte de ambos o con el tutor, será suplida por la Junta de Parientes.

El Proyecto de Ley de Derecho de la Persona, en su artículo 25, regula la materia con más detalle:

a) Si la oposición de intereses es por parte de uno solo de los padres o tutores, la asistencia será prestada por el otro, a no ser que, habiendo tutela, en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.

- b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial.
- c) Si es por parte del administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres o el tutor.

Y se añade que cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial. Esta regla nueva, a mi modo de ver, debe ser interpretada para los casos estrictos en que resulta necesaria: sólo si estamos ante la llamada división propia. No deja de llamar la atención que no se considere suficiente la intervención de la Junta de Parientes, como tuteladora de los intereses de todos los menores o incapaces implicados.

2. En cuanto a los menores de catorce años e incapacitados, la regulación vigente distingue los siguientes supuestos:

- a) Si están sujetos a autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada, por ellos tendrán que actuar ambos padres conjuntamente, o sólo uno de ellos, en defecto del otro o cuando exista oposición de intereses del menor o incapacitado con el otro.
- b) Si están sujetos a tutela, serán representados por el tutor, debiendo ser aprobada la división por la Junta de Parientes o el Juez.
- c) Cuando exista oposición de intereses con ambos padres o con el tutor, interviendrá la Junta de Parientes o un defensor judicial, debiendo ser aprobada la partición por el Juez.

Ahora bien, en la liquidación impropia, no será necesaria la intervención conjunta de ambos padres, es decir, bastará con uno, ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez.

El Proyecto de Ley también establece una regulación más detallada para el caso de que exista oposición de intereses:

- a) Si la oposición de intereses es por parte de uno solo de los padres o tutores, le representa el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.
- b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, la actuación de éste requiere autorización de la Junta de Parientes o del Juez, sin que sea necesaria además la autorización o aprobación que en su caso exija el acto. También podrá ser representado por un defensor judicial.
- c) Si es por parte de ambos padres o tutores, la representación corresponde a la Junta de Parientes o a un defensor judicial. Cuando intervenga la Junta de Parientes en representación del menor en actos que requieran autorización o aprobación, ésta será necesariamente judicial.
- d) Si es por parte de un tutor real y no hay otro que tenga la administración de los mismos bienes, le representarán los titulares de la autoridad familiar o el tutor.

Se añade que será precisa aprobación de la Junta de Parientes o el Juez en los casos en que la liquidación haya sido practicada actuando en representación del menor:

- a) El tutor, salvo si ha actuado con autorización de la Junta de Parientes o del Juez.
- b) Por la Junta de Parientes o un defensor judicial. Cuando intervenga la Junta de Parientes, la aprobación será necesariamente judicial.
- c) Por el único padre titular de la autoridad familiar con el que exista oposición de intereses, si no se ha obtenido autorización previa.

Lo más llamativo es la diferencia que se establece, cuando hay oposición de intereses con los padres: si sólo hay un padre, la oposición de intereses no le impide representar al menor y basta con la autorización previa o aprobación posterior de la Junta de Parientes o el Juez; si hay dos padres y la oposición de intereses es con ambos, la representación corresponde a la Junta de Parientes o a un defensor judicial y, además, debe haber autorización previa o aprobación judicial.

También aquí se establece que cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser representados por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial.

Y hay una regla especial para el sometido a curatela: si la sentencia de incapacitación no dispone otra cosa, puede, asistido por el curador, solicitar la partición e intervenir en ella; y cuando exista oposición de intereses con el curador, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial.

Estas reglas sobre capacidad plantean el problema del ámbito personal de aplicación en los casos en que concurren distintas leyes personales. Es decir, si resulta que el menor o incapaz de que se trate no fuera aragonés. Ésta es una cuestión que en el Derecho interespacial, es decir, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Interregional, no está resuelta con claridad. Veamos:

- Tenemos que, por un lado, las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, como efectos que son del matrimonio, incluyendo lo relativo a la liquidación y división, se rigen por la ley que resulte de lo que dispone el art. 9.2 del Código Civil. Conforme al cual se aplicará la ley aragonesa: en primer lugar, si ambos cónyuges son aragoneses al tiempo de contraerlo; en segundo lugar, si, no teniendo la misma vecindad civil y siendo uno de ellos aragonés o teniendo residencia habitual en Aragón, la eligen ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; en tercer lugar, si con arreglo a este criterio tampoco queda fijada la ley aplicable a los efectos del matrimonio, se aplicará también la ley aragonesa si la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio se fija en Aragón; y, por último, si de esa forma tampoco queda fijada la ley aplicable, será la aragonesa si el matrimonio se ha celebrado en Aragón.
- Por otro, que la capacidad de las personas físicas, según el art. 9.1 Cc., se rige por su ley personal, en este caso la del menor o incapaz.

Pues bien, la discusión surge en relación con las llamadas capacidades especiales, es decir, las que la ley exige para un acto determinado. Según un criterio doctrinal, a esas capacidades se les aplica la ley general sobre capacidad, es decir, la del menor o incapaz, lo que nos llevaría a que en el caso mencionado (régimen económico matrimonial que se liquida regido por la ley aragonesa, con partícipe menor o incapaz sujeto a otra ley personal), no regirían las normas que hemos expresado, sino las que, para suplir la capacidad, establezca esa ley personal; por el contrario, serían de aplicación estas normas cuando intervienen menores o incapaces aragoneses en la liquidación de un régimen económico matrimonial de comunidad no regido por la ley aragonesa.

Frente a esta opinión, se ha defendido también que la ley que debe tenerse en cuenta para estas capacidades especiales es la del acto o negocio sustantivo de que se trate, es decir, la que se aplique a los efectos del matrimonio.

Una vía intermedia podría ser entender que para determinar si es preciso un complemento de capacidad debe tenerse en cuenta la ley que rige el régimen económico matrimonial, pero el mecanismo concreto por el que se complementa la capacidad será el determinado por la ley personal del menor o incapaz.

V. PRÁCTICA DE LA LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

La liquidación y división es un proceso que se desarrolla a través de varias fases. Concretamente, las operaciones que forman parte del mismo son el inventario, la liquidación, la separación de las ventajas y la división y adjudicación de los bienes.

1. Inventario

La realización de la liquidación y división del consorcio conyugal requiere la elaboración de un inventario como paso previo para poder determinar qué bienes existen, si hay deudas con terceros o entre los cónyuges y el patrimonio común. Es un paso lógico ineludible.

En este sentido, el art. 79 establece el derecho de cualquiera de los cónyuges o partícipes a poner en marcha la liquidación mediante la elaboración de un inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial.

El de la elaboración del inventario es uno de los momentos potencialmente más conflictivos del proceso liquidatorio. Es el momento en el que hay que fijar qué bienes entran dentro del patrimonio común, así como las deudas que deben pesar sobre él y si de los pagos realizados durante el consorcio ha resultado que un patrimonio se ha lucrado a costa de otro, lo que daría lugar a los correspondientes reembolsos y reintegros entre patrimonios, así como el carácter de las deudas pendientes. Si no hay acuerdo entre los cónyuges sobre estos particulares, deberá ventilarse judicialmente, de modo que será preciso aportar en el procedimiento judicial las pruebas dirigidas a acreditar tales circunstancias, sobre todo las que puedan destruir las diversas presunciones que contiene la Ley sobre la naturaleza de los bienes; recuérdense, fundamentalmente, la presunción de comunidad, por la que se presumen comunes todos

aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse y se presume que las adquisiciones de bienes a título oneroso durante el consorcio se han hecho a costa del caudal común (art. 35) y la novedosa presunción de privatividad en los términos que recoge el art. 31, en el que no podemos detenernos.

El inventario tiene dos partes: el activo y el pasivo.

Activo. El art. 80 regula el activo indicando que se incluyen en él las siguientes partidas:

a) Todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes. La alusión a los bienes y derechos presuntivamente comunes debe ser aclarada y matizada. Por bienes «*presuntivamente comunes*» se entiende aquellos que no se sabe con certeza si son comunes o privativos pero que tienen en su favor la presunción de que son comunes (conforme al art. 35), que regirá mientras no se destruya mediante prueba en contrario; no se trata, pues, de un «*tertius genus*», que se situaría entre los comunes y los privativos, sino sencillamente de una situación de indeterminación. Pues bien, lo correcto sería que, cuando se hace la liquidación por acuerdo entre los cónyuges o partícipes, esa indeterminación concluyera precisamente aquí, al hacer el inventario, de modo que se decida si tales bienes se consideran comunes, y se incluyan en el mismo, o privativos, en cuyo caso quedan excluidos; al menos en lo que se refiere a las relaciones entre los cónyuges y partícipes que acuerdan la liquidación. Si no hubiera acuerdo sobre esta cuestión, como decíamos, será preciso que las discrepancias sean resueltas por vía arbitral o judicial.

Un caso especial lo constituyen, en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, aquellos bienes consorciales que el fallecido hubiera legado al otro, que son adquiridos directamente por el cónyuge viudo, sin necesidad de liquidación del consorcio (art. 56.2.a). Desde esta perspectiva, no sería preciso incluirlos en el inventario. Ahora bien, debe tenerse en cuenta la posible existencia de deudas y derechos de crédito entre los patrimonios privativos y el consorcial, lo que hace aconsejable, en tales casos, incluir todos los bienes consorciales, también éstos.

También, dice el precepto, deben inventariarse aquellos bienes y derechos comunes que, no apareciendo en el momento de formalizar el inventario, se pruebe que existían al cesar la comunidad matrimonial. De alguna forma se presume que quien estaba en posesión de estos bienes es responsable de los mismos, de modo que se harán constar como débitos de ese cónyuge frente a la masa común. Pero se exceptúan de esta regla, continúa la norma, aquellos bienes respecto de los cuales había norma justificativa para su consumo, en concreto:

- Habiéndose disuelto el consorcio conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, si hubiera sólo hijos comunes, los bienes consumibles, ya que se presumen aprovechados en beneficio del consorcio (art. 71.5). No sería razonable que se le pudiera pedir al cónyuge viudo, en tal caso, justificación de lo que ha hecho con los bienes consumibles.
- Y, si hubiera que hacer la liquidación de varias comunidades, será de aplicación la regla del art. 87, a la que luego se hará referencia.

Pero, además, el cónyuge en cuestión siempre podría demostrar que esos bienes han sido sustituidos por otros y que ello se ha hecho legítimamente, conforme a las reglas que rigen la administración y disposición de bienes de la comunidad post-conсорcial. En realidad, para estos bienes son válidas las mismas consideraciones que hacíamos respecto de los *presuntivamente consorciales*: se trata de una situación presuntiva y, si la liquidación es voluntaria, lo correcto será que se decida, con carácter definitivo, si tales bienes deben incluirse o no, en función de que realmente existan y sean consorciales.

Por otra parte, aunque no lo dice el precepto, también habrá que incluir en el inventario todos aquellos bienes que se hayan ido integrando en la comunidad post-conсорcial, es decir, los frutos y rendimientos y los incrementos y accesiones experimentados por dichos bienes, que ingresan en la misma conforme a lo que dispone el art. 68.

Valoración. Y aunque tampoco se diga expresamente, en el inventario deberá incluirse el valor que se atribuye a los bienes inventariados. Es éste otro momento potencialmente conflictivo, en el que pueden surgir discusiones que sólo acaben resolviéndose por la vía judicial. No existen criterios específicos para hacer el avalúo, por lo que habrá que atender a los valores de mercado.

Una particularidad, sobre esta cuestión de valoración, surge cuando entre los bienes aparece una vivienda protegida, sujeta a limitación de precio. Puede suceder que los cónyuges decidan darle un valor superior al que resulta de los precios máximos que establece la normativa en materia de viviendas protegidas, por razones diversas: la utilidad que reporta, las inversiones realizadas en ella, el próximo fin del plazo de vigencia de las limitaciones de precio o cualquier otra; además, puede pasar que esa valoración sea determinante para que los cónyuges lleguen a un acuerdo en torno a la liquidación de la comunidad conyugal. En principio, el estricto régimen de la Ley 24/2003, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, reformada por la Ley 9/2004, puede constituir un importante obstáculo para hacer efectiva esa valoración. En efecto, el artículo 14 de la citada Ley sujeta a los requisitos de autorización y visado toda cesión de vivienda protegida, con rigurosísimas consecuencias para la falta de cumplimiento de tales requisitos; la autorización y visado tiene, como uno de sus principales objetivos, el control de que el precio de la vivienda protegida no supere el legal.

Pues bien, la Ley no es clara acerca de si las limitaciones que contiene se aplican a la liquidación y división de la comunidad conyugal. El artículo 29.5 de la citada ley exceptúa expresamente de los derechos de tanteo y retracto las adjudicaciones derivadas de la disolución de la comunidad conyugal, de donde podría, tal vez, inferirse que sí que le es de aplicación el régimen de autorización y visado. Ahora bien, aunque no se exceptúa expresamente la liquidación de la comunidad conyugal de los indicados requisitos, como dijimos antes, su naturaleza jurídica no es la de actos traslativos, por lo que puede defenderse que los dichos requisitos no son necesarios en este caso.

b) Los créditos de la comunidad contra terceros. Es decir, aquellas deudas que terceras personas deben satisfacer a los cónyuges y que tengan carácter consorcial. Pue-

den ser supuestos muy diversos. A estos efectos, recuérdese que, vigente el consorcio, los frutos y rendimientos de los bienes, tanto comunes como privativos, son comunes (art. 28.2.f); en cambio, una vez disuelto, es decir, rigiendo la comunidad post-consorcial, sólo se integran en ella los que procedan de bienes comunes (art. 68).

c) Los derechos de reembolso de la comunidad contra los patrimonios privativos de los cónyuges. Es decir, los que derivan de las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y el común, cuando resulta que aquéllos se han enriquecido a costa de éste y conforme al régimen del art. 44. Por ejemplo, si se han adquirido bienes privativos a costa del caudal común o se han pagado deudas privativas también con fondos comunes. Téngase en cuenta que lo que debe reembolsarse a la comunidad conyugal es el importe actualizado de las cantidades en que se haya producido el enriquecimiento, es decir, el nominal de la cantidad pagada por la comunidad conyugal en unidades monetarias de hoy, lo que habrá que calcular mediante la aplicación de los índices del I.P.C.

Inclusión de bienes privativos que pertenecen en común a ambos cónyuges. Una cuestión que se suscita con frecuencia en la práctica es la relativa a la posibilidad de incluir, entre los bienes sujetos a la liquidación y división del consorcio conyugal, aquellos que perteneciendo a ambos cónyuges no forman parte de los bienes consorciales, por haber sido adquiridos antes de celebrado el matrimonio. Esto es muy habitual, por ejemplo, con la vivienda habitual, comprada antes de casarse, y que, además, suele ser el bien de más valor del patrimonio formado por los cónyuges. Recuérdese que, en este punto, nuestro Derecho es diferente al común. En efecto, conforme al párrafo segundo del art. 1.357 del Código Civil, la vivienda habitual adquirida antes del matrimonio tiene un régimen especial, por el que, a diferencia del resto de los bienes adquiridos antes de casarse, que son siempre privativos, los pagos que se hagan después a costa del caudal común convierten la vivienda habitual, en la parte proporcional, en gananciales. En cambio, en el Derecho aragonés, los bienes adquiridos antes de comenzar el consorcio, también la vivienda habitual, son siempre privativos, salvo que el precio hubiera quedado íntegramente aplazado y se pagara en su totalidad, ya comenzado el consorcio, con fondos comunes (artículo 29.b). Por tanto, esos bienes adquiridos por ambos cónyuges antes de empezar el consorcio conyugal serán privativos, aun siendo propiedad de los dos, en comunidad ordinaria, normalmente por mitad y proindiviso. Pues bien, en puridad, estos bienes, al no ser consorciales, no pueden incluirse en el proceso de liquidación y división del consorcio conyugal.

Ahora bien, este planteamiento choca con una realidad frecuente, en la que lo que los cónyuges quieren es poner fin a lo que tienen en común. A ellos les es indiferente que la calificación jurídica de esos bienes sea una u otra. En muchas ocasiones, de hecho, necesitan formar una sola masa con ambos tipos de bienes para poder solventar adecuadamente el reparto de bienes, porque uno va a quedarse con los bienes que tienen la calificación de consorciales y otro con esos privativos que pertenecen a ambos proindiviso; esta necesidad se siente especialmente a la hora de pactar un convenio regulador en una separación o divorcio, en el que, con frecuencia, hay que hacer verdadero encaje de bolillos para poder conseguir el acuerdo. Pues bien, la duda es cómo resolver esa dificultad conceptual que impide incluir en la liquidación y división de la comunidad conyugal bienes privativos.

Una primera solución consiste en que, antes de disolver el consorcio conyugal, ambos cónyuges pacten atribuir a dichos bienes carácter consorcial, con arreglo al art. 30. Es un acto sencillo, que no lleva coste tributario, puesto que las aportaciones a la comunidad conyugal también están exentas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (art. 45.1.B.2 TRITP), y que además no da derecho a ninguna compensación entre cónyuges, ya que, si ambos son cotitulares por mitad, la aportación de uno es compensada con la del otro. El pacto en cuestión debe formalizarse en escritura pública, lo cual puede ser un inconveniente para aquellos casos en que la liquidación y división se hace en el convenio regulador que se somete a la aprobación judicial. Sin embargo, siguiendo un criterio flexible, el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de diciembre de 1993, resolviendo un recurso contra la calificación de un Registrador, permite que ese pacto se formalice en convenio regulador, por considerar que el otorgamiento de un pacto de estas características en el convenio regulador, con ocasión de la disolución, es suficiente, sobre la base del principio de libertad civil y de la consideración del convenio regulador como documento auténtico.

El problema se agrava cuando el pacto se pretende otorgar después de disuelto el consorcio conyugal, es decir, cuando ya se ha producido la separación o divorcio, pero no se ha liquidado la comunidad conyugal. En puridad, una vez disuelta ésta, ya no se aplican las normas reguladoras de la misma, entre las que se encuentra la posibilidad de atribuir a bienes privativos carácter consorcial. Ahora bien, aun resultando forzado, tampoco es descabellado defender la posibilidad de un pacto de atribución de carácter consorcial con eficacia retroactiva; alguna base para ello existe en la posibilidad que el Derecho aragonés admite de atribuir a los pactos en capitulaciones matrimoniales eficacia retroactiva (art. 15.3). Al fin y al cabo, si ambos cónyuges o ex-cónyuges acuerdan que determinado bien que es propiedad de ambos se incluya en el activo de la comunidad conyugal y tal cosa no genera ningún perjuicio para tercero, el principio de libertad civil de nuestro Derecho debe permitir que tal pacto sea válido.

Además, téngase en cuenta que, como veremos, el artículo 83.1.3º, al regular la forma de practicar la liquidación ordinaria del consorcio conyugal, permite que los reembolsos a la comunidad del saldo acreedor que puedan tener los cónyuges se lleve a cabo mediante dación de bienes de los patrimonios privativos, lo que facilita traer a la liquidación ese tipo de bienes.

El tema resulta más difícil de resolver en el ámbito del Derecho común, es decir, en el régimen del Código Civil, para el cual la reciente Resolución de 3 de junio de 2006 de la DGRN niega que pueda inscribirse la adjudicación de un bien privativo, la vivienda familiar, en el convenio regulador, por tratarse de una adjudicación en pago de deuda que excede de su ámbito.

En cambio, en el Derecho Catalán, para el régimen de separación de bienes, que es el legal, salvo pacto, se acepta que en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad se ejerza simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que los cónyuges tengan en proindiviso, añadiéndose que si los bienes afectados son más de uno, pueden ser considerados en conjunto a efectos de la división (artículo 43 del Código de Familia).

Sin embargo, desgraciadamente, nuestros Tribunales no tienen todavía clara la virtualidad que, en este punto, tiene el principio de libertad civil y las potencialidades de nuestro Derecho para resolver este tipo de situaciones. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de marzo de 2005, Sección Quinta, no permite incluir en el inventario la vivienda adquirida por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio.

En cualquier caso, y para evitar problemas, en este tipo de casos, es muy conveniente que, en el convenio regulador que se pacte, tanto si en él se practica la liquidación de la comunidad conyugal como si se deja para otro momento, se incluya expresamente un pacto de atribución de consorcialidad, lo que facilitará la inclusión del bien en cuestión en el activo de la liquidación de la comunidad conyugal, cuando ésta se lleve a cabo.

Pasivo. El pasivo aparece regulado en el art. 81, que incluye en el mismo las siguientes partidas:

- a) Las deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad. Es decir, aquellas que nacieron durante la vigencia del consorcio conyugal y que se encuentran incluidas entre las reguladas en el art. 36; pero, además, también las que nacieron vigente la comunidad post-consorcial y pesan sobre los bienes de la misma, es decir, las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común (art. 69.1).
- b) Los reintegros debidos por la comunidad a los patrimonios privativos de los cónyuges, según lo que deriva del artículo 44.2. Constituyen el reverso de los derechos de reembolso, siendo válidas las consideraciones que veíamos para éstos antes. Aquí se deberán incluir los derechos de reintegro que corresponden a los cónyuges que aportaron bienes privativos a la comunidad conyugal (conforme al artículo 33). Ya hemos dicho que esas aportaciones están exentas, pero sólo si no comportan una transmisión lucrativa, es decir, si se hacen con reserva del derecho de ser reintegrado al liquidarse el régimen; éste será, pues, el momento de saldar esas cuentas pendientes.

Por cierto, la Dirección General de Tributos vigila que esos derechos de reintegro derivados de las aportaciones se hagan efectivos (Resolución de 4 de diciembre de 2002 de la Dirección General de Tributos de Aragón, que fija los criterios de actuación en la disolución de comunidades). Sobre este tema debe insistirse en que lo que debe reintegrarse es el importe del valor que tenían los bienes aportados en el momento de la aportación, si bien actualizado ese importe monetario al tiempo de la liquidación, en los términos que antes se explicaron; lo que puede ser muy diferente al valor de los bienes aportados en el momento de la liquidación: los bienes inmuebles normalmente se aprecian de forma muy superior al dinero.

2. Liquidación ordinaria

La liquidación propiamente dicha es el conjunto de operaciones por las que se resuelven las relaciones jurídicas pendientes antes de proceder al reparto de los bienes que queden, si es que quedan.

La Ley distingue entre la liquidación concursal, es decir, cuando el activo inventariado no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, y la liquidación ordinaria. A la primera se referirá posteriormente mi compañero de ponencia Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo. Aquí vamos a centrarnos en la ordinaria.

Si se determina que existe efectivamente un activo consorcial superior al pasivo y cuál sea aquél, la liquidación seguirá el orden que dispone el art. 83, que establece un conjunto de operaciones destinado a que las relaciones pendientes se liquiden con el mínimo tránsito patrimonial, apurando al máximo las posibilidades de compensaciones. Concretamente, el orden dispuesto es el siguiente:

1º. Se compensa lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla.

2º. Si la comunidad no debe nada a los patrimonios privativos o una vez compensado lo que se debiera, si hubiera un saldo acreedor favorable a la comunidad, se imputa a la respectiva participación en el consorcio del cónyuge deudor, hasta agotar su importe. Ahora bien, se permite que el cónyuge deudor opte por el reembolso en metálico o se acuerde su pago mediante dación de bienes de los patrimonios privativos. Respecto de este derecho, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- Se concede sólo a los cónyuges. Los demás partícipes carecen de él. Se basa en la idea de que el cónyuge deudor puede tener interés en recibir bienes de la comunidad conyugal y por eso quiera saldar previamente sus deudas con la misma.
- Si el cónyuge deudor opta por el reembolso en metálico, el otro cónyuge o los demás partícipes no podrán oponerse.
- En cambio, si quiere pagar mediante la dación de bienes privativos, tendrá que ser aceptado por todos.

3º. Si se hubiera agotado la participación en el consorcio del cónyuge deudor sin haber podido saldar sus deudas con la comunidad, deberá reembolsar el saldo pendiente en metálico. Aquí también se admite expresamente el acuerdo de que el pago se haga mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.

4º. Saldadas las deudas de los cónyuges con la comunidad, se procede al pago a terceros de las deudas vencidas. Las que no lo estuvieran, deberán asegurarse. Sobre estas deudas, merece la pena hacer unos comentarios:

- Es también posible que las deudas vencidas, en vez de saldarse, sean asumidas, en el proceso de liquidación, por uno solo de los cónyuges o partícipes, que se obliga a pagarlas frente al acreedor, lo cual se tendrá en cuenta para determinar los bienes del activo que le deben ser adjudicados a fin de que el neto sea el que le corresponde. Evidentemente, este pacto no será oponible al acreedor, salvo que dé su consentimiento, pero, siempre que, efectivamente, sea satisfecha la deuda por el cónyuge o partícipe que la ha asumido, tendrá eficacia liquidatoria.

- De la misma forma es posible que las deudas no vencidas sean asumidas por uno solo de los cónyuges o partícipes, lo cual, de hecho, es frecuente, por ejemplo, con el préstamo garantizado con hipoteca que pese sobre la vivienda, de modo que el cónyuge o partícipe al que se adjudique ésta asume aquél. Valen aquí las mismas consideraciones hechas en el párrafo anterior.
- La obligación de asegurar las deudas no vencidas podrá ser exigida, pero no es un requisito cuyo incumplimiento impida que la liquidación y el reparto de los bienes pueda seguir adelante. De hecho, rara vez se hace. Como decíamos, los acreedores siempre conservarán sus derechos a exigir la deuda frente a todos.

5º. Por último, una vez pagadas esas deudas, si resultara que la comunidad, no obstante la compensación realizada entre las deudas entre los patrimonios privativos y el común, sigue siendo deudora respecto de alguno de los patrimonios privativos, deberá reintegrársele lo que se le deba. En principio, el reintegro debe hacerse en metálico, salvo que se acuerde otra cosa o que no haya metálico suficiente, en cuyo caso podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales.

Como ya dijimos antes, los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

Incluso, se prevé la posibilidad de que se tengan que vender bienes para realizar estas operaciones. Para la venta o la dación en pago de bienes consorciales, deberán respetarse, en tanto sea posible, los bienes sobre los que recaen los derechos a las ventajas y de adjudicación preferente, que se expondrán a continuación.

Como vemos, el régimen de liquidación es muy flexible, permitiendo que se haga uso de bienes privativos para ayudar a saldar las cuentas. En estos casos, estamos ante verdaderas daciones en pago de deuda. Puede plantearse hasta qué punto era necesario que el legislador hiciera referencia expresa a esta posibilidad, puesto que está claro que siempre es posible, habiendo acuerdo, pagar deudas mediante dación en pago de bienes; es decir, aunque el legislador no lo dijera expresamente, sería igualmente posible. Sin embargo, la integración de esta posibilidad, con carácter expreso, en las operaciones de liquidación creo que tiene una importante virtud: el legislador pone de manifiesto que estas daciones en pago no son actos meramente complementarios de la liquidación de la comunidad conyugal, sino que forman parte de la misma, lo que permite aplicarles la exención tributaria prevista para ella; en caso contrario, la liquidación no tributaría, pero las daciones en pago sí que podría considerarse que tributan, como transmisiones patrimoniales. La citada Resolución de 4 de diciembre de 2002 de la Dirección General de Tributos de Aragón acepta esta exención (Apartado Noveno).

Liquidación de varias comunidades. El art. 87 regula la liquidación de varias comunidades, siguiendo literalmente la norma de la Compilación. Ésta es una cuestión que preocupó a la doctrina histórica aragonesa, por las dificultades que planteaba la acumulación de sucesivas comunidades conyugales sin liquidar, cuando alguien enviudaba varias veces, y la confusión de patrimonios que se producía. El legislador insta a que las liquidaciones se hagan ordenada y separadamente, pero, como es consciente que tal cosa puede no suceder, establece una regla para que los bienes y deu-

das cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuyan equitativamente, atendiendo además al tiempo y duración de cada comunidad y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

3. Predetracción de ventajas (artículo 84)

Los cónyuges tienen derecho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, una serie de bienes, que reciben, no a cuenta de su cuota en la división, sino antes de ella. Se considera que lo razonable es que el viudo reciba estos bienes que, por sus características, la utilidad que para él comportan es mucho mayor de lo que su valor material puede representar.

Concretamente:

- a. Cualquiera que sea la causa de la disolución del consorcio, cada cónyuge puede detraer sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial.
- b. Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá detraer ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes comunes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local.

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos. Es decir, sólo el cónyuge puede ejercerlo.

El derecho concreto, ya nacido, a las ventajas que procedan puede renunciarse. Más discutible es si cabe una renuncia anticipada, por ejemplo, en capitulaciones matrimoniales, si bien, la libertad civil que inspira el Derecho aragonés basada en el principio *standum est chartae* parecen posibilitar una renuncia de esta naturaleza, tanto si se hace como pacto capitular como si se lleva a cabo unilateralmente.

4. División y adjudicación de los bienes (artículo 85)

Con ello, llegamos a la última parte del proceso. Como señala el art. 85, una vez concluidas las operaciones de liquidación, es decir, habiéndose saldado las deudas pendientes y hechas las compensaciones entre patrimonios, y habiéndose detraído las ventajas, lo que quedare hay que dividirlo y adjudicarlo a los cónyuges.

Esta división se hará normalmente por mitad, si bien la norma deja a salvo la posibilidad de que se haya pactado otra cosa, porque es posible que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges hayan pactado que la distribución de los bienes se haga de otra forma, bien variando los porcentajes o bien distinguiendo en función de la naturaleza u origen de los bienes. Son pactos muy poco frecuentes.

Se ha debatido acerca de la validez de los pactos de liquidación previos a la disolución de la comunidad conyugal, es decir, acerca de si se puede acordar por los cónyuges que determinados bienes se adjudicarán, cuando se liquide la comunidad conyugal, a uno u otro cónyuge. No parece haber razones para negarles eficacia, dada la libertad de pacto existente en Aragón. Pero será un pacto de naturaleza capitular

y, por tanto, deberá reunir los requisitos de las capitulaciones matrimoniales, fundamentalmente su constancia en escritura pública. La Sentencia del TS de 3 de febrero de 2006 niega la posibilidad de pactar la liquidación de la comunidad conyugal sin haberse disuelto previamente; era un caso de separación de hecho en que los cónyuges se reparten en documento privado los bienes gananciales; la Sentencia ya deja ver que la solución no habría sido la misma si se hubiera tratado de un pacto en capitulaciones matrimoniales. En cualquier caso, creemos que ello no impide la validez del pacto capitular sobre la forma de realizar la liquidación y reparto de los bienes en su día.

Derechos de adjudicación preferente. En cuanto a la forma de hacer el reparto, hay que tener en cuenta que la ley da derecho a los cónyuges (no a los demás partícipes) a incluir con preferencia en su lote determinados bienes. Estos bienes, a diferencia de las ventajas, sí que computan a efectos de determinar la parte que recibe cada cónyuge.

Téngase en cuenta que este derecho de preferente adjudicación tiene mucha fuerza, de modo que pudiera suceder que la mayor parte, o incluso todos los bienes comunes, los reciba uno sólo de los cónyuges, si resulta que tiene derecho de preferente adjudicación sobre todos ellos, en cuyo caso deberá compensar al otro en la parte que corresponda con bienes privativos. Contrasta, por tanto, este derecho con el de características similares que establecen los arts. 1.406 y 1.407 del Código Civil para la sociedad conyugal de gananciales, que se limitan a lo que alcance la parte del cónyuge en cuestión.

Los bienes sobre los que puede ejercitarse este derecho son los siguientes:

- a) Los bienes comunes que hubieran pertenecido a la familia del cónyuge que lo ejercite durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.
- b) Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas.
- c) La empresa o explotación económica que dirigiera.
- d) Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si se da alguna de las siguientes circunstancias: si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, lo cual resulta frecuente en la práctica en los Estatutos de las sociedades llamadas cerradas; o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.
- e) El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
- f) Los bienes que hubiera aportado al consorcio.
- g) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.

Forma de hacer la división. Aquí habrá que tener en cuenta los preceptos del Código Civil en materia de partición hereditaria, por aplicación supletoria, y tal y como se indicaba anteriormente. Muy particularmente, deberán ser tenidas en cuenta las siguientes reglas, que sólo podemos mencionar, porque su análisis detallado nos ocuparía mucho espacio:

1) El artículo 1061, con arreglo al cual se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando cosas de la misma naturaleza, calidad y especie. No obstante, no es una norma imperativa y, siendo la liquidación voluntaria, los cónyuges y partícipes podrán distribuirse los bienes como les parezca oportuno.

2) El artículo 1062, conforme al cual, cuando una cosa sea indivisible o desmezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores a extraños, para que así se haga. Es el caso de los excesos de adjudicación, a que haremos referencia específica más adelante.

3) El artículo 1067, que regula el retracto que corresponde a los demás si un cónyuge o partícipe vende su cuota en el patrimonio pendiente de liquidación, en el término de un mes, a contar desde que se les haga saber.

4) Y los artículos 1073 y siguientes, que regulan la rescisión de la división por lesión. Sobre este particular, decir que la acción de rescisión es renunciable, pero que, para ello, suele entenderse que hace falta declaración expresa, no siendo suficiente con una declaración genérica de que las partes se dan por pagadas de sus derechos en la comunidad sin más.

Es también posible que uno de los cónyuges o partícipes renuncie a su participación en la comunidad conyugal. Es lo que tradicionalmente se ha llamado *renuncia a los gananciales*. En realidad, estamos ante una donación que realiza el renunciante a favor de los demás. Antes era relativamente frecuente, tras fallecer un cónyuge, que el cónyuge viudo renunciara a su participación en la comunidad conyugal, que, por tanto, era recibida por los herederos del fallecido, generalmente los hijos.

Excesos de adjudicación. Si resulta que un cónyuge o partícipe recibe bienes de valor superior al que resulte de la cuota que le corresponde en la división, estamos ante lo que se denomina exceso de adjudicación, que puede deberse a la aplicación de los derechos de preferente adjudicación, a pactos entre los cónyuges o a la imposibilidad de formar lotes de valor exactamente iguales. Pensemos que el único bien existente es la vivienda o que, habiendo otros, entre todos ellos no alcancen el valor de aquella.

Los excesos de adjudicación lo normal será que se compensen con metálico privativo del cónyuge que los recibe, a veces obtenido mediante un préstamo; otras veces, su pago queda aplazado. También podría suceder que los cónyuges estuvieran de acuerdo en no realizar la compensación, en cuyo caso estaremos ante una donación realizada por uno en favor del otro.

Un comentario merece el tratamiento tributario de los excesos de adjudicación. En el caso de que se renuncie a la compensación, como decíamos, estaremos ante una donación, que deberá tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Si, como resulta más habitual, se produce la compensación, tenemos que el art. 7.2.B TRITP lo considera como transmisiones patrimoniales onerosas, que, por ello, deberán tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Ahora bien, no están sujetos al tributo los excesos de adjudicación que se deriven de la indivisibilidad de los bienes; es decir, aquellos que, conforme al artículo 1.062 del Código Civil, no queda más reme-

dio que hacer; el legislador ha decidido no gravar los casos en que el exceso de adjudicación resulta la única vía de poner fin a la comunidad existente. Convendrá que en el documento en que se formalice la división se explicita ese carácter indivisible del bien o bienes que impone los lotes desiguales y la necesidad de compensaciones.

En nuestra opinión, cuando se trata de varios bienes ligados por una relación funcional, de modo que el principal sin el otro u otros sufre una minoración de valor, puede entenderse que su adjudicación conjunta entra dentro del ámbito de la misma norma y, por tanto, el exceso de adjudicación resultante no queda sujeto a tributación. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando, junto a la vivienda, existe un aparcamiento o un trastero o ambas cosas, que, aun siendo fincas registrales independientes, guardan una relación funcional que lleva consigo la lógica de que se adjudiquen conjuntamente.

Sobre estas cuestiones, se extiende la citada Resolución de 4 de diciembre de 2002 de la Dirección General de Tributos de Aragón.

Aunque no hay norma que lo disponga expresamente, parece que el mismo tratamiento de no sujeción debe aplicarse, por las mismas razones de fondo, al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si bien los ayuntamientos y la Agencia Tributaria no siempre lo entienden así.

VI. ACTIVO Y PASIVO SUBSISTENTE TRAS LA LIQUIDACIÓN

Aunque el objetivo del proceso liquidatorio es saldar todas las relaciones existentes y poner fin a la comunidad existente, es frecuente que, por una u otra razón, se omitan bienes o queden deudas pendientes, de modo que la liquidación y división quede incompleta.

Esto no anula la división realizada, sencillamente obliga a que se complete o adicione (art. 1.079 Cc.).

El tratamiento es distinto para los bienes y para las deudas:

1. En cuanto a los bienes, habrá que proceder a una adición, repartiendo los bienes antes omitidos. En ese reparto se seguirán las mismas reglas aplicables a la división. Su realización es relativamente frecuente en la práctica.

2. Por lo que se refiere a las deudas que hubieran quedado pendientes, aparecen reguladas en artículo 86, que sienta el principio de que la división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común, de modo que los acreedores pueden perseguir los bienes que habían sido del consorcio, aun habiendo sido adjudicados si dichos bienes respondían de las deudas conforme al régimen de responsabilidad del consorcio conyugal.

El cónyuge que hubiera contraído la deuda que sea de cargo del patrimonio común, o sus herederos, responderán con todos sus bienes, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal.

Ahora bien, el otro cónyuge, el que no hubiera contraído la deuda, o sus herederos, responderán solidariamente con el deudor de las deudas comunes pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Si bien, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

Por último, si como consecuencia de esos pagos resultare haber pagado un partícipe mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra los que resultasen favorecidos y en la proporción en que lo hayan sido.

Intervención de D. Francisco Javier JAVIER FORCADA MIRANDA

**LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS.
EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO PREVIO. III. EL NUEVO PROCESO JUDICIAL. IV. UN PROCESO ESPECIAL AUTÓNOMO. V. LA PREVIA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO. PROBLEMAS PRÁCTICOS. VI. LAS MEDIDAS PROVISIONALES. VII. PRESUPUESTOS DEL PROCESO. VIII. LA COMPETENCIA. IX. LEGITIMACIÓN. X. CAPACIDAD. XI. REQUISITOS DE FORMA. XII. AUTO APROBATORIO DE OPERACIONES PARTICIONALES. POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN. XIII. OBJETO DE LA OPOSICIÓN EN EL JUICIO DE LIQUIDACIÓN. XIV. IMPUGNACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN. RESCISIÓN POR LESIÓN. XV. REFERENCIA INTERNACIONAL. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Dedicada esta parte de la exposición al procedimiento judicial dentro del campo de la liquidación del consorcio conyugal aragonés, se ha de efectuar una matización previa importante. No se pretende en esta comunicación un análisis doctrinal exhaustivo de las normas procesales dedicadas a regular el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sino que se trata más bien de valorar dicho procedimiento en su vertiente práctica, detectando las ventajas e inconvenientes que ha supuesto su entrada en vigor para el operador jurídico, tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, y resaltando los puntos de conflicto o fricción que, se ha demostrado, existen.

Siendo el proceso liquidatorio de un régimen económico matrimonial, de gran importancia para las personas implicadas en el mismo, la experiencia práctica demuestra, tozudamente, que, a su vez, suele ser, fuera de los casos en que se logra un acuerdo, un proceso plagado de dificultades, obstáculos sucesivos a superar, y de final no divisible en un principio pero que se intuye largo y que es, sin duda, costoso.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha mejorado mucho la situación anterior, pero siguen existiendo graves deficiencias.

II. MARCO PREVIO

La disolución, liquidación y división del consorcio es un proceso complejo, marcado por diversas etapas que a veces se separan mucho en el tiempo. Suele suceder que, antes de interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio, la ruptura de hecho ya exista y los integrantes del matrimonio hagan vidas separadas en todos los sentidos. Pese a ello, la disolución sólo se va a producir en los supuestos legales

y, tras ella, no se impone una liquidación forzosa, ya que la misma es un acto voluntario que suele dilatarse en el tiempo. En este proceso, surge la llamada comunidad que continúa tras la disolución, cuya vida temporal no impide la realización de actos dispositivos. Solo disuelto el régimen económico matrimonial y fijado el inventario en un previo proceso incoado al efecto, cabe instar la liquidación, que culmina con una resolución judicial que no impide otro declarativo ulterior sobre las mismas cuestiones.

También es conveniente afianzar previamente algunas precisiones sobre la liquidación en Aragón.

El art. 88 establece una clara remisión al régimen supletorio integrado por las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria (vide en el mismo sentido art. 406, comunidad de bienes, y 1410, gananciales, del CC.), comunidad hereditaria a la que igualmente remite el art. 75 de la Ley 2/2003. El art. 88 es así, en materia de liquidación y división del consorcio conyugal, una clara muestra de la autosuficiencia del Derecho Aragonés frente al Código Civil. El régimen jurídico de la comunidad hereditaria al que remite la norma se contiene en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en parte y, en otra parte, en el derecho supletorio. Será preferente la aplicación de las normas aragonesas dedicadas a la comunidad hereditaria (arts. 40 a 47 y 50 a 57) y la aplicación de principios tales como el de separación de patrimonios y responsabilidad limitada del heredero.

Igualmente es importante resaltar que la regulación de la liquidación y división del consorcio conyugal en la Ley 2/2003, no se apoya en normas imperativas al ser materia regida por el principio del *standum est chartae*, con salvaguarda de los derechos de terceros.

III. EL NUEVO PROCESO JUDICIAL

La vigente Ley 2/2003, de 12 de febrero, en materia de disolución, liquidación y división del consorcio, ha evitado remisiones inciertas, ha detallado en lo necesario todas las fases e incidencias que puedan ocurrir, desde la disolución a la atribución de bienes a cada partícipe mediante la división, y ha buscado generar un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir mas que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil, tal y como expresa la propia exposición de motivos de la Ley 2/2003.

La liquidación del patrimonio consorcial comienza con el inventario ya realizado y tras la disolución del consorcio. En fase liquidatoria, los acuerdos son precisos para la práctica de operaciones divisorias y reparto del remanente. A falta de acuerdo, solo queda la practica de la liquidación y división conforme a lo previsto en la LEC (77.4 L.2/2003 y 810 LEC). Se trata de la liquidación y partición judicial. Es objeto de estudio aparte en esta mesa la liquidación concursal objeto de mención en el art. 82 L. 2/2003.

El Título II del Libro IV de la vigente LEC 1/2000 está dedicado a la *división judicial de patrimonios*, donde se dedican los arts. 782 a 805 a la *división de la herencia* y los arts. 806 a 811 al *procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*.

Si algo da peculiaridad a estos dos nuevos tipos de procesos judiciales especiales, lo es el hecho de la, en principio, simplificación procesal y de la mayor claridad y facilidad en la tramitación. El primero de ellos sustituye a los anteriores de abintestato y testamentaria (959 a 1129 VLEC) y el segundo de ellos sustituye la dispersión de normas aplicables en la materia (1392 y ss y 1410 y concordantes CC.)¹.

El vigente procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, supone dejar atrás una confusa y ambigua situación legislativa en la que las operaciones divisorias se realizaban por los trámites del juicio de testamentaria, salvo casos muy sencillos, tomando como referencia los puntos fijados en un juicio contencioso. Existía la inacabable discusión acerca de si debía acudirse a aplicar las normas del juicio universal de testamentaria o debía usarse el juicio ordinario que correspondiese por razón de la cuantía².

La propia exposición de motivos de la LEC expresa que este nuevo proceso sirve de cauce a la liquidación judicial del régimen económico matrimonial dándose repuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia.

La actual LEC regula así, ya específicamente, la liquidación de los regímenes económico matrimoniales comunitarios y el de participación, si bien, en el primer caso, si existe discrepancia en la liquidación en sentido estricto se efectúa una clara remisión al proceso especial de división de la herencia que nos avoca a una resolución ejecutiva pero que carece de eficacia de cosa juzgada (787.5 LEC).

En la vigente LEC se plantean dos posibles fases de desarrollo. Una primera en la que se práctica el inventario y se adoptan medidas de administración y disposición de bienes en tanto no se alcanza la fase liquidatoria. Las controversias acaban dilucidándose en juicio verbal cuya sentencia tiene eficacia de cosa juzgada y es apelable. La segunda fase de liquidación propiamente dicha, exige que previamente sea firme la sentencia de disolución del régimen económico matrimonial en su caso y que sea firme el propio inventario. A falta de acuerdo en el desarrollo de esta fase, se continúa el proceso en la forma prevista para la división de la herencia ex. arts. 784 y ss.

(1) La normativa precedente se radicaba en los arts. 1394 a 1410 CC. y, subsidiariamente, por remisión del art. 1410 CC., en los arts. 1051 y ss CC. (partición herencia), con mezcla de aspectos sustantivos y procesales y sin olvidar que el art. 1059 CC. derivaba al juicio voluntario de testamentaria de los Arts. 1054 y ss VLEC.

(2) La sentencia de 26 de octubre de 1999 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza entiende que en virtud el art. 1410 CC., el procedimiento declarativo ordinario no es cauce válido para la ejecución solicitada por el recurrente, sino para la fijación del inventario y las cuotas que correspondan a cada partícipe y declara que: «... En efecto, del art. 1410 CC., el art. 55.3 de la *Compilación de derecho civil de Aragón* y de la doctrina que resulta de las STS de 20-6-1987, 14-7-1994, 8-7-1995, 25-5-1996, 14-3-1997, 16-2-1998, el procedimiento declarativo ordinario no es cauce válido sino para la fijación de inventario y de las cuotas que correspondan a cada partícipe, bien a través de los llamados incidentes de inclusión o exclusión generalmente admitidos en las testamentarias, o mediante juicio declarativo autónomo, en los casos en que las divergencias en su formación se manifiesten desde el principio, pero no para llevar a cabo las operaciones particionales, que habrán de realizarse, salvo supuestos de especial simplicidad patrimonial, por los trámites de la testamentaria, partiendo de los extremos fijados en el proceso contencioso. Tal criterio se expresa con claridad en la SAP de Álava de 20-2-1996 en la que se lee «lo que no puede solicitarse de los Juzgados y Tribunales, es que desempeñen las tareas de los contadores-partidores para lo cual no disponen de las facultades jurídicas necesarias, por lo que la normal actuación de los Tribunales de Justicia deberá recaer sobre una partición ya realizada, sobre aspectos puntuales y concretos de un proyecto de partición o sobre las directrices de aquél...».

LEC., con posible nombramiento de contador y peritos y, en caso de oposición a las operaciones divisorias, tramitación vía juicio verbal cuya sentencia carecerá de eficacia de cosa juzgada pese a su ejecutividad inmediata vía art. 787.5 LEC, tal y como se acaba de señalar.

Diferente es el caso del procedimiento de liquidación del régimen de participación en sistemas de derecho común, que consta de una sola fase y que puede concluir con sentencia de juicio verbal que no estará expresamente exceptuada de eficacia de cosa juzgada.

IV. UN PROCESO ESPECIAL AUTÓNOMO

El proceso especial de liquidación del régimen económico matrimonial no tiene naturaleza de mero incidente de otro proceso. Pese a ello, se plantean problemas prácticos de cierta relevancia.

Algunos supuestos especiales pueden venir dados por el hecho de que podrían obstaculizar el planteamiento y la prosecución de este proceso especial de liquidación, acciones declarativas de nulidad de pactos o capítulos matrimoniales o la promoción de acciones declarativas para fijar cual ha sido durante el matrimonio el régimen económico matrimonial. No creo que ello fuera posible tratándose el ejercicio de acciones independientes. De hecho, una vez aprobadas las operaciones divisorias cabe su impugnación por causas de nulidad o anulabilidad propias de todo negocio jurídico, por rescisión por lesión (así está admitido a nivel de jurisprudencia), o infravaloración en la parte del impugnante; o con la finalidad de completar o adicionar la partición con nuevos elementos en ejercicio de acción imprescriptible.

V. LA PREVIA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO. PROBLEMAS PRÁCTICOS

La separación de hecho que puede prolongarse durante mucho tiempo sin que ninguna parte tramite una separación judicial, una nulidad o inste el divorcio, y, por ende, la disolución del consorcio, genera en la práctica importantes problemas, ya que carece de sentido entender que durante una larga separación de hecho permanezca el consorcio o que puedan hacerse comunes los bienes adquiridos en tal periodo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 15 de mayo de 2001, en un supuesto de compra de vivienda tras separación de hecho y antes de la sentencia de separación, declara que: «...Según la doctrina jurisprudencial, la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (sentencia del T.S. de 11-10-1999 y las que cita). En el caso de autos, la salida de la vivienda familiar de la esposa, supuso de hecho la disolución de la sociedad de gananciales, con lo que el piso que compra la demandada para habitarlo, después de la separación conyugal de hecho, no tiene el carácter de bien común... Además, la sentencia de separación no concede a la esposa pensión compensatoria, porque tiene ingresos propios, y el acuerdo judicial de separación no produce modificación en su situación económica anterior, de modo que ni siquiera es de presumir que

las 325.000 pesetas de primer pago sea dinero común... Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 24 de abril de 1999 y 27 de enero de 1998), la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. Rota pues la convivencia conyugal, con el consentimiento de los esposos, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de los límites éticos... El piso en cuanto privativo de la mujer, no es de incluir en el activo de la sociedad...». En este mismo sentido se pronuncian las SSTs 13 de junio de 1986 y 14 de marzo de 1998 entre otras.

En los casos pues, en que existe una previa separación de hecho, puede indicarse que respecto a lo que se adquiere por cada cónyuge después de tal circunstancia en el periodo de separación de hecho, se ha venido a admitir la privacidad de tales bienes y derechos, excluyéndose su consideración como consorciales. De algún modo, se retrotraen los efectos de la disolución a la fecha en que se inició la separación de hecho en lo que a ganancias y activo patrimonial se refiere, pues carece de sentido en tal periodo la regla de comunicación de los bienes ganados en ese tiempo. Tampoco es que exista en tal periodo de separación de hecho un auténtico régimen económico matrimonial de separación de bienes. No se olvide tampoco que el art. 80 obliga a incluir en el activo del inventario en la liquidación los bienes y derechos comunes que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, cese que podríamos entender se produce de hecho en algunos casos, como los relatados de previas separaciones de hecho no comunicadas al juzgado.

Actualmente en Aragón, el art. 65.1 L.2/2003, habilita al juez para fijar una fecha de disolución del consorcio en momento anterior a la fecha de la resolución en que se acuerde, por ejemplo, para el supuesto del 63.c, en que podría acordarse que la disolución pudiera fijarse desde la fecha de la efectiva separación de hecho. Sin embargo, en el art. 65.1 se mantiene de forma imperativa que en una causa de disolución de pleno derecho, como en los casos de nulidad, separación judicial y divorcio, la disolución se produce desde la firmeza de la sentencia de nulidad, separación y divorcio (95 CC)³.

Sobre el art. 65, el Preámbulo de la Ley 2/2003 advierte de las innovaciones respecto del Derecho anterior en lo referente a las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio y se refiere a «la posibilidad de que el Juez retrotraiga los efectos

(3) Algo confusa en cuanto a la aplicación del art. 65.2 de la Ley 2/2003, puede resultar la sentencia de la AP de Zaragoza de 5 de mayo de 2006, nº 286, de la sección cuarta, en la apelación contra la sentencia de inventario, cuando señala que: «...la sentencia establece en este procedimiento como fecha de disolución del consorcio el día del auto de medidas provisionales, el 12-12-03. La parte apelante considera que la fecha se ha de fijar en la de admisión a trámite de la demanda de separación, el día 12 de septiembre de 2003, en base al art. 65 p 2 de la Ley aragonesa 2/2003. El precepto mencionado regula el momento de eficacia de la disolución y establece que en los casos de disolución de pleno derecho que requieren decisión judicial, la disolución se produce desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde. El párrafo segundo del precepto establece la posibilidad de retrotraer los efectos de la disolución al momento de admisión a trámite de la demanda. La fecha solicitada, al momento de admisión a trámite de la demanda, no es la fecha establecida como regla general en el párrafo primero, sino que es una facultad a reflejar en la resolución en que se acuerde la disolución. En base al precepto mencionado, se considera que no es esta la resolución donde se puede fijar la fecha solicitada por la parte apelante, por lo que el recurso ha de ser desestimado....».

de la disolución hasta el inicio de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio». Así, el art. 65.2 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad dispone que: «En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros».

La previsión del art. 65.2 de que el juez otorgue efectos retroactivos a la disolución hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda es novedosa, siempre con salvaguarda de los derechos adquiridos por terceros, como en casos similares se prevé en los arts. 12 y 15.3. Lo que sucede, en estos supuestos, es que durante la pendencia del proceso no se van a hacer comunes los frutos y rendimientos de bienes privativos ni las adquisiciones o ingresos de los esposos al no estar ya vigente el consorcio, cuya disolución no será oponible a terceros de buena fe en la forma que el precepto indica. Es clave la constancia en el Registro de la Propiedad de la disolución del consorcio a estos efectos (vide SAPZ 499/2000 de 17 de julio de 2000)⁴.

VI. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Ante la perspectiva de un proceso largo, de devenir incierto y plagado de obstáculos procesales, es necesario en todo proceso liquidatorio la posibilidad de adopción de medidas de cautela.

Señala el novedoso art. 64 de la L. 2/2003, de 12 de febrero, sobre medidas provisionales, que *admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.*

Se trata de precepto coincidente, en lo sustancial, con el art. 808 y 809 LEC.⁵, que, además, regula en Aragón la posibilidad de adopción de medidas provisionales, ya

(4) Sobre la aplicabilidad y sentido del art. 65.2, la STSJ Aragón de 8-7-2005, rec. 3/2005, desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada por la AP en autos de liquidación de régimen económico matrimonial toda vez que, vigente la Compilación en el momento de interposición de la demanda de inventario y liquidación, no podía aplicarse el art. 65,2 de la Ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, como sostenía el recurrente, contra lo que habían hecho el juzgado y la AP, pero el TSJ señala que, pese a ello, resultaba innecesario decretar retroacción alguna por el carácter indiscutible de la consorcialidad de los bienes y porque ya habían sido tomadas a su tiempo las oportunas medidas. Se viene a recalcar que cuando las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales las que, a su vez, se convierten o son sustituidas por las definitivas que se adopten en la sentencia de primera instancia, que igualmente pueden convertirse o ser sustituidas por las medidas firmes que puedan acordarse por la Audiencia, en el supuesto de haberse interpuesto recurso de apelación, ello puede suponer que la consorcialidad de determinados bienes ya se haya fijado, por ejemplo, en fase de previas, y desde ese momento, al que la confirmación de medidas en posterior sentencia firme de divorcio o separación, supone de hecho ya una retroacción de efectos.

(5) La terminología es muy similar pues la Ley aragonesa se refiere a reglas de administración y disposición de bienes comunes y la Ley Rituaria a la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario en un caso, y de los bienes comunes en el otro, dentro del mismo art. 809 LEC.

que el proceso matrimonial o de disolución aun no ha concluido y no se sabe si se estimara o no la demanda. Solo firme la resolución que declare disuelto el consorcio, ex 810 LEC., y concluido el inventario, cabría la posibilidad de instar la liquidación.

Esta previsión de adopción de medidas provisionales que se coordina muy bien con los arts. 808 y 809 del CC. y 103 del CC., cubre la posibilidad de solicitar la formación de inventario y fijación, en caso de desacuerdo, de medidas de administración y disposición de bienes. De hecho, la sentencia de inventario, ex. art.809 LEC. dispondrá, además de fijar el inventario, lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

La previsión del art. 809.1.cuarta de la LEC de que concluido el acto del inventario, se resuelva, en el mismo día o en el siguiente, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes del inventario, puede implicar la adopción de medidas tendentes a la conservación provisional del patrimonio conyugal, del tipo de depósitos o administraciones, indisponibilidad de depósitos bancarios, atribución de uso de muebles o inmuebles, gestión de negocios familiares, atención de cargas tipo pago hipotecas e impuestos y realización de créditos, incluso aplicando por analogía medidas previstas para la administración del caudal hereditario en el correspondiente proceso especial. La adopción de estas medidas implicara la forma de Auto⁶.

Igualmente las medidas citadas pueden venir ya adoptadas en el propio proceso de medidas provisionales previas y coetáneas que exista.

No se olvide que toda petición de formación de inventario se enmarca como acto preparatorio del enjuiciamiento y, por lo tanto, como acto de naturaleza cautelar. La solicitud de inventario puede ser coetánea a la tramitación del proceso principal donde se ha de decretar la disolución del régimen. La novedad de la LEC en esta materia radica en que ha clarificado y sistematizado la cuestión extensible a toda clase de regímenes matrimoniales.

Sobre medidas de administración y disposición de bienes comunes, a falta de acuerdo, durante la vigencia de la comunidad postconsorcial, existe una referencia al proceso adecuado en el art. 72 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, dentro de la regulación de la citada comunidad post consorcial. En estos supuestos, y en caso de procesos matrimoniales, el juez se pronuncia sobre las medidas y la referencia lo sería a los arts. 774.3, 774.4, 806, 808.1, 809 y concordantes, e, incluso, aunque no se trate ya de medidas provisionales, podría resultar aplicable el art. 64. en esta situación en la que es aplicable también el art. 53 L. 2/2003 a las disposiciones onerosas de bienes comunes por un solo cónyuge siendo necesario el consentimiento de ambos, sin olvidar el art. 55 L. 2/2003 en cuanto son nulas de pleno derecho las donaciones de bienes comunes realizadas por uno solo de los cónyuges.

(6) No se descarta en sistemas de derecho común la aplicación de las previsiones del art. 795 LEC por la remisión del 1410 CC. y de los arts. 730 y ss LEC sobre medidas cautelares.

VII. PRESUPUESTOS DEL PROCESO

El proceso especial de liquidación del régimen económico matrimonial, requiere la concurrencia de un triple presupuesto: Un matrimonio, un régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, y la inexistencia de acuerdo entre los cónyuges⁷.

En el caso de las uniones de hecho o derecho, parece que sería aplicable el proceso verbal u ordinario que por la cuantía procediera. La competencia objetiva de los Juzgados de Familia se debería ampliar en un futuro próximo a las cuestiones patrimoniales derivadas de la ruptura de estas uniones, con o sin hijos, tramitándose los procesos por los mismos cauces, provisionales y definitivos, de las rupturas matrimoniales⁸.

(7) Sólo en defecto de acuerdo cabe el recurso al proceso especial. No parece posible la vía de acudir a un simple expediente de jurisdicción voluntaria, pues la intervención judicial ha quedado limitada a los supuestos de falta de acuerdo. Conforme dispone el art. 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes pueden liquidar de forma voluntaria, sin intervención alguna del Juzgado y sólo en defecto de acuerdo entre los cónyuges, se llevara a cabo por los nuevos trámites de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo tener presente las partes que la liquidación de la sociedad económica conyugal hecha por acuerdo de forma voluntaria, si existen bienes inmuebles, tendrá que llevarse a cabo en Escritura Pública. Por lo indicado no procede la invocación de los arts. 517, 538,549 y 777.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra cosa es que se presente una demanda contenciosa que después derive en ulterior acuerdo de las partes o que, a efectos prácticos y de economía procesal, se admitan este tipo de demandas presentadas de mutuo acuerdo y tendentes a aprobar un convenio previamente redactado por las partes.

(8) Si se tratase, por ejemplo, de unión de hecho sin hijos que pretendiera recurrir a este proceso especial, previamente se daría una clara falta de competencia objetiva del juzgado de familia. La demanda se apoyaría en materia totalmente ajena a la competencia propia de este tipo de juzgados. Es de aplicación el R. D. 1322/1981, la L. O. 6/1985 y el art. 46 y concordantes de la LEC. La Ley Rituaria deja fuera de la competencia de los juzgados de familia el conocimiento de la resolución de las crisis en uniones de hecho, homo o heterosexuales, cuando no existan hijos menores de edad y ni de las normas de reparto se infiere tal competencia. Otra cosa es que en las normas de reparto de los juzgados de Zaragoza se acordase repartir a la jurisdicción de familia las liquidaciones de patrimonios de uniones de hecho o derecho cuando existen hijos menores. Sobre la competencia de los Juzgados de familia para conocer de estos procesos especiales, en las conclusiones del encuentro de jueces y abogados de familia que sobre la incidencia de la ley de enjuiciamiento civil en los procesos de familia tuvo lugar en Madrid los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2003, se señala que *sólo conocerán de liquidaciones cuando la disolución del régimen económico matrimonial se haya acordado por Sentencia de Separación, divorcio o nulidad, o cuando quien lo solicite sea uno de los cónyuges. El Juzgado competente será el que hubiera dictado el pronunciamiento en que se hubiera declarado la disolución. Si iniciada la liquidación, fallece un cónyuge, o si hubiera fallecido uno de los cónyuges, se admitirá la sucesión procesal de los herederos, siempre y cuando exista una resolución judicial previa de un procedimiento matrimonial que afecte a los cónyuges. También será competente el Juzgado de Familia siempre que exista régimen de separación de bienes, o estando en el régimen de participación, existan bienes en pro indiviso entre los cónyuges incluidas las liquidaciones que provengan de capitulaciones matrimoniales derivadas de una crisis conyugal que tenga una resolución judicial en un procedimiento de separación, divorcio o nulidad. La liquidación del régimen económico matrimonial proveniente de unos capítulos matrimoniales que no estén asociados a un procedimiento judicial de separación, nulidad o divorcio corresponderán por reparto ordinario al Juzgado de 1ª Instancia. En mi opinión, si existe separación de bienes, no cabría que la jurisdicción especial de familia, tuviera competencia, en estricta aplicación del art. 806 LEC., pues si se tratase de liquidar bienes concretos, no cabría aplicar normas procesales de liquidación de un régimen matrimonial que está previsto solo para liquidar regímenes y, en concreto, sólo algunos regímenes económico matrimoniales.*

El factor clave de que exista un régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, para poderse recurrir al proceso especial, no siempre es claro.

Puede propiciarse una interpretación extensiva que abarque comunidades por cuotas abstractas, germánica y de tipo romano. La exigencia de que existan *cargas y obligaciones* no parece pueda condicionar la aplicación del proceso especial y que exista una *masa de bienes* parece referirse a numerosos bienes cuando a veces el único bien a liquidar es un piso.

No parece haber duda de la aplicación del proceso especial a regímenes de gananciales, al de la comunidad de bienes del derecho civil catalán, al consorcio aragonés, al régimen de conquistas navarro o al sistema de comunicación de bienes del País Vasco. Cabrían igualmente en este cauce liquidaciones de regímenes convencionales que prevean la existencia de patrimonio común y los propios de derecho extranjero.

El problema puede venir por la existencia de sistemas de separación de bienes que permiten la existencia de bienes comunes afectados al levantamiento de cargas o que coexisten con la cotitularidad de bienes. Un sistema de separación de bienes puro es equivalente, en cierto sentido, a un no régimen y por ello no se aplicaría este proceso especial visto el tenor del art. 806 LEC. Sin embargo, la realidad social hace que frecuentemente coexista el sistema de separación de bienes con la adquisición de bienes en común y en régimen de proindivisión. A estos bienes sí les podría ser aplicable la noción de masa común de bienes sujeta a determinadas cargas y obligaciones. Sin embargo, en estos casos, no se liquidaría el régimen económico matrimonial de separación de bienes sino solo los bienes comunes de los cónyuges y por ello no parecería aplicable el procedimiento especial procesal de liquidación.

Respecto al requisito de la falta de acuerdo y pese a la ausencia de regulación procesal, por efectos prácticos la doctrina mayoritaria viene acogiendo la admisión de la posibilidad de una solicitud de mutuo acuerdo, debiendo las partes ratificar su voluntad consensuada en la comparecencia ante el Secretario para que acto seguido se dicte Auto aprobando el acuerdo con la eficacia de transacción judicial.

Faltando acuerdo entre las partes, puede acudir a este proceso especial de la LEC en casos de disolución por acuerdo de las partes que luego sin embargo no logran para dividir y liquidar y también en casos de muerte de uno o de los dos esposos, siempre a falta de acuerdo de los implicados.

VIII. LA COMPETENCIA

La fija el art. 807 de la LEC. La competencia funcional se fija para el juzgado del pleito matrimonial o el de declaración de la extinción del régimen. Es una regla especial de competencia que se establece de forma indisponible como fuero obligatorio, no susceptible de alteración por sumisión expresa o tácita y que el juez ha de examinar de oficio⁹. La normativa vigente marca, en todo caso, una clara vinculación al

(9) Este precepto novedoso puso fin a los contradictorios pronunciamientos de las SSTS de 8 de marzo de 1993 y de 2 de junio de 1994 que cuestionaban la competencia de los juzgados de familia en

órgano que ha decretado la disolución del régimen económico matrimonial sin que por ello el proceso especial tenga naturaleza de mero incidente de otro proceso.

Ya se ha indicado que mucho se discutió en su momento a nivel de jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales sobre la competencia de los juzgados de familia para tramitar este tipo de acciones antes de la vigente LEC. La respuesta afirmativa que prevaleció es coherente, entonces por motivos de oportunidad y ahora ya con apoyo legal.

No parece sin embargo ajustado a derecho que determinadas normas de reparto de algunas ciudades den competencia a los juzgados de familia contra las previsiones legales vigentes. Así, la norma IV de las clases de reparto entre juzgados de familia, dentro de las normas de reparto de asuntos del decanato de la ciudad de Zaragoza, en su clase 11^a señala que es competencia de los juzgados de familia *la liquidación del régimen económico matrimonial o de la comunidad de bienes de la pareja estable o de hecho con hijos, cuando no corresponda su conocimiento por antecedentes*¹⁰.

esta materia en función del carácter excluyente de sus atribuciones. Ello sentado cabe hacer algunas precisiones entre juzgados ordinarios y juzgados de familia. Habría que señalar que los juzgados de familia sólo conocen de liquidaciones cuando la disolución del régimen económico matrimonial se acuerda por Sentencia de separación, divorcio o nulidad. El Juzgado competente será el que hubiera dictado el pronunciamiento en que se hubiera declarado la disolución. En tales casos y si iniciada la liquidación, fallece un cónyuge, o si hubiera fallecido uno de los cónyuges, se admitirá la sucesión procesal de los herederos, siempre y cuando exista una resolución judicial previa de un procedimiento matrimonial que afecte a los cónyuges. En los casos de disolución por muerte de uno de los cónyuges, basta una lectura de los arts. 807 y 808 LEC para concluir que en la nueva regulación de la LEC no está contemplado el supuesto de disolución por fallecimiento a estos efectos ya que en tales circunstancias, obviamente no aparece determinado el Juzgado competente ni pueden existir actuaciones judiciales previas sobre la concurrencia o no de la causa de disolución. Por tanto, la competencia objetiva la tendrán los juzgados de 1.^a Instancia, y en cuanto a la territorial habrá que estar, a lo señalado en el art. 50 LEC. Así, la liquidación de un régimen económico matrimonial proveniente de unos capítulos matrimoniales que no estén asociados a un procedimiento judicial de separación, nulidad o divorcio, corresponde por reparto ordinario al Juzgado de 1.^a instancia. Por consiguiente, en cualquier caso, se ha de tener en cuenta que tanto las causas de disolución del consorcio previstas en el art. 62 L. 2/2003, como todas las recogidas, a petición de uno de los cónyuges, en el art. 63, darían lugar al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial regulado en los arts. 806 a 810 LEC, pero reservándose el conocimiento y competencia objetiva de ese procedimiento a los Juzgados de Primera Instancia, dado, que, se insiste, los de Familia sólo conocerán de los procesos de liquidación derivados de los de separación, nulidad o divorcio en los que se haya acordado la disolución del régimen económico matrimonial.

(10) En el encuentro de jueces y abogados de familia: incidencia de la ley de enjuiciamiento civil en los procesos de familia que tuvo lugar en Madrid, los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2003 y sobre la materia relativa a Competencia objetiva y territorial de los Juzgados de Familia se concluyó que: «...El Consejo General del Poder Judicial debería articular las medidas necesarias para evitar en lo posible la existencia de diferencias entre los distintos Juzgados, en cuanto a la atribución actual de asuntos en materia de familia, provocado por la no coincidencia de las atribuciones realizadas bien por el Real Decreto de 3 de julio de 1981, bien por acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, o bien por normas de reparto de las Juntas de Jueces. Se conseguiría así una mayor uniformidad en el ámbito de la competencia objetiva y un equitativo reparto de la carga de trabajo. También se debería evitar que por las Juntas de Jueces se alteren o modifiquen las competencias previamente delimitadas y definidas por el Consejo General del Poder Judicial. Sobre la Atribución de asuntos por normas de reparto se concluyó que: «...Mientras no se establezca el orden o suborden Jurisdiccional de Familia, el Consejo General del Poder Judicial, debería articular las medidas y las reformas reglamentarias necesarias para que en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, en los de Primera Instancia y en las Secciones no especializadas de las Audiencias Provinciales, se atribuya el conocimiento de los asuntos relativos a fami-

Otro supuesto posiblemente complicado de resolver es aquel en que son distintos los juzgados que han decretado la separación, la nulidad y el divorcio, planteándose entonces la competencia para el juzgado que resolvió el primero de los litigios o para el juzgado que optativamente se elija. Acudir al primero que, por ejemplo, decretó la separación, puede ser gravoso para las partes que carecen ya de conexión territorial alguna con tal juzgado y acudir ante un juzgado de elección dentro de los que han dictado un pronunciamiento que recoja el art. 807 de la LEC puede ser beneficioso para las partes por conexión territorial y apoyarse siempre la competencia en una clara falta de realización efectiva de la liquidación.

Otro caso peculiar a señalar sobre competencia es el relativo a que dado que la sentencia de liquidación no va a tener eficacia de cosa juzgada, la competencia territorial para dilucidar un ulterior juicio declarativo se regirá por las normas generales del art. 50 LEC, existiendo serias dudas acerca de si el juzgado de familia que, por ejemplo, dictó la resolución del art. 787.5 LEC, debe o no ser competente para conocer del juicio declarativo posterior. Es un debate abierto.

En esta línea, problemas de competencia pueden plantearse también en la fase final de la adjudicación de bienes cuando esta se hace en partes indivisas, siendo la opinión mas acertada la que considera que una futura acción de división de cosa común debería resolverse por el mismo Juzgado de Familia que hubiera conocido de la liquidación, bien adjudicándose la titularidad del bien uno de los cónyuges con obligación de abonar al copartícipe el numerario que le corresponde, o bien se procediéndose a la venta en pública subasta del bien. La economía procesal parece evidente. Por el contrario, cabe pensar que si el pro indiviso se hubiera constituido por las partes en convenio que incluyera la liquidación, la acción de división se habría de instar entonces por las partes a través del correspondiente juicio declarativo ante los Juzgados de 1ª Instancia.

IX. LEGITIMACIÓN

La legitimación para promover la liquidación y división, de la que carecen los acreedores, la tienen los cónyuges o partícipes en el patrimonio consorcial. Partícipe lo es el heredero del cónyuge premuerto, pero también lo es el fiduciario (vide 140 Ley de sucesiones) y el contador partidador en los términos del art. 77 L. 2/2003. Las referencias a cualquier partícipe comprenden a cualquiera de los herederos de una y otra parte. Sobre legatarios y adquirentes intervivos de la cuota que en la comunidad

lia y persona en un solo órgano judicial (o varios si fuera necesario) y a una sola sección de la Audiencia Provincial, sin perjuicio de que se complete la carga de trabajo con los demás tipos de asuntos cuando no se alcance la necesaria sólo con los de familia y persona. Se pone de manifiesto la necesidad de que se dicten normas de reparto con carácter general para todos los Juzgados de Familia, que además de tener en cuenta los antecedentes, respondan a criterios objetivos y equitativos, compensando en caso necesario a los Juzgados de mayor antigüedad con los Juzgados de nueva creación. Igualmente en tales jornadas se acordó instar de los poderes públicos para que se regulen las parejas de hecho a nivel del Estado y se concluyó que la competencia objetiva de los Juzgados de Familia se debería ampliar a las cuestiones derivadas de la ruptura de estas uniones, con o sin hijos, tramitándose los procesos por los mismos cauces, provisionales y definitivos, de las rupturas matrimoniales.

postconsorcial correspondía al cónyuge sobreviviente o a algunos de los herederos del cónyuge o cónyuges fallecidos, me remito a la ponencia de Adolfo Calatayud que aborda en detalle el tema.

En el sistema de Derecho común, el proceso especial de liquidación del patrimonio común no regula de forma expresa la intervención de los herederos ni la de los acreedores. La legitimación de los herederos de cualquiera de los cónyuges deriva o se conecta con el proceso matrimonial precedente (caso de sucesión procesal ex 16 LEC siempre que ya hubiera recaído sentencia en la instancia, fuera o no firme) o con el ejercicio principal de la acción de partición de la herencia. Sobre los terceros acreedores, se admite su indirecta legitimación para incitar la acción liquidatoria, por la vía de la tutela efectiva del art. 24 CE y su concreción en el 541.3 LEC con amplia referencia bienes comunes y pueden intervenir en el procedimiento liquidatorio vía 782.5 LEC por remisión a las normas de la liquidación de la herencia (1410 CC y 810 LEC). En Derecho Aragonés, le son aplicables las previsiones del art. 86 L. 2/2005 y art. 55 L. 1/1999.

La omisión en el proceso especial de liquidación del régimen económico matrimonial a los acreedores, puede derivar en reputarles extraños a la relación familiar propia de dichos regímenes, pero dado que la fase liquidatoria tiene un marcado matiz económico y que se deben proteger derechos legítimos de terceros, está justificada de sobra su presencia en el proceso precisamente al solo efecto de la defensa legítima de sus intereses. Algún autor recurre incluso, para dar entrada en este proceso a los acreedores, a la figura de la intervención procesal voluntaria del art. 13 de la LEC.

X. CAPACIDAD

El art. 78 de la L. 2/2003 va referido a la capacidad en los casos de liquidación y división voluntaria con cónyuges incapacitados o partícipes en igual situación o menores de edad, con remisión a las previsiones de los arts. 51 y 52 de la L. 1/1999 referidos a particiones con menores de 14 años o incapacitados y con mayores de 14 años. Tampoco hay que olvidar la vigencia del art. 5 de la Compilación y la regulación de la capacidad para ser parte y procesal que regulan los arts. 6 y siguientes de la LEC.

XI. REQUISITOS DE FORMA

La solicitud de inventario y de liquidación debe ajustarse a la forma requerida para la demanda ordinaria. No basta la presentación de un mero escrito o la petición por otrosí en escritos de demanda o contestación de proceso matrimonial.

La LEC introdujo la novedosa previsión de la necesidad de acompañar con la demanda una propuesta de inventario. Este dato ha sido muy alabado por la doctrina con referencia al sistema anterior. Igualmente se deben acompañar los documentos justificativos de las diversas partidas. La no aportación no precluirá la prueba pero el cumplimiento de la medida evitara engorrosos incidentes posteriores. Caso de que se carezca de documentos sobre determinados bienes muebles, inmuebles, cuentas ban-

carias, acciones, fondos, etc. se puede acudir a las diligencias preliminares del art. 256 y ss., y tampoco cabe descartar la prueba anticipada de los arts. 293 y ss. y la facultad de poder acudir al art. 328 LEC sobre el deber de exhibición de documentos entre partes.

La LEC exige la postulación por medio de Abogado y de Procurador (23 y 31 LEC.). Estos profesionales pueden ser distintos a los usados en el pleito matrimonial. No se requiere la intervención del Ministerio Fiscal, fuera de casos típicos de concurrencia de menores, incapaces y ausentes.

Respecto a la presencia de las partes en las comparecencias previstas ante el secretario o en el juicio, cabe decir que el nuevo procedimiento liquidatorio del régimen económico matrimonial, participa de la naturaleza de los procedimientos típicos de familia en los que el legislador ha optado acertadamente por exigir la presencia directa de las partes en los arts. 770.3 y 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presencia obligada que literalmente impone el art. 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en la comparecencia ante el Secretario como ulteriormente, en caso de controversia, en la vista que continua la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal ex arts. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en adelante. No se trata de un juicio verbal que deba ajustarse a las prescripciones de los arts. 437 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no existir demanda alguna, sino de una continuación de la comparecencia ya iniciada ante el Secretario que posibilite la proposición de medios de prueba ajustada al juicio verbal en el que las partes deben comparecer por sí mismas, si lo que se realiza es la continuación en vista pública de la inicial comparecencia seguida ante el Secretario judicial, siendo notorio que una incomparecencia personal injustificada de cualquier parte daría lugar a presunción legal de conformidad con el inventario propuesto de adverso.

La liquidación propiamente dicha, integra la segunda fase del proceso liquidatorio. El inicio de esta fase exige la firmeza de la resolución que declara disuelto el régimen económico matrimonial y la previa conclusión del inventario, ya por acuerdo ya por sentencia definitiva firme recaída en el juicio verbal. El documento esencial a aportar en esta fase lo es la propuesta de liquidación que debe ir documentada pese a que la LEC no lo diga ahora expresamente. La comparecencia ante el secretario para la liquidación es similar a la previa comparecencia para fijar el inventario, con la prevención de que si alguna parte no compareció en el inventario se la ha de emplazar ahora en legal forma con citación personal y con los apercibimientos de poder ser tenido por conforme por la propuesta de liquidación de la parte que sí comparezca.

En caso de desacuerdo, la continuación de los trámites de la división y adjudicación se ajusta a las reglas previstas para la liquidación de la herencia en los arts. 784 y ss LEC. La sentencia que se dicte no produce cosa juzgada y posibilita un juicio ordinario posterior que puede asegurar el enjuiciamiento definitivo de cuestiones de especial complejidad que no hayan podido abordarse a fondo en el procedimiento liquidatorio.

Sobre el objeto del posterior juicio declarativo, se lee en las conclusiones del Seminario «Encuentro de jueces y abogados de familia: incidencia de la ley de enjuiciamiento civil en los procesos de familia», que tuvo lugar en Madrid en Noviembre de

2003, que: «...en ese posterior juicio que pueda tener lugar, una vez que por las partes no se acepte la liquidación contenida en el cuaderno particional, no se podrá volver a discutir sobre el inventario que se hubiera aprobado por Sentencia o por acuerdo alcanzado entre las partes. El objeto de ese procedimiento quedará reservado a discrepancias sobre valoración o adjudicaciones de bienes. El juicio ordinario de impugnación del cuaderno particional quedará abierto a todos los extremos del cuaderno solo cuando el inventario haya sido aprobado con la ausencia de uno de los cónyuges. En caso de ser necesaria la inclusión complementaria de bienes en el activo o deudas en el pasivo, se habrá de iniciar en relación con esos bienes un nuevo procedimiento de liquidación comenzando por la fase de inventario ante el mismo Juzgado que hubiera conocido la anterior».

XII. AUTO APROBATORIO DE OPERACIONES PARTICIONALES. POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN

Sobre la ejecutabilidad de resoluciones judiciales que aprueben liquidaciones, en estos casos, la vigente regulación de la materia en los arts. 809 y 787 y 788 y concordantes de la NLEC implica según el caso la ejecución tanto de Autos como de sentencias, que aprueben cuadernos particionales, ya con o oposición o sin oposición. Siempre debería llegarse al cumplimiento de resoluciones judiciales que ordena por ejemplo en caso similar el art. 788 de la NLEC y la postura contraria llevaría al absurdo, siendo evidente que la mera declaratividad del Auto aprobatorio de un cuaderno particional, no se entiende si no se observa que suele ser la ejecución de una sentencia firme.

Cuando se opone a la ejecución el carácter declarativo de una resolución judicial que sirvió de título a la ejecución, cual era el caso de una Auto que se limitaba a aprobar las operaciones particionales, señala el Auto nº 726 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 15 de diciembre de 2004 que: «...Pues bien, como decíamos en nuestro Auto 147/2002, es cierto que el art. 521 LEC 2000 dispone la inejecutabilidad de las sentencias meramente declarativas y de las constitutivas. Por lo que se refiere a las sentencias meramente declarativas, doctrina y jurisprudencia entienden por tales aquellas que se limitan a la constatación de una situación jurídica preexistente, dotándola de firmeza jurídica (STS núm. 583/1998, de 11 de junio), y para llevar a cabo tal calificación es preciso atender a lo que efectivamente haya sido objeto del proceso, de ahí que haya que tener en cuenta no sólo el fallo, sino también la fundamentación que lo precede, y la pugna entre la literalidad y esencia del fallo ha de ser decida a favor de esta última (SSTS 92/1988 [RTC 1988/92] y 189/1990 [RTC 1990/189]). Sin duda es por ello que el art. 571 LEC 2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001, 1892) viabiliza la ejecución dineraria en todo supuesto en el que “directa o indirectamente” resulte el deber de entregar una cantidad líquida de dinero, y el art. 701 LEC 2000 la de entregar cosas cuando del título ejecutivo “se desprenda” el deber de entregar una cosa mueble cierta. En el presente caso, como queda dicho más arriba, la aprobación del acuerdo particional impone la entrega de lo adjudicado, por lo que el acuerdo aprobatorio no puede ser tenido como meramente declarativo a los efectos ahora pretendidos...».

XIII. OBJETO DE LA OPOSICIÓN EN EL JUICIO DE LIQUIDACIÓN

En el marco de los artículos 810.5, 785 y siguientes y 787.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando se trata de resolver la oposición efectuada por una parte al trámite de la partición efectuada por el contador partidador, conviene recordar como la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 1996 ya destaca que, con referencia al antiguo art. 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuando existe una partición efectuada por contador dirimente, el juicio a que se refiere el art. 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo puede tener por objeto su impugnación en lo que los interesados disientan, no siendo un juicio autónomo e independiente del procedimiento particional que venía tramitándose, siendo la partición en cuestión, la única que puede ser impugnada por los disidentes, y la única que ha de prevalecer, bien con las rectificaciones de las irregularidades denunciadas que hayan quedado probadas, bien en su forma originaria si no las hubo. Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1995 ya indicaba que el juicio del art. 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente. No cabe pues, en este tipo de procesos, plantear cualquier cuestión, sino solo aquellas que se ajusten a lo expuesto por el contador, caso por ejemplo, de que se impugnen valoraciones por ser inexactas o arbitrarias, no respetarse preferencias de adjudicación o violarse los criterios de igualdad en las cuotas. Recalcar, además, que el proceso valorativo de la prueba pericial está solo sujeto a las reglas de la sana crítica, según el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, de lo que se infiere que nada impide al juez apartarse del criterio pericial y su resultado, razonando debidamente el disenso, toda vez que debe fundamentarse toda resolución judicial.

XIV. IMPUGNACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN. RESCISIÓN POR LESIÓN

Suelen sistematizarse las posibles causas de impugnación en tres bloques: ineficacia por las mismas causas de ineficacia de los contratos, rescisión por lesión e ineficacia por fraude de acreedores. El primer bloque cubre los supuestos de nulidad absoluta y los de anulabilidad y el tercer bloque la acción rescisoria por fraude de acreedores. En cuanto al segundo bloque, tras la liquidación, división y adjudicación de bienes, no suele cuestionarse la posibilidad de una rescisión por lesión cuando proceda¹¹.

(11) Ya señalé en la ponencia La Vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial de los decimocuartos encuentros del Foro de Derecho aragonés, que: «...las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 de enero de 1993, 8 de marzo de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 16 de febrero de 1998, consideran que, por ejemplo, en el caso de una liquidación y adjudicación de bienes practicada en el convenio regulador del juicio de separación matrimonial, no existe una transacción, con lo que no hay pues ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a la rescisión por lesión según el artículo 1074 del Código Civil, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial. En Aragón, este criterio parece estar vigente, pues las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fechas 19 de enero de 2000, 24 de julio de 2000 y 29 de febrero de 2000, entre otras, asumen que, como indica la primera de las citadas, las operaciones particionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas, por las causas comunes a todos los negocios jurídicos y, además, por la especial rescisión que el Código regula, bien por omisión de bienes, bien por infravaloración

Nuevamente, en este punto, vuelvo a señalar que en el Derecho Civil de Aragón, la solución debe tener presente las peculiaridades de este territorio a la vista de la vigencia del principio de libertad de pacto y de regulación (STSJA 5 de octubre de 1998), y a la vista de la tradicional libertad de los cónyuges para hacerse donaciones y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (arts. 3 y 17.2 de la Ley 2/2003). En Aragón, al margen de las remisiones supletorias que a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria se hacen en los arts. 75 y 88 de la Ley 2/2003, existe la posibilidad de que el patrimonio consorcial se liquide y divida por los cónyuges mediante acuerdo unánime (hecho lógico si solo hay dos partícipes), conforme al art. 77 de la Ley 2/2003, permitiendo el art. 85 de la misma norma, la división del caudal remanente por mitad o en la proporción y forma pactadas, y ello, frente a los arts. 1.344 y 1.404 del CC., que parece obligar a dividir por mitad y que apoyan la posibilidad de la acción de rescisión por lesión. Así, en Aragón, una posterior acción de rescisión por lesión de un cónyuge contra el otro, no parecería casar muy bien con la aludida libertad de pacto, siempre teniendo en cuenta los límites del *Standum est Chartae*. Lo decisivo es atender a la voluntad de las partes y respetar una división no igualitaria si así lo han decidido libre y conscientemente. Por supuesto, la liquidación y división pactada no afectaría a los derechos de los terceros ni a las acciones que quisieran ejercitar, ni la división del caudal modifica la responsabilidad por deudas que corresponda a los patrimonios privativos o al común. No parece que existiera obstáculo, por ejemplo, a que los acreedores personales de los cónyuges pudieran solicitar la rescisión de la partición por motivos legales. La conclusión debería ser la de la dificultad de pensar en la viabilidad de una acción de rescisión en Aragón, en estos supuestos indicados, sin negar que puedan darse casos de aplicación de tal acción, por lo demás, renunciable.

XV. REFERENCIA INTERNACIONAL

Los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio es una cuestión de máxima actualidad dentro de la Unión Europea dadas las consecuencias que para el ciudadano europeo que se mueve libremente en un espacio sin fronteras tiene tal hecho respecto a los regímenes matrimoniales.

Un estudio previo encargado por la Comisión Europea en el año 2002 ya evidenció que más de 5 millones de extranjeros, nacionales de Estados miembros, vivían en un Estado miembro de la Unión distinto del propio, mientras que el número de extranjeros no ciudadanos de la UE afincados en la Unión rondaba en el año 2000 los 14 millones de personas. Este estudio cifraba en unos 2,5 millones el número de inmuebles situados en Estados miembros diferentes del de la residencia de los cónyuges propietarios.

de los mismos, y ello con cita de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14, de 18 de Enero de 1999 AP Madrid 18-01-99, del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1978, de 11 de Junio de 1983 y 16 de Febrero de 1998 TS 1ª 16-02-98. Así, una operación particional puede ser impugnada por las causas comunes a otros negocios (como la nulidad y la anulabilidad), y por rescisión por lesión, acción con plazo de ejercicio de 4 años, o por omisión de bienes para completar la liquidación, acción que es imprescriptible...».

En este marco ha sido muy importante la emisión de un Libro Verde en fecha 17 de julio de 2006 por la Comisión Europea sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo. Dicho Libro Verde abre una amplia consulta sobre las cuestiones jurídicas que se plantean en un contexto internacional en materia de regímenes matrimoniales y de efectos patrimoniales de las otras formas de unión en un campo en el que parece que se requeriría la adopción de normas legislativas a nivel comunitario. No se olvide que la materia de los regímenes matrimoniales regula tanto los efectos patrimoniales resultantes de la disolución del matrimonio como los nacidos en el transcurso de la relación matrimonial. Así pues, durante la vida en común, las deudas derivadas de actos comunes o individuales de los cónyuges deben imputarse al patrimonio común o individual de éstos, con el fin de repartir la carga entre ellos y frente a terceros.

Tal y como se refleja en el citado Libro Verde, la materia de los regímenes matrimoniales está excluida de los instrumentos comunitarios adoptados hasta ahora y el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 14 de marzo de 1978 sólo ha sido ratificado por Francia, Luxemburgo y los Países Bajos (cuenta también con la firma de Austria y Portugal). Por ello la Comisión se ha decidido ahora, en cumplimiento del Plan de Acción de Viena de 1998, del programa de La Haya de 2004 y del Plan de Acción de junio de 2005 a abordar la cuestión fundamental de las normas de conflicto de leyes, cuyo ámbito de aplicación (de las normas de conflicto de leyes) podría potencialmente cubrir un amplio abanico de cuestiones (la validez de los contratos, la liquidación y el reparto del patrimonio, etc.). Ello es así al no contemplarse en la Unión en este momento la armonización de normas sustantivas.

El Libro Verde plantea igualmente abordar la cuestión de la competencia jurisdiccional para garantizar la coherencia entre las futuras normas y las que regulan los procesos judiciales en materia de divorcio y sucesiones así como el papel y la competencia de las autoridades no judiciales, así como la del reconocimiento de los documentos y actos extrajudiciales dimanantes de estas autoridades. Se señala en el Libro Verde igualmente la necesidad de que la legislación europea debería asimismo, ciertamente, tender a facilitar la vida de los ciudadanos, previendo el registro de los regímenes matrimoniales en los Estados miembros.

La actualidad de la materia se refleja en las preguntas que formula el propio Libro Verde, y de las que pueden destacarse en el ámbito procesal las siguientes:

En caso de disolución del régimen por divorcio y en caso de separación, ¿debe el juez competente en estas materias según el Reglamento n° 2201/2003 ser también competente para pronunciarse sobre la liquidación del régimen matrimonial?

En caso de sucesión, ¿debe el juez competente en materia de litigio sucesorio ser también competente para pronunciarse sobre la liquidación del régimen matrimonial? En caso contrario, ¿qué normas de competencia jurisdiccional internacional deben adoptarse, especialmente con relación a las cuestiones de carácter patrimonial que se plantean durante la vida en común de la pareja (como donaciones o contratos entre cónyuges)?

Debemos contemplar un criterio general único o más bien varios criterios alternativos, según lo previsto en el Reglamento n° 2201/2003 (como residencia habitual, nacionalidad común, etc.)?

¿Se puede prever que un único juez se pronuncie sobre todos los tipos de bienes, muebles e inmuebles, incluso cuando éstos están situados en el territorio de varios Estados miembros?

Cuando un tercero es parte en el litigio, ¿deben aplicarse las normas de Derecho Común?

Se puede contemplar la posibilidad de permitir a las partes elegir el órgano jurisdiccional competente? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

¿Sería útil permitir el traslado de un asunto de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro en este ámbito? Y en caso afirmativo, ¿en qué condiciones?. ¿Es necesario prever normas de competencia para las autoridades no judiciales? En caso afirmativo, ¿es necesario aplicar criterios de competencia similares a los aplicables a las autoridades judiciales? En este sentido, ¿podríamos inspirarnos en la definición amplia del término «órgano jurisdiccional» del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 2201/2003

¿Se debería permitir que la autoridad que conoce de la liquidación y el reparto del patrimonio sea también competente cuando una parte de este patrimonio esté localizada fuera del territorio en el que dicha autoridad ejerce su jurisdicción?

En caso contrario, ¿es necesario prever que algunos de los trámites necesarios puedan efectuarse ante las autoridades de otro Estado miembro distinto del designado en virtud de la norma principal de conflicto de competencias?

¿Qué puntos de conexión deberían utilizarse para determinar la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales? Y en caso de que sean varios, ¿en qué orden de prioridad? (¿La primera residencia habitual de los cónyuges? ¿Su nacionalidad? ¿Otros puntos de conexión?).

Si el futuro instrumento se aplica a todos los efectos patrimoniales derivados de la relación matrimonial, ¿es necesario prever los mismos puntos de conexión tanto para el período de vida en común de la pareja como para el momento de la ruptura de la relación matrimonial?

¿Debe admitirse la posibilidad para los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen matrimonial? En caso afirmativo, ¿qué puntos de conexión pueden tenerse en cuenta para permitir esta elección?

¿Se debe permitir una elección múltiple que sometería unos bienes a una ley y otros bienes a otra ley?. Esta elección ¿debe poder efectuarse o modificarse en cualquier momento, antes y durante la relación matrimonial, o solamente en un momento preciso (en el momento de la disolución del matrimonio)? En tal caso, si cambiara la ley aplicable, ¿debe el cambio ser retroactivo?

BIBLIOGRAFÍA

LA DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. Cuadernos de Derecho Judicial I, 2004. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Director: José Luis Seoane Spielberg.

TRATADO DERECHO DE FAMILIA. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005. Coordinadores Pedro González Poveda y Pilar González Vicente. Sepín, editorial jurídica.

MANUAL DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS. Edita: El Justicia de Aragón. Director: Jesús Delgado Echeverría. Coordinador: María Ángeles Parra Lucán. 2006.

LIBRO VERDE sobre *el conflicto de leyes en materia de régimen económico matrimonial, con inclusión de la cuestión de la competencia y el reconocimiento mutuo*. Bruselas, 17.07.2006 COM(2006) 400 final.

CUTILLAS TORNS, José María. «*Aplicabilidad y pertinencia de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte a la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en convenio regulador aprobado judicialmente en base a separación o divorcio promovido por los cónyuges*». Revista General de Derecho, marzo de 1997.

RAMS ALBESA, Joaquín. Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Vol. II.

Zaragoza a 14 de noviembre de 2006

Intervención de D. Javier SANCHO-ARROYO LÓPEZ-RIOBOO**LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONES
LIQUIDACIÓN CONCURSAL****1. ANTECEDENTES**

El artículo 82 Lrem. introduce una norma que no tiene precedentes en nuestro derecho positivo. Aparece formulada de la siguiente forma:

«Artículo 82.— *Liquidación concursal.*

Cuando el activo inventariado no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos».

Los antecedentes de este precepto hay que buscarlos en el anteproyecto de Compilación del Seminario de la Comisión de jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia, así como en los anteproyectos de la Comisión de jurisconsultos aragoneses de 1962 y 1963.

En todos ellos se preveía la regulación de la liquidación ordinaria y de la concursal, siendo el texto de la norma proyectada para esta última idéntica en los tres casos y del siguiente tenor literal:

«Liquidación concursal.— Cuando el patrimonio común, después de haberse reintegrado de los créditos cobrables, no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reembolsos a los patrimonios privativos, se aplicarán los artículos 1911 y siguientes del Código civil, dando a unas y otros la consideración que conforme a tales preceptos les corresponde».

Sin embargo, en los anteproyectos de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965 y 1966, así como en el anteproyecto del Pleno de la Comisión presentado a las Cortes como proyecto de ley, se suprimió el artículo relativo a la liquidación concursal, dejando únicamente el que se refería a la liquidación ordinaria, conservando esta expresión, que pasó definitivamente al titulillo del artículo 56 de la Compilación, aunque en ésta ya no se contemplaba la dualidad de liquidaciones que preveían los anteproyectos aragoneses.

Quedó así en la Compilación la regulación de la «*liquidación ordinaria*», en solitario, sin que se recogiera en su articulado ninguna otra modalidad. Pero la conservación en el titulillo de la referencia a la «*liquidación ordinaria*» está sugiriendo de por sí que podría haber otra distinta, es decir, la concursal, aunque quedaba carente de regulación.

2. DIFERENCIAS CON LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

El Código civil aborda también esta cuestión, pero la solución que brinda difiere bastante de la aragonesa. El artículo 1399 del Código civil, en la redacción que le dio la ley 11/1981, dice textualmente:

«1399. Terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia.

Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos».

En primer lugar, en el art. 1399 del Código civil se contienen ya dos normas sobre prelación de créditos. Una, genérica, que atribuye preferencia a las deudas que la sociedad haya contraído frente a terceros (*se pagarán en primer lugar*); regla que participa de la idea concretada en el aforismo, jurisprudencialmente consagrado, que dice que antes es pagar que partir. Se considera que los acreedores de la sociedad de gananciales son siempre preferentes a los derechos que pueda tener cada cónyuge a que se le abonen las indemnizaciones y reintegros debidos.

Dentro de esa preferencia genérica concedida a los acreedores, se atribuye una prioridad especial a los que lo son por deudas alimenticias, que no tendrían prelación en términos generales a tenor de lo que establece el artículo 1924 del Código civil, sobre todo después de la derogación de su apartado G) por la ley concursal.

Las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos sólo se aplican respecto de las demás deudas de la sociedad de gananciales. La regulación se complementa con los artículos 1401 y 1403. El primero de ellos dice que mientras no se hayan pagado completamente las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos frente al cónyuge deudor, debiendo responder el no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiere formulado inventario.

El artículo 1403 sólo permite abonar las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge una vez que se han pagado las deudas y cargas de la sociedad de gananciales, y ello hasta donde alcance el caudal inventariado. Los acreedores por deudas comunes gozan, por lo tanto, de preferencia sobre los derechos de uno y otro cónyuge a indemnizaciones y reintegros.

En la relación entre los cónyuges y el patrimonio común, o en la relación entre los patrimonios privativos de los cónyuges, el Código civil ya no contempla ningún otro tipo de preferencia.

El sistema que establece el artículo 82 Lrem. es muy distinto, pues en éste no hay preferencia de los acreedores comunes sobre el derecho de los cónyuges a reintegro para sus patrimonios privativos, aplicándose entre todos ellos las normas sobre concurrencia de créditos.

3. CONCEPTO Y CONTENIDO

La formulación del precepto es aparentemente sencilla, pero su relación con otros preceptos de la misma ley hace aflorar dudas respecto de su ámbito de aplicación y, en definitiva, sobre su funcionamiento.

Aunque su enunciado parece estar hablando de la existencia de un procedimiento concursal, entiendo que este artículo es de aplicación no en un procedimiento universal, que se regirá por sus propias normas (hoy en día, la Ley Concursal), sino que su ámbito de aplicación se circunscribe más bien a los concursos singulares. Como señala la doctrina¹, el consorcio conyugal nunca puede tener la condición de concursado. Ahora bien, si el patrimonio de una persona casada (o de ambos cónyuges) no es suficiente para pagar todas sus deudas, naturalmente podrá ser declarada en concurso, aplicándose en todo la normativa que lo regula.

En todo caso, lo que resulta claro es que el precepto ahora comentado debe tomarse en consideración una vez establecido el inventario de los bienes que integran la comunidad conyugal disuelta, de conformidad con los artículos 79, 80 y 81 Lrem. Terminado el inventario, si con el activo no se pueden satisfacer las deudas consorciales y los reintegros, el primer efecto que se produce es que no se puede practicar la liquidación ordinaria, que únicamente procede (art. 83.1, primer párrafo) si el activo es superior al pasivo.

De no ser así, es decir, si el pasivo es superior al activo, de manera que no se puedan pagar las deudas comunes y los reintegros a los patrimonios privativos, se pasa directamente a aplicar las normas sobre concurrencia y prelación de créditos. No tendría sentido tomar en consideración las reglas que marcan el orden de la liquidación ordinaria, que tienden a hacer posible la división del remanente, de modo que contempla el artículo 85.1 Lrem.

De todos modos, entiendo que la norma contenida en el artículo 83.2, y por tanto incardinada dentro del conjunto de normas que regulan la liquidación ordinaria y que establece que los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación, es de aplicación también a la liquidación concursal porque, en puridad, la valoración de los reintegros debidos por la comunidad a los patrimonios privativos influye en la determinación final del pasivo y, por lo tanto, ha de tenerse en cuenta para comprobar si el activo es o no bastante para cubrir el pasivo en su totalidad. Esta conclusión viene abonada también por el artículo 44 Lrem., regulador de las relaciones entre patrimonios, que cuando habla de los reintegros hace siempre referencia al valor o, lo que viene a ser lo mismo, al importe actualizado de los bienes en cuestión o, en su caso, de los daños y perjuicios.

Entiendo que también cabe considerar aplicable a la liquidación concursal el artículo 84 Lrem., regulador de las ventajas, porque éstas constituyen un derecho

(1) Serrano García «Manual de Derecho Civil Aragonés, pág. 373: «... Pero que el activo consorcial no baste para satisfacer el pasivo consorcial, no implica que sea necesario declarar en concurso de acreedores a los cónyuges o a alguno de ellos (el consorcio conyugal nunca puede tener la condición de concursado) porque el deudor o deudores pueden ser solventes si se tienen en cuenta sus bienes privativos».

personalísimo que da lugar a predetracción, en razón de su fundamento, que no es otro que el de facilitar la continuidad de los hábitos personales y del ejercicio de la profesión del cónyuge con derecho a ellas, al menos de las incluidas en el apartado 1 del artículo 84.

A estos efectos, podría considerarse que las ventajas ni siquiera llegarían a integrar el activo consorcial. Ahora bien, esta interpretación colisiona con la interpretación estricta del artículo 84, que contempla la detracción de ventajas en el momento en que, practicadas todas las operaciones propias de la liquidación ordinaria, resulta la existencia de un remanente consorcial, y antes de la formación de los lotes.

4. AMBITO DE APLICACIÓN

Examinado ya el marco normativo de la liquidación concursal, entremos ahora en el análisis de su ámbito de aplicación. Partimos del supuesto de que existen en el pasivo consorcial tanto deudas de cargo de la comunidad como reintegros debidos por ésta a los patrimonios privativos de los cónyuges. Si el activo no fuera bastante para el pago de todo ello, pueden surgir dudas acerca de si el artículo 82 se aplica para determinar la clasificación y prelación de todo el conjunto de esos acreedores, cónyuges incluidos, o si está estableciendo dos grupos de acreedores a efectos prelativos: en primer lugar, los acreedores externos del consorcio, y por otro los patrimonios privativos de los cónyuges. Esta sería la interpretación más próxima al sistema que regula el Código civil.

De esta manera, si el activo ni siquiera fuera bastante para el pago de las deudas comunes, entre los acreedores externos, y sólo entre ellos, se aplicarían las reglas de clasificación y prelación, sin dar entrada a los patrimonios privativos de los cónyuges, del modo que previene el Código civil. De acuerdo con este punto de vista, si una vez pagadas las deudas del consorcio quedara un remanente que no bastase para pagar en su totalidad los reintegros a los patrimonios privativos, sería sólo entre ellos entre quienes se aplicarían las normas sobre concurrencia de créditos.

Sin embargo, el propio tenor literal del artículo 82 nos está diciendo que las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos se sitúan en un mismo plano, y que en los supuestos de insuficiencia patrimonial hay que dilucidar la preferencia entre todos ellos mediante la aplicación de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos. Abona esta interpretación la consideración de los antecedentes históricos, concretamente los anteproyectos aragoneses de compilación, en los que se preveía que había de darse a las deudas consorciales y a los reembolsos a los patrimonios privativos la consideración que les correspondiera por aplicación de las normas sobre clasificación y prelación de créditos. En el texto de los anteproyectos queda claro que el concurso abarca tanto las deudas del consorcio frente a terceros como los reintegros a los patrimonios privativos.

No parece que pueda haber dudas de que este es el sentido del artículo 82. La introducción en nuestro Derecho de esta norma supone, así, una innovación de gran calado, y una diferencia muy considerable respecto del régimen que regula el Código civil.

Sin embargo, el sentido que ha quedado señalado puede parecer cuestionable por dos razones: en primer lugar, por la consideración del resto del articulado de la ley, y muy en especial el sistema de responsabilidad de los cónyuges por las deudas comunes contraídas: no tendría sentido que se declarase la preferencia del derecho de uno de los cónyuges al reintegro, para que luego tuviera que responder ante el acreedor consorcial pospuesto con sus bienes privativos. En segundo término, porque ni el consorcio conyugal, ni los patrimonios privativos, son entes con personalidad jurídica propia. La personalidad es la de los cónyuges y es sólo de ellos de quienes se puede predicar la cualidad de acreedor o de deudor²:

1. Liquidación concursal y responsabilidad de los bienes privativos ante los acreedores comunes.

En la línea apuntada, tenemos que el artículo 37 de la ley regula la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros, estableciendo que responden **siempre** del pago:

- a) De las deudas que cada cónyuge contrae en el ejercicio, incluso sólo aparente, de sus facultades de administración o disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión.
- b) De las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aún por dolo o culpa grave.

Se completa la regulación mediante la atribución de responsabilidad a los bienes comunes frente a terceros por todas las deudas comprendidas en el apartado 1 del artículo 36 (es decir, todas las deudas comunes, salvo que medie intención de perjudicar al consorcio o negligencia grave), y también por las deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente, aunque sean privativas.

Y el artículo 38 comienza disponiendo que los bienes privativos de cada cónyuge responden, en todo caso, de las deudas por él contraídas, para establecer luego que, a falta de bienes comunes, de las deudas contraídas por un cónyuge para satisfacer las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge (art. 36.1.a) responde también el patrimonio privativo del otro. Esta regla de responsabilidad es trasunto de la de contribución contenida en el siguiente artículo 39.

Como quiera que el artículo 37 comienza diciendo que, frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden *siempre* del pago de determinadas deudas (posiblemente la mayor parte de las imaginables), surge la primera duda. La palabra *siempre* puede hacer pensar que esta norma tiene un cierto carácter prelativo, y que en caso de insuficiencia del patrimonio común para pagar deudas comunes y reintegros, primero habría que pagar a los terceros.

(2) Delgado Echeverría y Serrano García «Manual de Derecho Civil Aragonés», pág. 305: «...Hay que partir del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc.), que no es excluido por la presencia del régimen de comunidad entre cónyuges. Puesto que no surge una persona jurídica a quien considerar sujeto pasivo de las obligaciones, sólo el marido o la mujer (o ambos) pueden ser deudores, y responden, al menos, con todos sus bienes presentes y futuros».

Otras normas de la ley podrían hacer pensar que los acreedores por deudas comunes son siempre preferentes. Por ejemplo, el artículo 42.1 que contempla la responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes para el pago de deudas privativas. El precepto establece que cuando los bienes privativos de un cónyuge son insuficientes para el pago de las deudas de la misma clase, responden los bienes comunes, aunque obliga a dejar **siempre** a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge, «*así como los **preferentes derechos** de los acreedores por deudas comunes*» ¿Supone esto que los acreedores externos al consorcio por deudas comunes gozan siempre de preferencia?

Entiendo que no, precisamente por la existencia del artículo 82. Los acreedores comunes y los patrimonios privativos (*rectius*: los cónyuges en cuanto titulares de patrimonios privativos) han de dilucidar la preferencia entre sí precisamente mediante la aplicación de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos. Es decir, que los créditos de los acreedores comunes serán preferentes si les corresponde esta calificación mediante la aplicación de las normas antedichas.

2. Sujetos de la preferencia y marco procesal de actuación

El artículo que es objeto de este comentario regula los conflictos que puedan plantearse cuando no hay activo bastante para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos. Pero ¿quién y por qué medio puede instar la entrada en juego del precepto?

2.1. Procedimientos concursales

Parece que, en principio, la aplicación del artículo 82 puede dar poco juego en el específico supuesto de apertura de un procedimiento concursal universal, es decir, de un procedimiento de los regulados en la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En estos casos, se aplicará el artículo 77 de dicha ley que establece que en caso de concurso de persona casada en régimen de comunidad (y el consorcial, por supuesto, lo es), se integrarán en la masa activa los bienes privativos de dicho cónyuge y también los comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado.

En tal caso, el remedio que la ley concede al cónyuge no deudor es la posibilidad de pedir la liquidación o división del patrimonio común, «que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Esa «coordinación» tiene su reflejo en varias de las normas que disciplinan la masa pasiva, como el artículo 82.1, que determina la inclusión en el inventario concursal de los bienes privativos del concursado y de los comunes, con expresión concreta de su carácter; el artículo 84.1, que dispone que no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean también de responsabilidad de la comunidad conyugal; y el artículo 86.3, que obliga a la administración concursal a distinguir, respecto de todos los créditos incluidos en la lista, si se pueden hacer efectivos sólo sobre el patrimonio privativo o también sobre el común del concursado casado en régimen de comunidad.

Pero las normas que mayor incidencia tienen sobre las cuestiones que ahora nos ocupan son los artículos que regulan los créditos subordinados, como los artículos

92.5º y 93.1º, que hacen que los créditos a favor del cónyuge del concursado deban ser considerados subordinados, con las graves consecuencias que esta calificación acarrea: no pueden votar en la Junta de convenio (art. 122.1º y sólo pueden percibir el producto de la liquidación una vez se hayan satisfecho en su integridad los créditos privilegiados y los concursales (art. 158.1), lo que en la práctica supondrá inexistencia de derecho al cobro.

Ante la regulación que ha quedado someramente enunciada, no parece fácil que pueda prevalecer la normativa aragonesa, aunque es cierto que la disposición final trigésimosegunda de la Ley concursal dice que se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1, 6ª y 8ª de la Constitución «*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas*».

El *orden* de las necesarias especialidades a que se refiere esta disposición final parece que hay que entenderlo como el relativo a la legislación procesal, y abre la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan aprobar normas procesales su derecho sustantivo lo hace necesario. Así parece indicarlo la exacta coincidencia de su texto con el del segundo inciso del artículo 149.1.6ª de la Constitución.

Pero lo cierto es que el legislador aragonés no ha hecho uso de esta facultad, pues el artículo 82 Lrem. que ahora nos ocupa no es un precepto procesal, sino sustantivo

2.2. Concursos singulares

Parece que el campo más probable para la entrada en juego del artículo 82 es el de los supuestos de concurrencia de dos créditos. Estos concursos se producirán cuando el sujeto interesado asuma la iniciativa de plantearlo.

Ordinariamente, si ese sujeto es el acreedor consorcial, planteará su preferencia en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, regulado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es en los casos de apertura de un proceso de esa clase cuando el acreedor puede ver que su crédito peligra. Como la ley le concede la posibilidad de intervenir en estos casos en defensa de sus intereses (artículos 88 Lrem. y 55.1 Lsuc., en relación con el artículo 13.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el acreedor podrá personarse en el procedimiento para hacer valer la preferencia de su crédito, al amparo del artículo 82 Lrem.

Si, por el contrario, es uno de los cónyuges el sujeto activo, normalmente habrá de ejercitar su derecho inmiscuyéndose en el procedimiento de ejecución seguido a instancias de un acreedor concursal, por medio de una tercería de mejor derecho, regulada en los artículos 614 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero la actuación en estos casos no deja de presentar considerables problemas.

De conformidad con lo que previene el artículo 6.1 de la ley procesal civil, en estos casos y para hacer valer la preferencia de uno de los patrimonios privativos, sólo podrá ser parte su titular, como persona física. No parece que pueda litigar el patrimonio privativo *per se*, de acuerdo con la enumeración contenida en dicho precepto.

Por lo tanto, será exclusivamente el cónyuge acreedor quien podrá defender la preferencia de su derecho al reintegro, pero para ello será preciso que sea realmente

acreedor, es decir, que no tenga que soportar con cargo a su patrimonio privativo ninguna responsabilidad por la deuda contraída ante el acreedor común en conflicto. De no ser así, es decir, si por el juego de los preceptos que regulan la responsabilidad de los patrimonios privativos por deudas comunes ese cónyuge podría merecer la conceptualización de deudor, no tiene sentido que pudiera actuar frente al acreedor porque carecería de la condición de tercero, que es indispensable para sostener la acción de tercería, tanto de dominio como de mejor derecho³.

Este requisito puede impedir en numerosas ocasiones la entrada en juego del artículo 82. No tendría sentido que el cónyuge titular de un derecho de reintegro pudiera ejercitar con éxito la acción tendente a que se reconociera su preferencia sobre un acreedor común para luego tener que pagar, con cargo a su patrimonio privativo, a este acreedor común el crédito que no haya podido percibir mediante la ejecución por él instada.

Es más, la formulación de una demanda de tercería en muchas ocasiones puede parecer problemática: conforme previene el artículo 617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la tercería de mejor derecho habrá de ser siempre demandado el acreedor ejecutante, pero el ejecutado podrá intervenir en el pleito con plenitud de derechos procesales, y habrá de ser necesariamente demandado cuando el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en un título ejecutivo. Normalmente, este será el caso tratándose de un derecho de reintegro.

Partiendo de esa base, pensemos en el supuesto, muy frecuente, de que un acreedor consorcial demande a ambos cónyuges y en la ejecución se embarguen bienes comunes. Si uno de los cónyuges tiene un derecho de reintegro a su patrimonio privativo que considera preferente al derecho del ejecutante y quiere formular la correspondiente tercería de mejor derecho, se encontrará con el problema de que se tendría que demandar a sí mismo, lo que constituye una aberración desde el punto de vista procesal, al margen de que su condición de *tercero* sería muy claramente cuestionable, al menos desde un punto de vista formal.

No sé cómo se podrá resolver en la práctica ese problema. Probablemente para estos casos pudiera considerarse la conveniencia de introducir en nuestro derecho una norma procesal que permitiera deducir la tercería dirigiéndola sólo contra el acreedor y contra el otro cónyuge, haciendo uso nuestra comunidad autónoma de la competencia legislativa que en este sentido le atribuye el artículo 149.1.6^a de la Constitución y artículo 35.1.4^a del Estatuto de Autonomía.

En todo caso, será la práctica forense, siempre vivificadora, la que marcará las pautas que permitan resolver las dudas que han quedado apuntadas en las líneas que preceden.

(3) STS de 26 de Enero de 1985, recaída en un asunto en el que un cónyuge deduce tercería por el embargo de un bien común: «... Es doctrina reiterada de esta Sala, ya iniciada en la sentencia de 4 de Abril de 1896, seguida por las de 20 de Enero de 1904, 13 de Enero de 1913, 2 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1935, 22 de Marzo de 1863 y las más recientes de 2 de Febrero y 10 de Diciembre de 1984, que a la vista del contenido de los artículos 1532 y 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de proceder al examen de si los bienes embargados pertenecen en propiedad al accionante de tercería, ha de examinarse si el mismo es tercero o si por el contrario en él concurre la condición de deudor, ya que de concurrir en el demandante tal condición, carecería de la legitimación precisa para ejercitar la acción...»

COLOQUIO

Moderador: D. Francisco Javier HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Francisco Javier Hernández Puértolas (Moderador)

Muchas gracias.

El moderador tiene un privilegio, al cual no estoy dispuesto a renunciar, y es a hacer algo que estoy seguro de que van a hacer todos ustedes a continuación, y es felicitar a los ponentes (ponente y coponentes) por la brillantez y profundidad de sus intervenciones.

Y dicho esto, que era de justicia decirlo lo primero de todo, vamos a abrir en el tiempo que nos queda, como siempre, un coloquio en el que invito a participar a todos ustedes. Únicamente, como hacemos siempre, por razones de acta... —yo creo que a casi todos..., a casi todos los conozco— que digan su nombre para que quede grabado en el acta correspondiente, los que quieran intervenir.

Así que yo invito a los asistentes a que intervengan en relación con..., que estoy seguro de que va a haber muchas intervenciones, dada la profundidad y la riqueza de lo que se acaba de exponer aquí.

Marín (Abogado)

Buenas tardes.

Abundaré en la felicitación a la ponencia, que no requiere más que la categoría profesional de los tres, el ponente y los coponentes, que no necesita mayor abundamiento. Ha sido brillantísima.

En relación con todo lo que he oído, a pie de calle, y el problema que se nos plantea generalmente a los abogados con los que se ha hablado, es que actualmente se está dando una intercorrelación entre el Derecho civil, el mercantil, el fiscal... Es decir, a nivel de calle y a nivel de pregunta, de cuestión a debatir, planteo que, ¡claro!, en ese matrimonio y en ese activo consorcial, por ejemplo, pues, puede darse como pasivo una posible responsabilidad como administrador de una sociedad mercantil de uno de los cónyuges. En cuyo caso podría darse el caso de que, con todo lo que dure la sentencia firme en una liquidación conyugal, podría darse el caso de que todavía estuviera pendiente esa responsabilidad patrimonial del cónyuge administrador de una sociedad, que podía dar lugar a modificaciones.

Pero entro en la coponencia de don Javier Sancho Arroyo en un punto muy interesante: ¿hasta qué punto podría la vigente ley concursal haber modificado precisamente la regulación de la que tan brillantemente se ha venido hablando, por ejemplo? He oído decir que los acreedores no tienen acción para exigir la liquidación de la sociedad conyugal; sin embargo, sí que puede darse la circunstancia, como se da de hecho,

cuando los acreedores persiguen los bienes conyugales consorciales, comunes, por ejemplo contra el marido, que es el que ha firmado un documento mercantil, puede darse la situación de que los acreedores provoquen la tramitación de un concurso necesario, en cuyo caso quedarán afectados los bienes conyugales y en cuyo caso la consecuencia, gravísima, es que ya no va a ser el notario ni va a ser el juez de familia quien resuelva las discrepancias: va a ser el juez mercantil en un incidente concursal, con el agravante de que ése sí que es rápido, porque dice que la apelación de la sentencia se hará en la primera apelación que haya. O sea, prácticamente no cabe apelación.

Entonces, planteo la cuestión de hasta qué punto nuestra ley concursal en esta situación elimina esa prohibición de ejercicio de la acción de liquidación por parte de los acreedores, que creo que indirectamente se podía provocar, de hecho, instando un concurso necesario, tanto del marido como de la esposa, porque en cuanto se inicia el concurso también se plantea, se determina, el activo y el pasivo, se liquidan, se liquidan de acuerdo con las normas procesales mercantiles de la ley concursal, no de las normas aragonesas (aunque se haga esa reserva a la que ha aludido el coponente señor Sancho Arroyo)...

En fin, quisiera la opinión de la ponencia, porque es bastante complejo el tema; para abundar en... más dudas...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Bueno, creo que la pregunta me va dirigida, por la especialidad de la materia, ¿no?

Vamos a ver. Yo creo que la ley concursal tiene su campo de actuación, ¿eh? Si es ley mercantil, si es ley procesal, si es ley... qué clase de ley sea, pues ya, efectivamente, hoy en día es muy difícil deslindar. Tiene aspectos de... de todo, creo yo, ¿eh?

Tiene aspectos de Derecho civil, desde el momento en que está contemplando que cuando el concursado está casado en régimen de gananciales o en cualquier otro régimen de comunidad —y lo dice expresamente la ley: se refiere..., o sea, contempla los diversos regímenes que puede haber en España—, que hay que concretar muy bien los bienes, si son comunes o si son privativos, y si son comunes sí están en la obligación de responder de las deudas del concursado. Es decir, la ley concursal obliga a matizar, y obliga a tener en cuenta estas particularidades de la regulación de cada uno de los regímenes de comunidad. Obliga, ¿eh?

Es cierto que, claro, la ley concursal se aplica..., pues, los juzgados competentes son los juzgados de lo mercantil, ¿eh? Y puede ser muy difícil que un juzgado de lo mercantil entre a aplicar normas civiles: puede tener, pues, quizá, una tendencia lógica y explicable a una aplicación expansiva de la mercantilidad, y que en ese sentido... Pero lo cierto es que, como digo, la ley concursal, la previsión la tiene, es decir, no invade terrenos ajenos, y por supuesto la ley aragonesa menos todavía, ¿eh? No invade nada. Creo que deben coexistir, creo que se deben cohesionar y que se deben aplicar una y otra, en una correcta aplicación de la ley.

No sé si contesto la pregunta.

José María Navarro (Notario)

Sí, buenas noches. Soy José María Navarro, notario de Zaragoza. La pregunta va dirigida a Adolfo Calatayud.

El artículo 85.1 permite que la liquidación del remanente, del neto, la liquidación, se haga entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad, pero también en la proporción que hayan pactado. Entonces, Adolfo, ¿considerarías admisible un pacto capitular por el que estipularan los cónyuges que en la liquidación el remanente corresponderá íntegramente a uno de ellos?

Adolfo Calatayud (Ponente)

¡Buena pregunta!

Vamos a ver... Probablemente sería incoherente con la propia naturaleza del régimen, ¿no? Si el remanente es de uno solo de los cónyuges, seguramente estamos ya en un régimen de naturaleza distinta.

Ese régimen... La verdad es que, como he dicho al principio, nuestra ley admite gran amplitud de pactos, y parece como si no hubiera más regímenes económicos matrimoniales que el consorcial y el de separación de bienes, ¿no?, pero se pueden pactar tantos como se quieran: en comunidades universales, de ganancias limitadas... Claro, lo que pasa es que en última instancia lo que se pacte debe ser coherente: un pacto de esas características habría que ver cómo se construye, un régimen de esas características.

Yo, en principio, no me lo imagino. ¿Un régimen de comunidad donde todo el remanente tiene que ir a parar a uno solo de los cónyuges? Yo, desde luego, dudaría mucho en aceptar un pacto capitular de esa naturaleza si alguien pretende pactarlo, porque creo que no tendrían... Esos cónyuges no tienen muy claro qué es lo que quieren.

José María Navarro (Notario)

Vamos a ver, yo creo que cuando se rompe el principio de igualdad, el principio de por mitad, entramos en el terreno de una enorme inseguridad. El ejemplo que he querido plantear era extremo, pero el pacto podía haber sido: 90% para el cónyuge A, 10% para el cónyuge B. Y puede ser que el 90% corresponda al cónyuge que tiene realmente los ingresos, o puede ser que precisamente sea el que corresponde al cónyuge que no tiene los ingresos, ¿no?

Puede ser en los dos sentidos, porque si puedes pensar que quien aporta los ingresos en principio es aquel que va a recibir una mayor participación, aún tendría cierto apoyo o cierto fundamento. Pero pudiera ser el supuesto inverso.

Yo lo que pienso es: una vez roto el principio de igualdad, el principio del 50% el marido, 50% la mujer, ¿dónde pones los límites? ¿En el noventa, en el ochenta, en el setenta, en el 99,5?

Adolfo Calatayud (Ponente)

No hay un límite cuantitativo, efectivamente. En principio, yo insisto [en] que la libertad de pacto tiene los límites que tiene, y que dependerá de las circunstancias concurrentes el poder... si ese pacto atenta contra algún principio esencial o contra una norma imperativa... Bueno, habría que ver las circunstancias del caso, ¿eh?

En principio, yo no veo ninguna dificultad de eficacia a un pacto que diga «noventa y diez»: si así lo pactan, son personas adultas, capaces y quieren establecerlo de esa manera, no veo la razón para negarle validez.

José María Navarro (Notario)

Muchas gracias, Adolfo.

Javier Forcada (Ponente)

Yo, si me permites, sobre este tema te puedo decir...

[Cambio de la cinta 1 a la cinta 2.]

[*Está hablando Javier Forcada (Ponente)*] ...como la hemos puesto. Y dice: pero no se coordina con los bienes que hay, ni con la valoración de los bienes, es decir, puede ser que la empresa valga muchísimo dinero, se le adjudica toda a él, porque era suya, porque tal, y eso se compensa luego de otras maneras. Entonces... Te lo digo porque esa posibilidad de dividir los bienes por mitad en la proporción y forma pactadas, yo cuando analizaba el tema de la rescisión por lesión y decíamos si era admisible o no era admisible, que la jurisprudencia declara que sí que es admisible en Aragón..., a mí eso me sigue suscitando muchas dudas. Porque si todo el tema de la liquidación del consorcio aragonés está dentro del mundo del *standum est chartae*, con sus limitaciones evidentes, pero dentro de ese mundo.

Yo creo que la doctrina, cuando ha sostenido la posibilidad de establecer una rescisión por lesión de un régimen económico matrimonial que se ha liquidado, por ejemplo, en un convenio regulador aprobado de mutuo acuerdo y luego judicialmente, en un procedimiento de mutuo acuerdo, y se admite esa posibilidad, cuando lees la doctrina dando base a esa posibilidad, te están diciendo: Sí, porque claro: el 1344 o el 1404 del Código civil te están imponiendo la división por mitad. ¡Te están imponiendo la división por mitad! Es que es por mitad de las partes. ¡Lo de Aragón, no! En Aragón es por mitad o en la proporción y forma pactadas. Me parece que Adolfo en su ponencia habla de la posibilidad de renuncia a esa acción rescisoria, ¿no? Y de que si un convenio dijera que las partes... («nosotros expresamente renunciamos a la posibilidad de que después se haga una rescisión por lesión...»), sería válido.

Yo creo que con la cláusula general que se pone habitualmente de que... ¡nos damos por saldados y finiquitados!, y nosotros hemos pactado esa adjudicación de bienes. ¿Al cien por cien, que dices tú? Es una exageración, seguramente. Y alguna explica-

ción tiene que tener. Alguna explicación tiene que tener. Pero estamos ante *standum est chartae*, es decir, las partes pueden pactar. Una vez liquidado el régimen, esto es lo que hay, la división por mitad o en la proporción y forma que nosotros queramos. Y las explicaciones después pueden ser de lo más variadas. Porque puede haber un piso que valga mucho, pero si está gravado por un uso del domicilio familiar con niños pequeños, no valoraremos el uso, pero desde luego, a la hora de hacer el reparto, habrá que tenerlo en cuenta.

La cuestión yo creo que es discutible, muy discutible.

Manuel Ferrer (Abogado)

Sí, soy Manuel Ferrer, abogado de Zaragoza. Quería comenzar, aunque mi intervención irá por otros derroteros, sumándome a las felicitaciones a los tres coponentes. Y de modo especial a don Adolfo Calatayud, a mi amigo Adolfo, porque es reseñable que un notario haya ofrecido ante un foro compuesto mayoritariamente por abogados distintas soluciones que pasan por incluir pactos en un convenio regulador en un tributo de escrituras públicas. Creo que es de justicia agradecerlo.

Dicho lo cual, mi pregunta va dirigida a Javier Forcada, para ver cuál sería el tratamiento procesal ante una discrepancia entre el régimen económico matrimonial, es decir, que una de las partes, ni corta ni perezosa, plantea la solicitud de inventario del supuesto consorcio foral aragonés, pero otra dice que no. Dice que no, porque por ejemplo, un caso que hemos consensuado este año, afortunadamente, con el compañero, porque si no el lío era de órdago: el esposo era murciano, la esposa aragonesa, y el matrimonio tenía domicilio común, tras contraer matrimonio, fijado en Baleares. Bajo el **¿procedimental?**, el régimen económico matrimonial era separación de bienes. Pero el compañero quería agarrarse a que al comprar piso en Zaragoza, al regresar, pues se puso una... (...) ..en el documento consorcial aragonés, y con esa escritura, bueno, ¿cuál es el procedimiento procesal?

Porque recordemos que, simplemente, se comienza con una solicitud de inventario, que por cierto, la primera ocasión que tiene la parte, no vamos a decir demandada, sino interpelada, es una comparecencia que se celebra no ante su señoría, sino ante el secretario judicial, para ver qué posibilidades hay de excepcionar; hay costas o no hay costas. Se resuelve ahí, estamos hablando de un procedimiento que tampoco es tan inhabitual: régimen de separación divorcio-nulidad, en el que las partes han pasado de puntillas y nadie ha dicho cuál es el régimen económico matrimonial, obviamente, porque se dan casos... No digo que en los juzgados de Zaragoza se puedan dar, no digo que se requiera a las partes para que especifiquen el régimen económico matrimonial, pero desde luego, en otros sitios, podemos fijarnos aquí, seguro que se da la circunstancia. Entonces, básicamente, ¿se resolvería dentro del procedimiento, que es muy limitado, 808 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil?, ¿se remitiría a otro procedimiento para que las partes demuestren con una amplitud de pruebas cuál es el régimen económico matrimonial?, o si en aquella época quizás sería la mujer la **¿condición?** del marido, según las fechas, etcétera, etcétera, que demuestren **¿cosas, costas?** Éste es un poco mi planteamiento.

Javier Forcada (Ponente)

Yo creo que la premisa para contestar a esa pregunta, la premisa de base es considerar que el procedimiento que instaura la Ley de enjuiciamiento civil en los artículos 806 al 810 es un procedimiento autónomo, y como tal procedimiento autónomo no se va a ver afectado por acciones declarativas. La posibilidad de estar el inventario una vez admitida a trámite la demanda de separación o divorcio, es compatible, por esa misma razón, con la posibilidad de plantear un declarativo que determine cuál será el régimen económico matrimonial.

Ahora bien: evidentemente, si pasara la fase de comparecencia ante el secretario, y llegamos al trámite del juicio verbal, en fijación de inventario, evidentemente: el juez se tiene que pronunciar sobre cuál es el régimen matrimonial. ¿Cómo va a fijar el inventario si no tiene la premisa básica de determinar cuál es ese régimen económico matrimonial? Evidentemente que sí.

Y con la premisa, además, de que esa sentencia va a producir cosa juzgada, que es la sentencia de inventario. Porque fija el inventario el avalúo de los bienes. Esto del avalúo luego es una falacia, porque en realidad nunca se consigue el avalúo en esa fase de inventario. Luego, en la fase liquidatoria, evidentemente, se vuelve a reproducir esa cuestión; porque el cuaderno particional siempre ha de contar con establecer inventario de los bienes, avalúo de los bienes (para eso está el contador y los peritos para cada clase de bienes que se puedan nombrar), y división, liquidación y adjudicación de los bienes. Ahí hay una especie de disfunción, que luego en la práctica no se cumple.

Pero evidentemente tiene usted razón. Es decir, un juez no va a poder fijar un inventario sin partir de la premisa básica de cuál es el régimen económico matrimonial. El proceso de inventario es autónomo, y no creo que impida que en otro juicio declarativo se pueda establecer o se pueda instar un declarativo para fijar o para determinar cuál sea el régimen económico matrimonial. Y entonces podríamos tener dos sentencias distintas.

Pero yo creo que la premisa básica para resolver esta duda es que el procedimiento que regula la Ley de enjuiciamiento civil para liquidar cualquier régimen económico matrimonial (incluido por lo tanto el consorcio aragonés) es autónomo. No es un procedimiento dependiente de la demanda de nulidad, separación y divorcio, es autónomo. Y, como es autónomo, no impide que haya otro tipo de acciones declarativas (pues podría ser, por ejemplo, la de nulidad de la escritura pública, de las capitulaciones, ineficacia, lo que fuera). Pero es complicado, sí. La pregunta es capciosa.

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Buenas tardes a todos.

Soy José Rodríguez Parejo y la pregunta va para Javier Sancho Arroyo.

El problema que me planteo cuando hablas de la liquidación del concurso es con la Ley concursal. Y planteo un problema que no es nada extraño, es bastante habitual: una sociedad limitada, en la que los dos socios son un matrimonio, en la que han

aportado a esa sociedad todos sus bienes. Esa sociedad va mal, presentan un concurso voluntario, y puede que incluso, simultáneamente, pues también a ellos les vaya mal, se divorcien o se vean obligados a presentar ellos el concurso.

¿Qué pasa con el artículo 82 y con la Ley concursal?

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

¿Qué pasa? Pues si no tienen ningún activo no pasará nada, porque... no tendrán con qué responder. Tal como lo planteas...

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Es que el activo es el mismo, tienen...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Vamos a ver. Una sociedad limitada, bueno pues ellos tendrán las participaciones de esa sociedad limitada que valdrán lo que valgan, ¿eh? Bueno. Pues nos olvidamos de la sociedad limitada. Será una partida del activo, que tendrá el valor «equis», que sea.

¿Y luego deciden separarse, dices?

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Sí. Simultáneamente a que la sociedad ya va mal, y presentan el concurso voluntario, o bien presentan el concurso ellos, se ven obligados a presentarlo...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Vamos a ver...

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

...con avales, porque han garantizado...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

No, pero hablemos de un supuesto. Pero... uno detrás de otro.

O sea, vamos a ver: la sociedad limitada, nos hemos olvidado ya, ¿no? Cada cual tendrá sus participaciones, y ya está. Serán privativas o serán consorciales, eso es otra historia también, ¿eh? Bien. Y luego... A ver, es que ya no sé, ¿presentan conjuntamente concurso?

Pues presentan conjuntamente concurso y se regirán por la Ley concursal, y...

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

No, pero todos los bienes suyos, del consorcio, están aportados a la sociedad limitada. O sea, lo único que tienen... Claro, o sea, es que no... Lo que hay...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Pues... O sea, ellos no tienen absolutamente ningún activo, ni privativo ni consorcial.

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Claro...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Más que las participaciones de la sociedad limitada. Pues las participaciones...

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Entonces te encuentras con dos concursos simultáneos...

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

¿Eh?

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

Te encuentras con dos concursos simultáneos: el de la sociedad y el de ellos.

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Bien.

Es que no veo... ¡Es que no hay un problema de derechos de reintegro a patrimonios privativos ni nada! Es decir, el artículo 82 no puede entrar en juego, por falta del supuesto en el que se puede aplicar, que es cuando coexisten deudas consorciales con derechos de reintegro a los patrimonios privativos en los cónyuges.

José Rodríguez Parjeo (Abogado)

No, no sería el caso.

Javier Sancho Arroyo (Ponente)

Si eso no se da, pues el artículo 82 no tiene campo de aplicación, vamos.

Francisco Javier Hernández Puértolas (Moderador)

Don Fernando.

Fernando García-Vicente (Justicia de Aragón)

Soy Fernando García Vicente, y quiero felicitar a ustedes. La verdad es que ha sido una ponencia muy interesante y de una profundidad extraordinaria.

Y querría decir dos cosas: una, que me resulta muy grato comunicar al foro que como la semana pasada aquí hablamos de la conveniencia de que se hiciera constar en el expediente matrimonial el régimen económico que los cónyuges querían adoptar al contraer matrimonio, bueno, pues que ya he entrado en contacto con el secretario de Estado de Justicia, y que he visto una actitud muy positiva, entre otras cosas porque él se ve afectado también directamente por este problema.

He quedado con él en que me pondría en contacto... Vamos, que le mandaré unas notas, y bueno, he visto una actitud francamente favorable. Si alguien quiere hacerme algunas sugerencias sobre esto, pues con mucho gusto yo la recibiré, y la estudiaré y la transmitiré, en su caso, en el informe que hagamos.

Y segundo: aunque no es de Derecho civil, sí que tiene que ver indirectamente con este tema, y quiero hacer una reflexión sobre los problemas que plantea todo lo relativo a la separación de las personas. El otro día estábamos examinando con varios de mi equipo, con un médico forense, el problema que se está planteando por el aumento de la violencia de género, que a pesar de que cada vez hay una sensibilización mayor, y cada vez son las medidas que se adoptan con más dureza para tratar de evitarla, y preventivas también, cómo, sin embargo, el número de casos, lejos de disminuir, está aumentando.

Y él me hacía ver la importancia que tiene la frustración que se produce en algunas personas en los procedimientos de separación. Él me decía: «Persona mala, psicópata, o persona enferma, que en trámites de separación, con tendencias autolíticas y frustrada en el procedimiento de separación, es una bomba».

Bueno, y esa reflexión que me hacía sobre la importancia que tiene el no generar frustración cuando un procedimiento es... —aquí hablamos más de temas económicos que de temas personales, pero algo tiene que ver también el tema económico—, en un procedimiento de separación, como forma de no producir un elemento desencadenante de violencia doméstica.

Nada más, muchas gracias.

Francisco Javier Hernández Puértolas (Moderador)

Es una reflexión compartida, ¿no? Vamos, de todas maneras, si alguno de los ponentes quiere añadir algo... Es cierto que los procesos de separación, divorcio, etcétera, llevan una carga de visceralidad que no lo llevan otros procedimientos. Hablamos de temas económicos, y hablamos de cuestiones económicas; pero las cuestiones econó-

micas se cruzan con otras cuestiones, y son muchísimo más difíciles de resolver que las discrepancias entre particulares o entre empresas sobre cuestiones exclusivamente económicas. Eso es absolutamente cierto.

En cuanto a la generación de violencia, evidente.

¿Más intervenciones? ¿Nadie más quiere intervenir? Bien, pues entonces, reiterando el agradecimiento y la felicitación a ponente y coponentes, y muchas gracias a todos ustedes por su presencia y atención, levantamos esta sesión. [*Se levanta la sesión.*]