

Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes

Sergi Morales Martínez

TESIS DOCTORAL UPF 2017

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Josep Ferrer i Riba

DEPARTAMENT DE DRET



Al Gerard

AGRADECIMIENTOS

La presente tesis doctoral ha sido posible gracias al apoyo de los miembros del área de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, con los que he tenido el privilegio trabajar durante más de cuatro años.

Querría agradecer de forma muy especial la ayuda del Dr. Josep Ferrer i Riba, mi director de tesis. Gracias por su paciencia y ayuda, por sus buenos (y necesarios) consejos, por estar siempre ahí. Mi agradecimiento más sincero también a los doctores Pablo Salvador Coderch, Joan Egea i Fernández, Fernando Gómez Pomar, Albert Lamarca i Marquès y Carlos Gómez Ligüerre, de los que aún me queda mucho por aprender.

A mis compañeros de área y, muy particularmente, a Antoni Rubí, Esther Farnós, Sonia Ramos, Rosa Milà, Marian Gili, Laura Alascio, Laura Allueva, Magalí Riera, Miquel Mirambell, Amaia Forcada y Giulia Giovannini, les doy las gracias por sus ánimos, por los momentos que hemos podido compartir y, sobre todo, por su ejemplo. Personas de gran valía profesional y personal sin las que me sería imposible entender la etapa de formación predoctoral.

Me gustaría agradecer también al *Institute of European and Comparative Law*, de la Universidad de Oxford, y a las Facultades de Derecho de las Universidades de Durham y Cambridge, la posibilidad de realizar en ellas estancias de investigación que me han permitido conocer mejor el derecho inglés. Y, más particularmente, a los doctores Andrew Hayward y Jens M. Scherpe por su buena acogida y predisposición para solucionar las muchas dudas que, en clave comparada, se me han planteado.

Finalmente, querría dar las gracias a mi familia y, especialmente, a mi madre. En su caso, las palabras sobran.

RESUMEN

Esta tesis doctoral se focaliza en las problemáticas que derivan de la adquisición de bienes, la fiducia *cum amico* y las mejoras de bienes u otros activos patrimoniales realizadas por cónyuges o convivientes durante la convivencia. La relevancia del tema es particularmente significativa en aquellos ordenamientos jurídicos donde las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regulan a partir de un modelo de separación de bienes así como en supuestos de convivencia en pareja estable, donde las relaciones patrimoniales normalmente no se rigen por normas específicas del Derecho de familia sino por los pactos expresa o tácitamente acordados entre las partes.

RESUM

Aquesta tesi doctoral es focalitza en les problemàtiques que deriven de l'adquisició de béns, la fiducia *cum amico* i les millores de béns o altres actius patrimonials realitzades per conjugues o convivents durant la convivència. La rellevància del tema és particularment significativa en aquells ordenaments jurídics on les relacions patrimonials dels cònjuges es regulen a partir d'un model de separació de béns així com en supòsits de convivència en parella estable, on les relacions patrimonials no es regeixen per normes específiques del Dret de família sinó pels pactes expresa o tàcitament acordats entre les parts.

SUMARIO

ABREVIATURAS	15
--------------	----

INTRODUCCIÓN	19
--------------	----

CAPÍTULO PRIMERO: LOS SISTEMAS DE SEPARACIÓN DE BIENES Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES O CONVIVIENTES

1. Introducción	25
2. Los sistemas europeos de separación con participación tras la ruptura	29
3. El régimen catalán de separación de bienes	35
3.1. Contextualización y características	35
3.2. La compensación económica por razón de trabajo y su incidencia en la clasificación de los bienes	39
4. Efectos patrimoniales de la convivencia en pareja estable	45
4.1. La heterogeneidad del (no) modelo europeo	45
4.2. La regulación catalana	50
5. El sistema de Inglaterra y Gales (I): las personas casadas y la <i>ancillary relief</i>	55
5.1. Contextualización y características	55
5.2. Desarrollo jurisprudencial de la <i>ancillary relief</i>	61
5.3. Distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales	64
6. El sistema de Inglaterra y Gales (II): los convivientes en pareja estable y los <i>implied trusts</i>	67
6.1. El <i>beneficial interest</i> y su relación con el Derecho de familia	67
6.2. El <i>trust</i> : definición y características	70
6.3. El <i>express trust</i>	73
6.4. El <i>presumed intention resulting trust</i>	75
6.5. El <i>common intention constructive trust</i>	77

6.5.1. Definición	77
6.5.2. Adquisición	78
a. La <i>common intention</i> o propósito en común	78
b. La <i>detrimental reliance</i> o perjuicio derivado de la confianza	82
6.5.3. Cuantificación	82
6.6. El <i>proprietary estoppel</i>	85

CAPÍTULO SEGUNDO: ADQUISICIONES REALIZADAS POR CÓNYUGES O CONVIVIENTES

1. Introducción	89
2. La regla de las adquisiciones onerosas establecida en el art. 232-3 CCCat	92
2.1. Antecedentes históricos	92
2.2. Algunos ejemplos de adquisiciones constante matrimonio	96
2.3. Ámbito de aplicación y principio de titularidad formal	100
2.4. El supuesto base	104
2.4.1. El sujeto que realiza la contraprestación	104
2.4.2. La contraprestación	106
2.5. La presunción de donación	107
2.5.1. Contextualización histórica y finalidad	107
a. Rasgos generales	107
b. Evidencia estadística	110
2.5.2. El encaje de las normas relativas a la donación	113
a. Dos potenciales problemas	113
b. El requisito de forma del art. 531-12 CCCat	114
c. La revocación de la donación	118
2.5.3. La presunción de donación como instrumento al servicio de la <i>familiarization</i>	120
2.5.4. La prueba en contrario y la presunción de donación tras separación de hecho	124
2.6. La protección de terceros ex art. 231-11 CCCat	127

2.7. La excepción al principio de titularidad formal del art. 232-3, apdo. 2, CCCat	131
3. La regla de las titularidades dudosas	137
3.1. Planteamiento	137
3.2. Antecedentes históricos	138
3.3. La duda del art. 232-4 CCCat	140
3.4. Los bienes muebles de uso personal y profesional	145
3.4.1. Bienes muebles de uso personal sin extraordinario valor	146
3.4.2. Bienes destinados directamente al ejercicio de la actividad de los cónyuges	147
4. Adquisiciones realizadas por convivientes en pareja estable	148
4.1. Planteamiento	148
4.2. El pago de la contraprestación como una forma de contribución al gasto familiar	150
4.3. El reconocimiento de un derecho de crédito	153
4.4. El <i>animus donandi</i> como causa de la atribución patrimonial	159

CAPÍTULO TERCERO: NEGOCIOS FIDUCIARIOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES O CONVIVIENTES

1. Introducción	165
2. El negocio fiduciario	168
2.1. Concepto	168
2.2. Características y clases de fiducia	171
2.2.1. Rasgos distintivos	171
2.2.2. Clases	173
2.3. El <i>Escenario I</i> : discordancia entre lo querido por las partes y lo plasmado por escrito	175
3. El negocio fiduciario y la transmisión de la propiedad	181
3.1. Planteamiento	181
3.2. La teoría del doble efecto	182

3.3.	La teoría de la titularidad fiduciaria	185
3.4.	La teoría negadora de cualquier transmisión de la propiedad	188
3.5.	El <i>Escenario II</i> : La incidencia del pago de la contraprestación	191
4.	El negocio fiduciario y otras figuras análogas	196
4.1.	Una cuestión compleja	196
4.2.	Simulación	198
4.3.	Representación indirecta	202
4.4.	El <i>Escenario III</i> : el negocio fiduciario y la simulación contractual	204
4.4.1.	La importancia de la prueba y de las presunciones en la apreciación de fiducia o de donación	204
4.4.2.	Consecuencias frente a terceros de la categorización del negocio jurídico	211
5.	El negocio fiduciario y los <i>implied trusts</i> anglosajones	213
5.1.	Planteamiento	213
5.2.	Similitudes y diferencias entre la fiducia y los <i>implied trusts</i>	214
5.2.1.	Recapitulación de algunas características de ambas figuras	214
5.2.2.	Similitudes	217
5.2.3.	Diferencias	219
5.3.	La posible <i>familiarization</i> del negocio fiduciario mediante el uso de <i>implied trusts</i>	221
5.3.1.	La dificultad de acreditar el <i>pactum fiduciae</i>	221
5.3.2.	Criterios basados en el <i>common intention constructive trust</i> para familiarizar la fiducia	223

**CAPÍTULO CUARTO: GASTOS Y MEJORAS REALIZADOS
POR UN CÓNYUGE O CONVIVIENTE EN EL PATRIMONIO
DEL OTRO**

1.	Introducción	229
2.	Gastos y mejoras	231
2.1.	Concepto	231
2.2.	Clases	233
2.2.1.	Los gastos necesarios	235
2.2.2.	Los gastos útiles	238
3.	Contribuciones asociadas al pago de deudas. El préstamo hipotecario	241
4.	Mejoras por razón de trabajo	250
4.1.	La comunidad de vida y los actos de complacencia (<i>Gefälligkeiten</i>)	250
4.2.	Algunos ejemplos de mejoras por razón de trabajo	252
4.3.	¿Es la compensación económica un mecanismo adecuado para resarcir mejoras por razón de trabajo?	257
4.3.1.	Las mejoras por razón de trabajo como liberalidad	260
4.3.2.	Las mejoras por razón de trabajo como fundamento para una pretensión de enriquecimiento	262
5.	Mejoras por inversión de capital	265
5.1.	Contextualización	265
5.2.	La inaplicación de la compensación económica por razón de trabajo	267
5.3.	El reconocimiento de un derecho de crédito	269
5.3.1.	Base jurisprudencial	269
5.3.2.	Fundamento legal del derecho a reembolso	272
a.	El préstamo	272
b.	Las reglas de liquidación de estados posesorios	274
c.	Las reglas de la accesión	277
d.	El enriquecimiento injusto	282
5.4.	La presunción de donación	284
5.4.1.	Base jurisprudencial	284

5.4.2. Fundamento legal	287
6. La <i>familiarization</i> de las mejoras familiares	290
CONCLUSIONES	295
TABLA DE JURISPRUDENCIA	299
Tribunales españoles	299
Tribunales europeos y extracomunitarios	310
BIBLIOGRAFÍA	315

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
Apdo(s).	Apartado(s)
ATSJC	Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil español de 1889
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDCC	Compilación de Derecho Civil de Cataluña
CE	Constitución Española de 1978
CEFL	<i>Commission on European Family Law</i>
CF	Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998)
Cfr.	Comparar
Cit.	Obra citada
CS	Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (DOGC núm. 1544, de

	21 de enero de 1992)
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
Idescat	Instituto de Estadística de Catalunya
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAR	Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003)
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (BOE núm. 282, de 15 de noviembre de 1994)
LUEP	Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998)
Núm.	Número
Párr(s).	Párrafo(s)
P. ej.	Por ejemplo
SAPB	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona
SAPG	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona
SAPT	Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional del Reino de España
TS	Tribunal Supremo del Reino de España
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase

INTRODUCCIÓN

En los últimos años los derechos civiles catalán y español han experimentado importantes reformas legales en materia de familia. Ejemplos de ello lo son el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo; el divorcio sin necesidad de separación previa o alegación de causa legal que lo justifique; la preferencia de la guarda compartida de los hijos menores o el reconocimiento de efectos legales en la convivencia en pareja estable. El concepto de “familia” deja de ser homogéneo para, como señala el art. 231-1 CCCat, ser cada vez más heterogéneo, con formas de convivencia distintas de las tradicionales¹.

Desde el punto de vista patrimonial, en Cataluña el régimen legal supletorio es el de separación de bienes (art. 231-10, apdo.2, CCCat), y se presume la existencia de dos patrimonios privativos diferenciados y aparentemente desligados entre sí: el de cada uno de los cónyuges (arts. 232-1 y 232-2 CCCat). Sin embargo, durante el matrimonio a menudo se producen actos de relevancia económica (p. ej. adquisiciones, mejoras o reposiciones) que inciden, directa o indirectamente, en el patrimonio de las partes. En la medida que el mencionado patrimonio privativo se va alterando, surgen problemas relacionados con la necesidad de determinar qué derechos de propiedad o de crédito corresponden a quién.

En la presente tesis doy cuenta de esta situación para, a partir de la regulación del Libro segundo del Código civil de Cataluña², analizar tres problemáticas concretas y relevantes del derecho

¹ Vid. SALVADOR, Pablo y ALASCIO, Laura, “Comentari a l’art. 231-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 55 a 69.

² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010).

patrimonial familiar: las adquisiciones, los negocios fiduciarios y las mejoras realizadas por cónyuges o convivientes.

El estudio aspira a ir de la práctica a la teoría, y no viceversa. Es por ello que esta investigación se fundamenta sobre todo en la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en particular, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de las audiencias provinciales catalanas. Cada parte del trabajo, salvo la primera, empieza con una breve introducción dónde presento algunos escenarios problemáticos. También explico algunas sentencias que, por su carácter ejemplificativo, ayudan a conectar el discurso teórico con el práctico. Solo mediante la recopilación, sistematización y análisis de la jurisprudencia es posible determinar la coherencia del sistema, sus posibles defectos y, si corresponde, las oportunas modificaciones para hacerlo más justo y eficiente.

La principal referencia comparada del trabajo es el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales. Ello se debe a que las problemáticas a las que ambos sistemas deben hacer frente -relacionadas fundamentalmente con adquisiciones y mejoras de bienes- son las mismas, independientemente de si hablamos de parejas casadas o de convivientes en pareja estable.

En su respectivo sistema matrimonial, tanto Cataluña como Inglaterra y Gales se rigen por sistemas de separación sin participación automática tras la ruptura. A diferencia de lo que sucede en otros países, la mera celebración del matrimonio no genera ningún derecho respecto del patrimonio del otro cónyuge³. De ahí que, al margen de los remedios que en ambos territorios operen tras la ruptura, sea especialmente relevante determinar la

³ Cfr. esta situación con lo que sucede, por ejemplo, en Alemania, con régimen de participación en las ganancias; Dinamarca, con régimen de comunidad diferida; los Países Bajos, con régimen de comunidad universal o Francia, con régimen de comunidad de bienes

propiedad de los bienes. Pensemos, por ejemplo, en escenarios de disolución del matrimonio por causa de muerte o en supuestos de insolvencia de uno de los cónyuges donde, aunque las partes no hayan decidido poner fin a su relación, es necesario saber qué pertenece a quién o qué pueden reclamarse los respectivos patrimonios a efectos sucesorios o del cobro por parte de terceros acreedores⁴.

Desde la óptica de las parejas estables ambos ordenamientos también presentan similitudes. Los dos establecen que durante la convivencia las relaciones económicas entre las partes se regulen exclusivamente por los pactos que hayan acordado. No existen normas -ni imperativas ni dispositivas- de Derecho de familia que atribuyan o modifiquen los derechos de propiedad de cada parte. Además, tras el cese de la convivencia, tanto el derecho inglés como el catalán prevén que cada uno de los ex convivientes pueda hacer reclamaciones de carácter patrimonial al otro. En lo que difieren es en los mecanismos que utilizan. Así, mientras que en Cataluña el legislador establece remedios económicos *ex lege* que pasan por la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar (art. 234-8 CCCat), la compensación económica por razón del trabajo (art. 234-9 CCCat) o la prestación alimentaria (art. 234-10 CCCat), en Inglaterra y Gales es posible que el demandante se sirva de la figura del *trust* para reclamar al demandado un interés basado en la equidad.

Además, la comparación entre los ordenamientos jurídicos catalán e inglés tiene sentido más allá de la mencionada separación de bienes durante el matrimonio o la convivencia en pareja estable. En este sentido, en Cataluña es frecuente que en el marco de la realización

⁴ Vid. en relación con el Derecho inglés, los casos *Abbey National Building Society v Cann* [1991] AC 56 (HL); *Williams & Glyn's Bank v Boland* [1981] AC 487 (HL); *CPS v Piper* [2011] EWHL 3570; *Segal v Pasram* [2008] 1 FLR 271; *Kingsnorth Finance v Tizard* [1986] 1 WLR 783.

de adquisiciones, un cónyuge intente destruir la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat alegando la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*. Aunque es verdad que existen diferencias entre el *trust* y la fiducia, no lo es menos que ambas instituciones hunden sus raíces en un mismo elemento: la confianza. Es en base a ella que los demandantes catalanes a menudo utilizan la fiducia para reclamar, como hacen los ingleses mediante los *implied trusts*, la verdadera propiedad de un bien. Habida cuenta de esta realidad, el presente trabajo puede contribuir en lo que al análisis de estas situaciones se refiere y, eventualmente, en la implementación de soluciones del *Common Law* en un sistema de *Civil Law*.

Estructuro la tesis en cuatro capítulos:

En el primero incido sobre el marco conceptual en el que se desarrolla el trabajo de tesis. En la primera parte del capítulo estudio qué consecuencias económicas entraña el matrimonio o la convivencia en pareja estable desde una perspectiva comparada europea. Desde el punto de vista del matrimonio doy razón de los distintos sistemas europeos de separación con participación tras la ruptura para, después, incidir específicamente en el régimen de separación de bienes catalán (art. 231-10, apdo. 2, CCCat). Desde la perspectiva de los convivientes en pareja estable, analizo los efectos patrimoniales de la convivencia a partir de lo dispuesto por algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, especialmente, por los arts. 234-1 y ss. del CCCat. En la segunda parte del capítulo desarrollo el sistema de separación de bienes con distribución por la autoridad competente, que rige en Inglaterra y Gales para las personas casadas, y la institución del *implied trust*, aplicable a los convivientes en pareja estable. En este contexto, hago hincapié en las figuras del *resulting trust*, del *common intention constructive trust* y del *proprietary estoppel*.

En el segundo capítulo analizo las adquisiciones realizadas por los cónyuges durante la convivencia a la luz de lo dispuesto por las normas de Derecho de familia que específicamente abordan esta cuestión: el art. 232-3, sobre adquisiciones onerosas, y el art. 232-4 CCCat, sobre titularidades dudosas. Más concretamente, buena parte del capítulo versa sobre la presunción de donación y sus potenciales problemas de aplicación. También expongo, aunque de forma más sucinta, la jurisprudencia de los tribunales catalanes sobre reclamaciones efectuadas por quienes, conviviendo en pareja estable, pagan en todo o en parte la contraprestación para adquirir un bien.

En el tercer capítulo estudio cómo se resuelven aquellos casos en los que los cónyuges o convivientes celebran negocios que, en la terminología acuñada por Federico DE CASTRO, son “anómalos”, es decir, que adolecen de “una deformación de la figura negocial, querida por quienes lo crean y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios, de la prevista y ordenada por las leyes”⁵. Incido especialmente en la fiducia *cum amico* y en las soluciones que el TSJC y las Audiencias Provinciales catalanas han dado para casos de Derecho de familia donde ésta se alega. En las últimas páginas, y de forma más breve, comparo las similitudes y diferencias que hay entre la fiducia y los *implied trusts* para, después, valorar hasta qué punto estos últimos pueden ayudar a adaptar mejor la fiducia, un negocio jurídico con su propia lógica y particularidades, al hecho familiar.

En el cuarto capítulo examino supuestos de gastos y mejoras realizados por un cónyuge o conviviente en el patrimonio del otro (o en los bienes comunes, en caso de adquisición conjunta). Tales inversiones no se circunscriben a un solo modelo puesto que son variadas y presentan distinta naturaleza. Consecuentemente, en la

⁵ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 329.

actualidad no se abordan desde una única norma. En el análisis me centro en tres supuestos: (a) las contribuciones asociadas al pago de deudas y, singularmente, del préstamo hipotecario contraído para la adquisición de la vivienda familiar; (b) las mejoras por razón de trabajo y (c) las mejoras por inversión de capital.

Finalmente, en las conclusiones doy razón de los aspectos más relevantes del trabajo y de si es factible, como ocurre en Inglaterra y Gales gracias a la *familiarization* -concepto que se fundamenta en la idea que los principios del Derecho de la propiedad, contratos y *equity and trusts* deben reinterpretarse para acomodarse mejor a las necesidades familiares⁶- diseñar en Cataluña soluciones específicas de Derecho de familia para resolver mejor los conflictos patrimoniales acontecidos en el seno familiar.

⁶ Vid. DEWAR, John, “Land Law, and the Family Home”, en Susan BRIGHT y John DEWAR (Eds.), *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 328.

CAPÍTULO PRIMERO

Los sistemas de separación de bienes y su incidencia en las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes

1. INTRODUCCIÓN

El matrimonio o la convivencia en pareja estable inciden en las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes. Sin embargo, cómo inciden es una cuestión compleja que varía sustancialmente de un ordenamiento jurídico a otro.

Desde la óptica matrimonial, el art. 1400 del Código civil francés prevé, por ejemplo, la aplicación supletoria de un sistema de comunidad de bienes (la denominada *communauté légale*) donde las adquisiciones realizadas por las partes durante el matrimonio o los bienes obtenidos gracias al ejercicio de su actividad profesional se integran en una masa patrimonial común (art. 1401 del Código civil francés)⁷. En Holanda el impacto del régimen económico es aún mayor. El art. 1:93 del Código civil holandés aboga por una suerte de comunidad universal donde la regla general es que pasan a formar parte del patrimonio conyugal todas las deudas y bienes que las partes tenían antes de contraer matrimonio y los que adquieran después⁸.

En el caso de las parejas estables, las consecuencias patrimoniales derivadas de la convivencia pueden ser también notables. Como veremos posteriormente, en Inglaterra y Gales, por ejemplo, es posible que una parte A reclame a la otra B un interés basado en la equidad sobre un bien (generalmente, de carácter inmueble) respecto del que solo B costa como titular.

⁷ Vid. a mayor abundamiento, FERRAND, Frédérique y BRAAT, Bente, *National report: France*, Commission on European Family Law, septiembre 2008 (<http://ceflonline.net/>).

⁸ Vid. a mayor abundamiento, BOELE-WOELKI, Katharina / SCHONEWILLE, Fred y SCHRAMA, Wendy, *National report: Netherlands*, Commission on European Family Law, septiembre 2008 (<http://ceflonline.net/>).

En el sistema catalán, que es en el que me centro, las relaciones patrimoniales constante matrimonio se estructuran en dos esferas distintas: la del llamado régimen primario y la del secundario o económico matrimonial. El primero regula los derechos y deberes de los cónyuges en relación con las necesidades básicas surgidas como consecuencia del matrimonio, en particular respecto de la vivienda familiar (art. 231-9 CCCat) y de los gastos familiares (art. 231-5 y ss. CCCat), así como la gestión y representación para satisfacer las necesidades y gastos familiares ordinarios (art. 231-4 y 231-7 CCCat) y la responsabilidad frente a terceros derivada de lo anterior (art. 231-8 CCCat). El segundo regula “el destino del excedente patrimonial acumulado por los cónyuges durante la convivencia y los derechos que uno y otro, respectivamente, pueden tener sobre este patrimonio una vez atendidas las necesidades mínimas, es decir, todo aquello que excede la solidaridad conyugal o familiar básica”⁹.

Este sistema pertenece a la familia del *Civil Law* o del derecho civil continental. Independientemente de que cada uno de los países integrantes de esta familia tenga diferencias (algunas de ellas muy notables) acerca del diseño y funcionamiento del régimen económico¹⁰, lo cierto es que, en última instancia, todos ellos persiguen regular las relaciones de propiedad entre los cónyuges. Este esquema difiere del generalmente usado por los países del *Common Law*¹¹. En el caso concreto de Inglaterra y Gales,

⁹ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 208 y 209.

¹⁰ Vid, por ejemplo, los dos modelos de regímenes económicos supletorios que establece la CEFL en los *Principles of European family Law Regarding Property Relations Between Spouses*. Por un lado, la sección A del capítulo III regula un sistema de participación en las ganancias mientras que, por el otro, la sección B del mismo regula un sistema de comunidad.

¹¹ Vid. PINTENS, Walter, “Matrimonial Property Law in Europe”, en Katharina BOELE-WOELKI, Jo MILES y Jens M. SCHERPE (Eds.), *The Future of*

simplemente porque no hay un conjunto de reglas ordenadoras de las relaciones patrimoniales entre cónyuges que puedan considerarse un régimen. Desde la *Married Women's Property Act* de 1882, la celebración del matrimonio no tiene efectos sobre la propiedad de los bienes de los cónyuges durante la convivencia, y es solamente cuando ésta cesa que la actual *Matrimonial Causes Act* de 1973 prevé un conjunto de remedios económicos orientados al *clean break* y a guiar la discrecionalidad judicial¹²¹³. En lo que a las relaciones en pareja estable se refiere, en aquella jurisdicción no existe legislación alguna que regule específicamente cómo debe repartirse el patrimonio acumulado una vez cesa la convivencia. Ello conlleva numerosos problemas relacionados con la titularidad de los bienes y las mejoras realizadas que se solucionan aplicando reglas generales del derecho de la propiedad, de los *trusts*, particularmente del *common intention constructive*¹⁴ y, más recientemente, del *proprietary estoppel*¹⁵.

A pesar de que los ordenamientos jurídicos europeos se doten de mecanismos heterogéneos para resolver problemas de raíz patrimonial entre cónyuges o convivientes, lo cierto es que las cuestiones conflictivas subyacentes en todo matrimonio o convivencia tienen un alto grado de homogeneidad y no varían demasiado de una jurisdicción a la otra. Los litigios por los

Family Property in Europe, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, p. 20.

¹² Vid. la secc. 25 de la *Matrimonial Causes Act 1973*.

¹³ El principio del *clean break*, actualmente recogido en la sección 25 A de la *Matrimonial Causes Act 1973*, tiene como objetivo promover la independencia de los cónyuges después del divorcio, de forma que todas las consecuencias y responsabilidades patrimoniales entre las partes queden sustanciadas con la disolución del matrimonio o en un futuro concreto mediante el pago de una determinada suma de dinero (*lump sum*). Vid. para más información al respecto HERRING, Jonathan, *Family Law*, 7ª ed., Pearson, Harlow (Reino Unido), 2015, pp. 228 a 232.

¹⁴ Vid. el caso paradigmático de *Lloyds Bank v Rosset* [1990] UKHL 14, [1991] 1 AC 107 (HL).

¹⁵ Vid. el caso *Southwell v Blackburn* [2014] EWCA Civ 1347.

derechos personales o *in rem* de una parte que ha adquirido o invertido en un bien cuya titularidad ostenta la otra son frecuentes en todos los tribunales, al margen de si son estos españoles, franceses, alemanes o ingleses. Y muchas veces no es suficiente con aplicar normas concretas de un régimen económico determinado para resolverlos. Como se verá en los capítulos segundo, tercero y cuarto, a menudo es necesaria la interacción entre reglas específicas de Derecho de familia y disposiciones generales del Derecho civil patrimonial. La realidad es compleja y, por lo tanto, las soluciones también lo son.

En la primera parte de este capítulo estudiaré qué consecuencias económicas produce el matrimonio tomando como referencia aquellos sistemas donde los patrimonios de los cónyuges se mantienen separados hasta el fin de la relación. En particular, haré hincapié en los regímenes económicos de Alemania, que se rige por un sistema de participación en las ganancias (*Zugewinnngemeinschaft*), y de los países nórdicos, que optan por un sistema de comunidad diferida (*deferred community of property*). También veré como Cataluña, igual que sucede en Baleares, se desmarca de estos dos ejemplos y, ante la ausencia de pacto en capítulos matrimoniales (art. 231-10, apdo. 1, CCCat), aplica el régimen de separación de bienes. En sede de convivientes en pareja estable abordaré la misma problemática a partir de lo dispuesto por algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, especialmente, por los arts. 234-1 y ss. CCCat. En la segunda parte del capítulo profundizaré en el sistema de Inglaterra y Gales que, como decía en la introducción, utilizaré en clave comparada.

2. LOS SISTEMAS EUROPEOS DE SEPARACIÓN CON PARTICIPACIÓN TRAS LA RUPTURA

En otoño de 1974, la profesora Mary Ann Glendon, de la Universidad de Harvard, publicó en la revista americana *Family Law Quarterly* un artículo titulado “Is There a Future for Separate Property?”. En él se abordaban básicamente dos cuestiones: por un lado, el número de mujeres casadas sin patrimonio privativo o recursos económicos propios que se dedicaban a tareas domésticas; por el otro, las reformas legislativas introducidas para paliar la estricta separación de bienes que operaba en cuarenta y dos estados americanos, preguntándose si éstas sintonizaban mejor con la ideología y comportamiento de la época que el sistema propugnado por las *Married Women’s Property Acts* estadounidenses de finales del siglo XIX¹⁶. Al final de su artículo, polémico, la autora defendía el sistema de separación de bienes argumentando, entre otras cosas, que éste era la mejor opción para seguir avanzando en la independencia económica de las mujeres¹⁷. La idea de fondo era la siguiente: los mecanismos de participación no incentivan al cónyuge económicamente más débil a ir al mercado laboral y ganarse el pan por su cuenta.

En el año 2017, más de cuarenta años después de la publicación del artículo, los matrimonios donde ambos cónyuges trabajan son habituales en nuestra sociedad, a pesar de la actual tasa de paro. Y la independencia económica de las partes propicia que sean muchos los que opten por regir sus relaciones patrimoniales a través de sistemas de separación¹⁸. Su característica principal es que, *de iure*,

¹⁶ *Is There a Future for Separate Property?*, *Family Law Quarterly*, Vol. 8, núm. 3, American Bar Association, Chicago, 1974, pp. 315 y 316.

¹⁷ *Idem*, pp. 325 a 328.

¹⁸ *Vid.* en este sentido, LAMARCA, Albert / FARNÓS, Esther / AZAGRA, Albert / ARTIGOT, Mireia, *Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?*, *InDret* 4/2003 (www.indret.com), pp. 7 a 11. Estos autores argumentan que el espectacular

no crean ningún patrimonio común durante el matrimonio sin perjuicio, claro está, que los cónyuges puedan formar comunidades de bienes entre sí. Cada parte es libre para gestionar sus propios recursos aunque en algunos casos (paradigmáticamente, la vivienda familiar) puedan existir restricciones a las facultades de disposición. Sin embargo, tras la extinción del vínculo matrimonial se plantea, como cuestión de política jurídica familiar, si, a pesar de la mencionada separación, deben existir mecanismos de participación o de compensación entre las partes y, en su caso, qué derechos y de qué naturaleza (personal o real) deben reconocerse a cada una.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales o de *Civil Law*, los aspectos relativos a las consecuencias de la separación o del divorcio se deciden dentro de un marco complejo que adopta un enfoque por pilares (*multi-pillar approach*)¹⁹. Los remedios son distintos y separados, y el régimen económico constituye solamente uno²⁰. En Cataluña, por ejemplo, los otros pilares pueden llegar a alcanzar hasta cinco pronunciamientos: el relativo al cumplimiento del derecho de alimentos (art. 237-1 CCCat); la contribución a los gastos familiares (art. 231-5 CCCat); la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar (art. 233-20 CCCat); la compensación económica por razón de trabajo (art. 232-5 CCCat) y la prestación compensatoria (art. 233-14 CCCat)²¹.

aumento de capitulaciones matrimoniales que en las últimas décadas ha tenido lugar en España se debe a que muchos cónyuges quieren salirse del régimen de comunidad, supletorio en el Código civil, para pasar a otro de separación de bienes. Ello les permite compartimentar sus respectivas masas patrimoniales, lo cual resulta estratégicamente beneficioso ante eventuales reclamaciones por parte de terceros acreedores.

¹⁹ DUTTA, Anatol, “Marital Agreements and Private Autonomy in Germany”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012, p. 161.

²⁰ SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, InDret 2/2014 (www.indret.com), p. 3.

²¹ *Vid.* para más información al respecto, FERRER, Josep, “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, en Àrea de Dret civil de la Universitat

Sin embargo, para responder la cuestión que planteaba, debemos dejar a un lado (por el momento) estos otros pilares, que abordan problemas distintos, y centrarnos en el mencionado régimen. Y aquí observamos que las respuestas que ofrecen los sistemas que abogan por la separación de bienes durante el matrimonio no son homogéneas sino que difieren notablemente.

El ordenamiento jurídico catalán y, más concretamente, el Libro segundo del Código civil de Cataluña, no prevé una participación automática de un cónyuge sobre el patrimonio del otro. Cada uno es dueño de todos los bienes que tenía antes de la celebración del matrimonio y de los que adquiriera después (art. 232-2 CCCat). Sin embargo, como veremos más adelante, en la práctica el rigor de la separación de bienes queda fuertemente matizado por la compensación económica por razón de trabajo (art. 232-5 CCCat), que, como señala FERRER, tiene “una clara vocación liquidadora del régimen”²².

En el resto de Europa continental hallamos básicamente dos sistemas que encajan dentro del modelo de separación: el de participación en las ganancias y el de comunidad diferida.

En el primero (*Zugewinnngemeinschaft*), cada cónyuge es propietario de sus bienes, tanto si los tenía antes de contraer matrimonio como si los obtiene después (§ 1363, apdo. 2, BGB). Además, las partes ostentan facultades de administración y disposición sobre sus respectivos patrimonios sin perjuicio de estar sometidas también a algunas restricciones legales (§§ 1365, apdo. 1, y 1369, apdo. 1, BGB). No obstante, a partir de la disolución del régimen tiene lugar

de Girona (Coord.), *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 77 a 80 y FERRER, Josep, “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012, pp. 354 a 357.

²² “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, cit., p. 77.

un reparto equitativo -y matemático- de las ganancias acumuladas por cada esposo²³.

La fórmula que se utiliza para el cálculo distingue entre “patrimonio final” y “patrimonio inicial”. El primero (*Endvermögen* en la terminología del BGB) refleja el valor que tienen los bienes propiedad de un cónyuge en el día en que se interpone la demanda de divorcio. El segundo (*Anfangsvermögen*, también según el BGB) refleja el valor de dichos bienes en el momento en que se inició el régimen. Una vez calculadas ambas masas patrimoniales se resta el patrimonio final del inicial para, después, igualar las ganancias. Ello se consigue sumando el valor patrimonial de cada cónyuge y dividiéndolo por dos. El que ostenta una menor ganancia tiene un derecho de crédito frente al otro que equivale a la diferencia patrimonial entre ambos²⁴. A pesar de la aparente sencillez de este sistema, en la práctica existen notables complicaciones para determinar el valor del patrimonio, especialmente en cuestiones relacionadas con acciones o participaciones en sociedades mercantiles, con derechos de propiedad intelectual, con indemnizaciones por responsabilidad extracontractual o con el incremento de valor de los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio²⁵.

El régimen de comunidad diferida es propio, como decía, de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) y, como sucede en la participación en las ganancias, el matrimonio

²³ Vid. para más información al respecto, DUTTA, Anatol, “Marital Agreements and Private Autonomy in Germany”, cit., pp. 158 a 199. Sobre los antecedentes históricos de este régimen, vid. DETHLOFF, Nina y MARTINY, Dieter, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, pp. 62 y 63.

²⁴ Vid. los §§ 1373 a 1390 del BGB.

²⁵ Vid. para más información al respecto, SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, cit., pp. 6 y 7.

no incide en el patrimonio de los cónyuges sino hasta después de su disolución. Mientras éste existe cada uno administra de forma separada sus bienes sin perjuicio también de algunas restricciones como la prohibición de enajenar la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge²⁶.

Con la ruptura del matrimonio, se forman tres grupos de bienes: los privativos de cada uno de los cónyuges y el común. En los primeros se engloban las donaciones o herencias recibidas con la condición de ser privativas, los bienes que en capítulos matrimoniales figuran dentro de esta categoría y los bienes de uso personal²⁷. El patrimonio común lo integra una suerte de comunidad universal compuesta por aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio y los que los cónyuges tenían antes de contraerlo.

Aunque la regla general de este sistema es el reparto equitativo de bienes, es posible que la autoridad judicial se aparte de este criterio si una división por igual arroja un resultado injusto. En Dinamarca, por ejemplo, es posible que en matrimonios de corta duración (generalmente, de menos de cinco años) o donde una de las partes tiene al inicio del matrimonio un patrimonio sustancialmente superior al otro, el juez transfiera algunos bienes del patrimonio común al privativo en ejercicio de su discrecionalidad²⁸. En Suecia y Finlandia se permite una división inequitativa de los bienes si “considerando la situación económica de los cónyuges, fuera injusto

²⁶ Vid. JÄNTERA-JAREBORG, Maarit, “Marital Agreements and Private Autonomy in Sweden”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012, pp. 373 y 374.

²⁷ Vid. PINTENS, Walter, “Matrimonial Property Law in Europe”, cit., p. 27.

²⁸ SCHERPE, Jens M., “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012, p. 454.

proceder a una división igualitaria”²⁹. El caso de Noruega merece mención aparte ya que, a diferencia del resto de países nórdicos, desde 1991 cada cónyuge puede excluir los bienes adquiridos antes del matrimonio o aquellos recibidos por donación o herencia del reparto que tiene lugar tras la ruptura³⁰.

La separación de bienes constante matrimonio también ha cristalizado en los *Principles of European Law Regarding Property Relations Between Spouses* que la *Comission on European Family Law* publicó en 2013. Y lo ha hecho con un modelo de participación en las ganancias (principios 4:16 a 4:32) que bebe, entre otras fuentes, de la *Zugewinnngemeinschaft* alemana. Su funcionamiento es el siguiente: cada cónyuge es propietario de su patrimonio, que comprende ganancias y bienes reservados³¹. En el momento de la liquidación se determina qué ha ganado cada uno teniendo en cuenta las donaciones excesivas, la disipación de bienes y otros aspectos que, intencionadamente, han hecho disminuir el activo patrimonial en perjuicio del otro cónyuge (principio 4:27). Si es necesario, también puede hacerse una compensación entre ganancias y patrimonio reservado (principio 4:28). En la fase de participación, los cónyuges se reparten por igual las ganancias netas, que equivalen al valor de las ganancias una vez deducidas las deudas [principio 4:31 (2)]. Así, el cónyuge que dispone de menos ganancias netas puede reclamar al otro la mitad de su excedente (principio 4:31).

²⁹ SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, cit., p. 8.

³⁰ Secc. 59 de la ley matrimonial noruega.

³¹ De acuerdo con el principio 4:18, las ganancias se integran por los bienes adquiridos durante el régimen que no son propiedad reservada, en particular los ingresos y rentas de cada cónyuge -tanto derivadas del salario como de su patrimonio- y los bienes adquiridos mediante dichos ingresos y rentas. La propiedad reservada (principio 4:19). se integra por los bienes adquiridos con anterioridad al inicio del régimen; las donaciones, herencias y legados adquiridos durante el régimen; los bienes adquiridos en sustitución de bienes reservados; los bienes de naturaleza personal o adquiridos para la profesión de un cónyuge y, finalmente, las plusvalías generadas por los bienes anteriores.

Fuera de la Europa continental, el sistema de Inglaterra y Gales, definido doctrinalmente como de separación con distribución por la autoridad competente³², arranca también del patrimonio separado de los cónyuges durante el matrimonio. Sin embargo, tras la ruptura el juez puede redistribuir discrecionalmente los bienes. Desde los casos de *White v White*³³ y *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*³⁴, la redistribución se basa en criterios de necesidad, compensación y reparto (*needs, compensation and sharing*)³⁵. Sobre ello volveré más adelante en el capítulo.

3. EL RÉGIMEN CATALÁN DE SEPARACIÓN DE BIENES

3.1. CONTEXTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Si apartamos la atención de los distintos sistemas europeos de separación de bienes durante la convivencia y nos centramos ahora en el escenario catalán, veremos que éste presenta una singularidad importante respecto de los anteriores: no contempla que, tras la disolución del régimen, un cónyuge participe necesariamente del valor del patrimonio del otro. Sin embargo, como es evidente, ello no equivale a afirmar que en Cataluña el matrimonio es neutro para la economía de las partes.

³² Vid. por todos, BOELE-WOELKI, Katharina, / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERA-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, p. 17.

³³ [2000] UKHL 54, [2001] 1 AC 596.

³⁴ [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618.

³⁵ Vid. en relación a estos tres requisitos THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, consultation paper num. 208, 2012,

Un ejemplo de la incidencia económica que tiene lo encontramos en los artículos 231-2 y siguientes del CCCat, ubicados dentro del título “El matrimonio: disposiciones generales y efectos”. En ellos se regulan algunos efectos patrimoniales vinculados al régimen primario. Entre otros, destaca el hecho que “[a]nte terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios” (art. 231-8 CCCat), y que el cónyuge titular de la vivienda familiar no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario sin el consentimiento del otro (art. 231-9, apdo. 1, CCCat).

Desde la óptica del régimen secundario, el régimen de separación de bienes también incide sobre el patrimonio privativo de los cónyuges. Y lo hace a través del art. 232-3 CCCat, relativo a las adquisiciones onerosas, y del art. 232-5 y ss. CCCat, acerca de la compensación económica por razón de trabajo. Estas dos disposiciones configuran, a mi entender, la esencia del actual régimen de separación catalán. Sin embargo, solamente con ellas no es posible comprender el funcionamiento y las características del mencionado régimen. Hay más.

El art. 231-10, apdo. 2, CCCat establece la separación de bienes como régimen legal supletorio. Su ámbito de aplicación se circunscribe a los siguientes escenarios: (a) cuando los cónyuges no han pactado capítulos matrimoniales y debe aplicarse la normativa catalana de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 9, apdo. 3, y 16 CC (disposiciones de derecho interregional); (b) cuando los cónyuges han pactado este régimen en capítulos, modificando así otro régimen legal supletorio (art. 231-19, apdo. 1, CCCat) o (c) cuando en los capítulos se ha pactado un régimen distinto al de separación de bienes y éstos resultan ineficaces por cualquier otra causa que no sea la nulidad del matrimonio o el divorcio.

En él cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, con los límites establecidos en la ley (art. 232-1 CCCat). A diferencia de los sistemas de comunidad, la celebración del matrimonio no altera ni la titularidad ni las facultades de las que goza el propietario dominical sin perjuicio de lo anteriormente mencionado en relación con la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario³⁶.

La separación del patrimonio de los cónyuges ha sido un rasgo distintivo del sistema catalán. En este sentido, la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960³⁷, basada en la tradición del Derecho romano, ya lo establecía en su art. 7³⁸. Además, consideraba como parafernales los bienes de la mujer (art. 49 CDCC)³⁹. No obstante, en aquellos casos en que, constante matrimonio, su procedencia no se pudiera justificar, operaba la presunción muciana y se consideraba que los bienes eran donación del marido (art. 23 en relación con el art. 20 CDCC)⁴⁰.

³⁶ Vid. para más información, LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 208 a 213.

³⁷ Ley 40/1960, de 21 de julio (BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960).

³⁸ En relación con el art. 7 CDCC 1960, sobre el régimen económico conyugal, vid. PUIG SALELLAS, Josep Maria, “Comentario al artículo 7 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, en Manuel ALBALABEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXVII, Edersa, Madrid, 1981, pp. 270 a 281.

³⁹ Los bienes parafernales eran aquellos “(...) propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiri[ese] después de contraído” (art. 49, párr. 1, CDCC de 1960). Su precedente más remoto se encuentra en distintos textos del *Corpus Iuris Civilis*. Concretamente, en el *Codex V*, 14, bajo el título “*De pactis conventis tan super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*”.

⁴⁰ Vid. acerca de la presunción muciana, GETE-ALONSO, María del Carmen, “Comentario al artículo 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, en Manuel ALBALABEJO, (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXVII, Edersa, Madrid, 1981, pp. 423 a 444.

Posteriormente, las leyes 13/1984⁴¹ y 8/1993⁴², aprobadas por el Parlamento de Cataluña, mantuvieron el régimen de separación sin perjuicio de introducir algunos correctivos -como la compensación económica por razón de trabajo- para prevenir posibles situaciones de injusticia y desigualdad entre cónyuges en el momento de la separación o el divorcio. Ello continuó con el Código de Familia de 1998⁴³, precursor del actual Libro segundo, que en su art. 10, apdo. 2, señalaba el carácter supletorio de la separación de bienes. De todos modos, y sin perjuicio de lo anterior, debo hacer hincapié (aún a riesgo de ser una obviedad) que el régimen de separación no constituye obstáculo alguno para que las partes puedan adquirir bienes conjuntamente.

La interrelación de economías que tiene lugar durante la convivencia favorece que los cónyuges compren por mitades indivisas o que ingresen sus rentas en cuentas bancarias indistintas o conjuntas. El principio de la autonomía de la voluntad permite crear, también en el régimen de separación, titularidades indivisas en comunidad romana donde, a diferencia de lo que sucede en los regímenes de comunidad, no se constituye una tercera masa patrimonial independiente; solamente existen los patrimonios privativos de los consortes. En estos casos se aplican las normas generales de la comunidad ordinaria indivisa (arts. 552-1 y ss. CCCat)⁴⁴, si bien para la división de los bienes debemos remitirnos a lo dispuesto por el art. 232-12 CCCat.

⁴¹ De 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña (DOGC núm. 420, de 28 de marzo de 1984).

⁴² De 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges (DOGC núm. 1807, de 11 de octubre de 1993).

⁴³ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998).

⁴⁴ Vid. PUIG I FERRIOL, Lluís, "Article 38: Béns privatius" en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 217 y 218.

En lo que se refiere a las facultades dominicales de los cónyuges, el art. 232-1 CCCat *in fine* las somete a las limitaciones que establece la ley, normalmente relacionadas con el régimen primario y los efectos del divorcio. Destacan en este punto las restricciones del art. 231-9 CCCat o la posibilidad de que, en sede de liquidación del régimen, un cónyuge tenga que hacer una atribución patrimonial a favor del otro por mandato judicial (art. 232-8, apdo. 1, CCCat). Sin embargo, ello dependerá de la existencia de una “causa justificada” que la ley no aclara en qué debe consistir⁴⁵. Además, y aunque no afecte directamente a las facultades dominicales, las partes deben contribuir a los gastos familiares con sus ingresos y patrimonio (arts. 231-5 y 231-6 CCCat) e informarse recíprocamente de la gestión patrimonial que llevan a cabo en relación con dichos gastos (art. 231-7 CCCat). Mención aparte merecen los supuestos de adquisiciones con pacto de supervivencia celebradas por los cónyuges o futuros contrayentes (art. 231-15 CCCat). En este caso, mientras vivan las partes los bienes adquiridos con este pacto “no pueden ser enajenados o gravados, sino es por acuerdo de ambos cónyuges” [letra a)], y ninguno de ellos “puede transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes” [letra b)]. Tampoco puede procederse a su división [letra c)].

3.2. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO Y SU INCIDENCIA EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

Una de las funciones del régimen económico es, como sabemos, la asignación de la titularidad de los bienes adquiridos y la distribución del excedente patrimonial acumulado por los cónyuges

⁴⁵ *Vid.* para más información al respecto RIBOT, Jordi, “Comentari a l’article 232-8”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 277 y 280.

durante el matrimonio. Los ordenamientos jurídicos reconocen a las partes derechos de propiedad - inmediatos o diferidos- o de crédito y, en función de ello, queda determinada la naturaleza del régimen y su clasificación. Sin embargo, estos derechos no necesariamente se extienden sobre la totalidad del patrimonio. Antes de proceder al reparto, los bienes deben clasificarse, y es en base a esa clasificación que la posterior distribución tiene lugar. En Inglaterra y Gales, por ejemplo, los tribunales distinguen cada vez más entre bienes matrimoniales y no matrimoniales, de modo que los segundos quedan excluidos del reparto que acontece después de la disolución del matrimonio salvo en los casos donde las necesidades no están cubiertas⁴⁶. Sobre ello volveré más adelante.

En Cataluña, el art. 232-2 CCCat señala que “son propios de cada uno de los cónyuges todos los [bienes] que tenía como tales cuando se celebró el matrimonio y los que adquiriera después por cualquier título”. Ello implica, por un lado, que el matrimonio por sí solo no atribuye a un cónyuge derechos en el patrimonio del otro; por el otro, que los bienes no se diferencian por razón de su adquisición. Solamente existe una clase de bienes durante el matrimonio, los propios, sin que exista una tercera masa patrimonial (como en los regímenes de comunidad) o una forma de titularidad diferenciada⁴⁷. Esta aparente ausencia de clasificación contrasta con el derecho comparado europeo donde, para determinar los intereses participativos de los cónyuges, suele distinguirse entre el patrimonio adquirido antes o después del matrimonio y, dentro de esta última categoría, entre si la adquisición fue a título oneroso o

⁴⁶ Vid. los casos de *White v White* y, posteriormente, de *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*. A mayor abundamiento, THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, cit, p. 97 (párr. 6.41).

⁴⁷ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-2”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 214.

gratuito / *inter vivos* o *mortis causa*⁴⁸. Con todo, las cosas son más complejas de lo que a primera vista puede parecer en base al art. 232-2 CCCat.

De un lado, y como ya sabemos, nada impide que los cónyuges compartan de forma conjunta y concurrente la titularidad dominical o de otro derecho real sobre un mismo bien (art. 551-1, apdo. 1, CCCat). Por lo general, ello se hace en forma de comunidad ordinaria indivisa, incluyendo los supuestos de propiedad temporal (art. 547-1 y ss. CCCat) o compartida (art. 556-1 y ss. CCCat) introducidos por la Ley 19/2015⁴⁹. Ante un eventual procedimiento de ruptura matrimonial con bienes en comunidad romana, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común. Además, si una de las partes lo solicita, la autoridad judicial puede considerar los mencionados bienes en su conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos (art. 232-12, apdo. 2, CCCat).

Del otro, desde la entrada en vigor del Libro segundo y, más singularmente, de la modificación de la compensación económica por razón de trabajo (art. 232-5 y ss. CCCat), el legislador catalán distingue -como mínimo desde un punto de vista funcional- entre distintas categorías de bienes cuando debe calcularse el importe de la mencionada compensación⁵⁰.

En este sentido, el patrimonio de cada uno de los cónyuges está integrado por los bienes que tiene en el momento de la extinción del régimen una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones

⁴⁸ *Vid.* por ejemplo, §§ 1374 y 1375 del BGB, donde se especifica qué bienes forman parte del patrimonio inicial de cada cónyuge y qué otros forman parte del final. Desde la óptica de un régimen de comunidad, *vid.* por ejemplo los arts. 1401 y ss. del Código civil francés.

⁴⁹ De 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (DOGC núm. 6927, de 4 de agosto de 2015).

⁵⁰ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-2”, cit., p. 215.

[art. 236-6, apdo. 1 a) CCCat]. A éste debe añadirse el valor de los bienes de que ha dispuesto a título gratuito, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge [art. 236-6, apdo. 1, b) CCCat]. Sin embargo, para el cálculo del incremento patrimonial, debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que éste se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia [art. 236-6, apdo. 1 c) CCCat].

La Resolución del Consejo de Europa (78)37, de 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad jurídica de los cónyuges, es un texto fundamental para entender el porqué de la compensación así como la evolución a escala europea del régimen de separación⁵¹. Su sección III, apdo. 8, reconoce el trabajo doméstico como una forma de contribución a las cargas familiares, y el apartado 14 de la misma declara que, en caso de disolución por nulidad o divorcio de un matrimonio sujeto a la separación de bienes, los Estados miembros deben asegurarse que el cónyuge afectado por una desigualdad económica originada en el matrimonio pueda obtener una parte equitativa del patrimonio del otro cónyuge o bien una indemnización. Desde su promulgación, estados como Austria han modificado sus respectivas legislaciones para adaptarlas al contenido de la Resolución⁵². Y la tendencia europea va en la misma dirección; un ejemplo es el principio 4:17 de los nuevos *Principles of European Law Regarding Property Relations Between Spouses*, el cual aboga, como comentaba con anterioridad, por un modelo de separación con participación en las ganancias.

⁵¹ Vid. en relación con la incidencia de la Resolución (78)37 respecto de la compensación económica por razón de trabajo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, p. 319.

⁵² Vid. §§ 81 a 98 de la ley matrimonial austríaca (EheG).

En Cataluña, la compensación económica, introducida primero mediante la reforma de la CDCC de 1993 y después modificada por el Código de familia de 1998 y el Libro segundo de 2010, permite mitigar el rigor de la separación de bienes y adaptar el régimen a las exigencias de la legislación y doctrina europeas⁵³. En palabras de NASARRE, la compensación es “una de las vías que prevé el ordenamiento para paliar la rigurosa separación de patrimonios cuando, por razón del matrimonio y por la actividad (...) de uno de los cónyuges, el otro ha visto incrementado en mayor medida su patrimonio al final del régimen”⁵⁴. Según el redactado actual del Libro segundo, para que proceda la compensación es necesario que se den dos requisitos, a saber: (a) haber trabajado para la casa sustancialmente más que el otro cónyuge, o para éste sin retribución o con una retribución insuficiente y (b) que en el momento de extinción del régimen el otro cónyuge haya tenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con lo establecido en las normas que regulan la separación de bienes (art. 232-5, apdos. 1 y 2, CCCat).

En términos abstractos, su función suscita importantes controversias, tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial. FERRER señala que pueden haber hasta tres: la restitutoria, la participativa y la indemnizadora⁵⁵. La primera se fundamenta en la ausencia (o insuficiencia) de retribución y en la

⁵³ En este sentido, el propio preámbulo del Libro segundo [sección III, letra c), párr. 9º] señala que la compensación es un “correctivo de los efectos nada deseables que en ocasiones produce este régimen [refiriéndose al de separación de bienes]”.

⁵⁴ “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 234.

⁵⁵ Vid. “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, cit., pp. 80 a 83.

producción de un enriquecimiento que beneficia al otro cónyuge⁵⁶. La segunda se basa en la desigualdad patrimonial y en la idea que el matrimonio y la convivencia implican “compartir”. La tercera se asienta en la pérdida de oportunidad que, al margen de los costes asumidos, tiene un cónyuge como consecuencia de haber trabajado para el otro⁵⁷.

En mi opinión, la función que desnaturaliza menos el régimen de separación es la restitutoria puesto que posiciones como la participativa aproximan el régimen a un modelo de participación en las ganancias. Con todo, en la actualidad tanto la jurisprudencia del TSJC como el preámbulo del Libro segundo se decantan más bien por entender que la compensación tiene, ante todo, una función participativa. En este sentido, y a modo de ejemplo, la STSJC 17.7.2014 (RJ 2014\4749); *MP: Maria Eugenia Alegret Brugués* señala que “(...) con dicha institución [refiriéndose a la compensación] se trata de conseguir un equilibrio patrimonial justo al momento de la crisis matrimonial (...)” (FJ 4º). Además, la regulación que se hace del cálculo de la compensación (art. 232-6 CCCat) así como la posibilidad de que la parte acreedora pueda participar en más de una cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges (art. 232-5, apdo. 4, CCCat) parecen confirmar esta tendencia.

⁵⁶ Esta es la posición que defiende el mencionado autor. *Vid.* en este sentido, FERRER, Josep, “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, cit., p. 82. En sentido similar, *vid.* PANISELLO, Juan, “Comentario al artículo 232-5”, en Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOPEDRA NAVAS (Coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, T.1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 309 a 315.

⁵⁷ *Vid.* a mayor abundamiento, ORTUÑO, Pascual, “Comentari a l’article 41 CF”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 236 y 237.

4. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA ESTABLE

4.1. LA HETEROGENEIDAD DEL (NO) MODELO EUROPEO

En los dos apartados anteriores hemos visto como el matrimonio en general y el régimen económico en particular inciden en las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Como decía en la introducción del trabajo y del capítulo, antes de analizar las problemáticas relativas a adquisiciones, fiducia *cum amico* y mejoras es importante comprender el marco conceptual en que éstas se incardinan. Y el mencionado marco no resulta completo sin hacer también referencia a los efectos patrimoniales derivados de la convivencia en pareja estable, cuya importancia es cada vez mayor debido al descenso del número de personas que deciden casarse⁵⁸.

En el continente europeo son los Estados quienes regulan con distintas intensidades los efectos de la convivencia en pareja estable. En este sentido, no existe a nivel supranacional ninguna directiva o reglamento que incida directamente sobre esta cuestión. Tanto la UE como el TEDH son reticentes a imponer obligaciones positivas sobre la materia debido, fundamentalmente, a la sensibilidad del tema y a su falta de competencia⁵⁹.

Si nos trasladamos al plano del derecho interno de los Estados, vemos que sus ordenamientos jurídicos pueden agruparse

⁵⁸ Sobre las causas que motivan esta bajada, *vid.* WAX, Amy L., “Diverging family structure and ‘rational’ behavior: the decline of marriage as a disorder of choice” en Lloyd L. COHEN y Joshua D. WRIGHT (Dir.), *Research Handbook on the Economics of Family Law*, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2011, pp. 15 a 71.

⁵⁹ *Vid.* por ejemplo, el caso *Saucedo Gomez c. España* (Nº 37784/97), de 26 de enero de 1999, donde el TEDH desestimó la petición de la parte demandante, que alegaba la vulneración del art. 14 en relación con el 8 de la Convención, y declaró admisible el trato distinto entre parejas casadas y no casadas.

básicamente a partir de dos premisas: (i) si asimilan o no las consecuencias (también patrimoniales) de la convivencia en pareja estable con las del matrimonio y (ii) si adoptan un modelo de inclusión (*opt-in agreement*) o de exclusión de la ley aplicable (*opt-out agreement*) a las relaciones de pareja estable.

El modelo *opt-in* se caracteriza fundamentalmente porque “(...) los convivientes manifiestan su voluntad de que la relación de convivencia que les une pase a regirse por un régimen jurídico que el legislador pone a su disposición. Tal declaración tiene carácter formal, ya que para la eficacia de las reglas previstas se requiere que la voluntad de constituir una pareja de hecho conste en documento público o sea objeto de inscripción (...)”⁶⁰. Por el contrario, en el modelo *opt-out* “(...) los miembros de la pareja no efectúan ninguna declaración formal relativa a querer someter su relación a una determinada regulación. Por ello, su relación se rige por un régimen jurídico predispuesto por el legislador que, en aras al respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es en su mayor parte dispositivo, es decir, que puede ser modificado, por lo que solo les será aplicable si nada pactan”⁶¹.

A partir de las dos variables anteriores [(i) y (ii)], pueden surgir hasta cinco escenarios distintos: (a) modelo *opt-in* con asimilación al matrimonio; (b) modelo *opt-in* sin asimilación; (c) modelo *opt-out* con asimilación; (d) modelo *opt-out* sin asimilación y (e) inexistencia de una regulación específica que aborde mediante normas propias del Derecho de familia las consecuencias patrimoniales de la convivencia en pareja estable⁶².

El primer modelo, en virtud del cual los convivientes gozan de la misma protección legal que tienen aquellos que han contraído

⁶⁰ MARTÍN, Miquel, *El derecho a la “convivencia anónima en pareja”*: ¿un nuevo derecho fundamental?, InDret 3/2013 (www.indret.com), p. 14.

⁶¹ *Idem*, p. 13.

⁶² Vid. MILES, Joanna, “Unmarried Cohabitation in a European Perspective”, en Jens M. SCHERPE (Ed.), *European Family Law: Family Law in a European Perspective*, Vol. 3, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016, pp. 101 a 113.

matrimonio siempre que se hayan inscrito como pareja estable, no es demasiado común en Europa sin perjuicio que algunas zonas de España, como por ejemplo Galicia⁶³ o el País Vasco⁶⁴, opten por él. En estos territorios, las partes pueden regular libremente sus relaciones patrimoniales durante la convivencia con los límites de la ley, la moral el orden público y la igualdad de derechos de quienes conviven.

El segundo, esto es, aquél donde las parejas inscritas tienen un nivel de protección inferior al del matrimonio, es característico de países como Bélgica o Francia. En este último caso, la legislación francesa ha cambiado el viejo criterio napoleónico de no reconocimiento de la convivencia en pareja estable (*les concubins ignorent la loi, la loi ignore donc les concubins*) y actualmente opta por el denominado *pacte civil de solidarité* (PACS). Su popularidad es alta en aquél país, y un número importante de parejas se acogen a él como paso previo al matrimonio⁶⁵. Desde el punto de vista patrimonial, las partes obtienen beneficios tributarios equiparables a los de las parejas casadas aunque, tras la ruptura, no tengan derecho a remedios económicos equivalentes. Durante la convivencia, las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja se rigen por lo que expresamente han pactado entre ellas y, en su defecto, por la separación de bienes. Nótese que esta solución difiere totalmente de la adoptada con las parejas casadas, que, como sabemos, están sometidas a un régimen de comunidad (la *communauté légale*)⁶⁶.

⁶³ Vid. la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (DOG núm. 127, de 2 de julio de 2007).

⁶⁴ Vid. la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV núm. 100, de 23 de mayo de 2003).

⁶⁵ Vid. para más información al respecto, FERRAND, Frédérique y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, *National report: France*, Commission on European Family Law, enero 2015 (<http://ceflonline.net/>), pp. 8 a 14.

⁶⁶ Vid. MILES, Joanna, “Unmarried Cohabitation in a European Perspective”, cit., p. 105.

El tercer modelo es relevante en la zona de los Balcanes (Croacia, Macedonia o Eslovenia, por ejemplo) y Ucrania, países todos ellos del este europeo. Su principal característica es que los convivientes gozan de una protección equivalente a la de los cónyuges sin necesidad de registrarse como pareja. Por lo general, las relaciones patrimoniales de las partes se rigen por un sistema de comunidad con lo que, igual que sucede en caso de matrimonio, todos los bienes adquiridos después del inicio de la convivencia como consecuencia del trabajo o del rendimiento de otros bienes pasan a formar parte del patrimonio común⁶⁷. La explicación a este reconocimiento tan notable de los efectos de convivencia en pareja estable se justifica no solo por una concepción más liberal del matrimonio sino también por la histórica influencia comunista en aquellos países y el deseo de proteger a las mujeres de las zonas rurales que, tradicionalmente, tenían una posición vulnerable⁶⁸.

El cuarto confiere a las parejas que conviven informalmente, esto es, sin haberse registrado, algunos derechos y deberes que, aún dispensar cierta protección jurídica, no equivalen a los de las parejas casadas. Ejemplos de este modelo son Irlanda, Suecia o Noruega. Las partes pueden excluir, si así lo desean, los efectos que la ley dispone (acuerdo de *opt-out*) puesto que, normalmente, las normas no son de carácter imperativo⁶⁹. En cuanto a los efectos patrimoniales derivados de la convivencia, rige la separación de bienes. La regla general es que en cada uno tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de sus bienes y es responsable de sus deudas. Con todo, pueden existir algunas

⁶⁷ Vid. por ejemplo y a mayor abundamiento, REŠETAR, Branka y LUCIĆ, Nataša, “Questions 2 and 5”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, pp. 47 y 48, y 169, respectivamente.

⁶⁸ Vid. MILES, Joanna, “Unmarried Cohabitation in a European Perspective”, cit., p. 108.

⁶⁹ *Idem*, p. 110.

limitaciones a las facultades de disposición de las partes en lo relativo a la vivienda familiar y los bienes que la integran⁷⁰.

En el último modelo no existe, como comentaba anteriormente, una regulación *ad hoc* relativa a las consecuencias de la convivencia en pareja estable, especialmente en lo que se refiere a su extinción. Sin embargo, como es evidente, la inexistencia de legislación específica sobre la materia no significa que no haya normas que regulen sus efectos patrimoniales. Como veremos más detalladamente en las páginas siguientes, siguen estando los remedios que, con carácter general, el derecho patrimonial dispensa (p. ej. enriquecimiento injusto, *trusts*, liquidación de estados posesorios, etc.). La mayoría de los países europeos, Inglaterra, Alemania o Italia incluidas, forman parte de este grupo⁷¹. Las causas que motivan la ausencia de normativa específica en el ámbito de la convivencia en pareja estable son múltiples, variadas y, en buena medida, responden a la idiosincrasia de cada sociedad. No obstante, la suma de todas ellas nos lleva a una conclusión en común: hasta la fecha Europa sigue siendo mayoritariamente un continente matrimonio – centrista⁷².

⁷⁰ En Suecia, por ejemplo, es necesario el consentimiento del otro conviviente para enajenar la vivienda o los bienes familiares (§ 23 de la ley sueca sobre convivencia). *Vid.* para más información, JÄNTERA-JAREBORG, Maarit / BRATTSTRÖM, Margareta / ERIKSSON, Lisa Marie, “Questions 24 and 27”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015, pp. 577 a 578 y 621 a 622, respectivamente.

⁷¹ En relación con Alemania *vid.* a mayor abundamiento, DETHLOFF, Nina / MARTINY, Dieter / ZSCHOCHE, Mirjam, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015, pp. 66 y 67. En relación con Italia *vid.* a mayor abundamiento, PANFORTI, Donata, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015, pp. 71 a 73.

⁷² *Vid.* MILES, Joanna, “Unmarried Cohabitation in a European Perspective”, *cit.*, pp. 113 y 114. En el mismo sentido, SCHERPE, Jens M, *The*

4.2. LA REGULACIÓN CATALANA

Examinados los principales modelos europeos que regulan las relaciones de convivencia en pareja estable y sus efectos patrimoniales, queda aún por ver cómo se ha resuelto esta cuestión en Cataluña.

Desde el punto de vista estadístico, la tendencia catalana es la misma que la del resto del continente: cada vez son menos las personas que deciden casarse. Durante el período 2004-2014, el número total de matrimonios celebrados en Cataluña pasó de 33.460 a 26.114, lo que supone una disminución de un 21,9%. Si comparamos estas cifras con las del resto de España, veremos que allí el retroceso es aún mayor. Tomando como referencia el mismo período de tiempo, se pasó de celebrar 216.149 matrimonios a 159.279, lo que supone una disminución de un 26,3%⁷³. Por el contrario, cada vez son más las personas que deciden mantener una relación en pareja estable. En este sentido, el porcentaje de nacidos fuera del matrimonio (uno de los indicadores que, aún ser claramente imperfecto, da evidencia indirecta del aumento de formas de convivencia distintas a la matrimonial) pasó, durante el período 2004-2014, del 28,29% al 46,96% en Cataluña y del 25,05% al 42,52% en España, lo que supone un aumento del 39,75% en el primer caso y de 34,57% en el segundo⁷⁴.

El Parlamento catalán, entre cuyas competencias está la de legislar sobre la convivencia en pareja estable⁷⁵, aborda esta realidad

Present and Future of European Family Law, Vol. 4, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016, pp. 70 y 71.

⁷³ Fuente: INE: Matrimonios por lugar de residencia (www.ine.es).

⁷⁴ Fuente: INE: Porcentaje de nacidos de madre no casada (www.ine.es).

⁷⁵ De acuerdo con el art. 149.1.8 CE, el legislador estatal es el único competente para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. Sin embargo, las comunidades autónomas con competencias en

atribuyendo a los convivientes los mismos derechos que tienen los cónyuges casados en separación de bienes⁷⁶. Y lo hace a partir de un modelo que permite el reconocimiento de la pareja tanto por formalización en escritura pública como por el cumplimiento de algunas condiciones factuales⁷⁷. Más concretamente, el art. 234-1 CCCat señala que dos personas que, independientemente de su orientación sexual, conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable si: (a) conviven más de dos años ininterrumpidos; (b) tienen un hijo en común o (c) formalizan, como decía, su relación en escritura pública. No obstante, esta disposición no es aplicable a los convivientes que incurrir en alguno de los impedimentos que señala el art. 234-1 CCCat.

El modelo persigue, entre otras cosas, proteger a la parte económicamente más débil tras el cese de la convivencia (escenario *inter vivos*) o beneficiar a quién presumiblemente el causante hubiera querido favorecer (escenario *mortis causa*)⁷⁸. Sin embargo, a raíz de la STC 23.4.2013 (RTC 2013\93); *MP: Adela Asua Batarrita*, dictada a propósito de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables⁷⁹, es posible que en un futuro la constitucionalidad del mencionado modelo sea cuestionada. En aquella resolución el TC argumentó que

materia civil pueden entrar a regular la convivencia estable *more uxorio* puesto que ésta no es una realidad equivalente a la matrimonial. *Vid.* en este sentido, la STC 23.4.2013 (RTC 2013\93); *MP: Adela Asua Batarrita* (FJ 5º).

⁷⁶ *Vid.* LAMARCA, Albert, “The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Spain and Catalonia”, en Jens M. SCHERPE (Ed.), *European Family Law: The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, Vol. 2, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016, p. 306.

⁷⁷ MARTÍN, Miquel, *El derecho a la “convivencia anónima en pareja”*: ¿un nuevo derecho fundamental?, cit., p. 7.

⁷⁸ TARABAL, Jaume “Comentari a l’article 234-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 541.

⁷⁹ BON núm. 82, de 7 de julio del 2000.

establecer por defecto un régimen jurídico respecto al cual las partes no han manifestado la voluntad de someterse vulnera el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁸⁰. Dejando a un lado el hecho de que este razonamiento es tan cuestionable como peculiares sus consecuencias⁸¹, lo cierto es que, como sabemos, el legislador catalán atribuye efectos jurídicos de carácter tuitivo a favor del conviviente más perjudicado por el cese de la convivencia. Consecuentemente, falta por ver en qué medida estas disposiciones de *opt-out* encajan en el modelo de convivencia anómica en pareja que el TC parece avalar⁸².

En el terreno de las relaciones patrimoniales durante la convivencia, que es el que más nos interesa a los efectos del trabajo, el art. 234-3 CCCat es la única disposición legal que se refiere a esta cuestión. Y lo hace por medio de tres reglas distintas: la primera señala que “[l]as relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia”; la segunda nos remite al art. 231-9 CCCat en materia de disposición de la vivienda familiar; por último, el tercer párrafo recoge la posibilidad de que los convivientes puedan adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En tal caso, el Código se remite a la aplicación de los arts. 231-15 a 231-18 CCCat.

⁸⁰ Vid. los fundamentos jurídicos 8º y 9º de la sentencia.

⁸¹ Vid. en este sentido, MARTÍN, Miquel, *El derecho a la “convivencia anómica en pareja”*: ¿Un nuevo derecho fundamental?, cit. Este autor argumenta, con razón, que con su sentencia el TC introduce un nuevo modelo de regulación de asunción individualizada (*single opt-in*), el cual es singular desde la perspectiva comparada. En relación con el razonamiento de que la imposición de derechos y deberes sin el consentimiento expreso (*opt-in*) de las partes constituye una vulneración de la autonomía privada, vid. SCHERPE, Jens M, *The Present and Future of European Family Law*, cit., pp. 73 a 76.

⁸² El concepto de “convivència anómica en pareja” ha sido acuñado por el profesor Miquel Martin. Vid. en este sentido, MARTÍN, Miquel, *El derecho a la “convivencia anómica en pareja”*: ¿Un nuevo derecho fundamental?, cit., p. 2.

La actual regulación de las parejas estables difiere notablemente de la prevista en la LUEP⁸³. Aunque ésta admitía la validez de los pactos celebrados entre convivientes -independientemente de su forma verbal o escrita- para regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia (arts. 3, apdo. 1, y 22, apdo. 1), lo cierto es que la autonomía de la voluntad quedaba limitada por algunas normas que incidían tanto en los efectos derivados de la extinción de la unión (fundamentalmente, arts. 13, 14 y 18 en las relaciones heterosexuales y 31, apdos. 2 y 3, y 33, en el caso de las homosexuales) como en el régimen durante la convivencia. En este último caso, la ley disponía sobre los gastos familiares, la solidaridad en las obligaciones contraídas por razón de gastos comunes, los alimentos y la vivienda común (arts. 4, 5, 8 y 11, respectivamente, en relaciones heterosexuales y 23, 24, 26 y 28, para las homosexuales)⁸⁴. El cambio de modelo se apoya en la evolución legal -básicamente, el reconocimiento del matrimonio homosexual por parte de la Ley 13/2005⁸⁵- y social -progresiva acentuación de la heterogeneidad de hecho familiar y de las relaciones de pareja- que en los últimos años ha tenido lugar⁸⁶.

El primer apartado del vigente art. 234-3 CCCat se sirve de la autonomía de la voluntad para organizar las relaciones personales y patrimoniales de las partes mientras dura la convivencia. Los patrimonios de los convivientes están separados, y no existe conexión entre ambos salvo para corregir desequilibrios tras el fin de la relación (esencialmente, a través del los arts. 234-9, sobre la

⁸³ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998).

⁸⁴ Vid. TARABAL, Jaume y CUMELLA, Antoni, “Comentari a l’article 234-3”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 551 y 552.

⁸⁵ De 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

⁸⁶ TARABAL, Jaume y CUMELLA, Antoni, “Comentari a l’article 234-3”, cit., p. 552. Vid en relación con la heterogeneidad familiar, SALVADOR, Pablo y ALASCIO, Laura, “Comentari a l’art. 231-1”, cit., pp. 55 a 69.

compensación económica por razón de trabajo, y 234-10 CCCat, acerca de la prestación alimentaria) y en los casos de adquisición conjunta, donde se crea una comunidad ordinaria indivisa por cuotas iguales (arts. 551-1, apdo. 3, en relación con el art. 552-1, apdo. 3, CCCat). Los convivientes también pueden ser cotitulares de cuentas bancarias indistintas, sin que ello prejuzgue el condominio de los fondos o, para el caso de que el dinero fuera solamente de uno, la presunción de donación de éste al otro⁸⁷. En los pactos impera la libertad de forma (como en la LUEP), aunque, en cuanto al contenido, la mencionada autonomía de la voluntad tiene como límites los arts. 111-6 y 111-7 CCCat y 1255 CC así como aquellos que operan respecto los pactos en previsión de ruptura (art. 231-20 CCCat).

Igual que sucede en el matrimonio, los supuestos de carácter patrimonial más problemáticos son aquellos donde un conviviente adquiere un bien con cargo al patrimonio del otro o se beneficia de gastos sufragados y mejoras realizadas por su pareja. En estos casos existen básicamente dos posibles soluciones: o bien reconocer un derecho de crédito a A (p. ej. considerando que hay un préstamo simple y tácito entre las partes), o bien entender que la causa de la atribución patrimonial que una parte A realiza a favor de otra B es el *animus donandi* de la primera. En los capítulos segundo, tercero y cuarto trataré sobre estas cuestiones. Sin embargo, antes de adentrarme en ello, creo que es necesario exponer cómo funciona el sistema de Inglaterra y Gales, que, como señalaba anteriormente, sirve de principal referencia comparada.

⁸⁷ En relación con la titularidad de los fondos y de la cuenta bancaria *vid.*, entre otras, la SAPB, Secc. 1ª, 14.9.2010 (JUR 2010\375523); *MP: Antonio Ramón Recio Córdova*. Sobre la presunción de donación en los fondos de titularidad indistinta, *vid.* la STSJC 8.6.2015 (JUR 2015\197360); *MP: Juan Manuel Abril Campoy*.

5. EL SISTEMA DE INGLATERRA Y GALES (I): LAS PERSONAS CASADAS Y LA *ANCILLARY RELIEF*

5.1. CONTEXTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Las problemáticas sobre titularidades, fiducia y mejoras no se circunscriben únicamente al sistema catalán sino que, como es evidente, también inciden en otros ordenamientos jurídicos. Entre ellos destaca el inglés. Ni en este sistema ni en el catalán existen derechos automáticos de naturaleza personal o real derivados del matrimonio o la convivencia en pareja estable. Por ello es especialmente importante determinar quién ostenta la titularidad dominical de un determinado bien. En las páginas siguientes desarrollo el segundo bloque del capítulo, centrado en ofrecer una visión general (aunque sintética) que ayude a comprender el funcionamiento de las relaciones patrimoniales de personas casadas o en pareja estable en Inglaterra y Gales.

Empezando por las primeras, el sistema de separación de bienes con distribución por la autoridad competente está basado, como sabemos, en el patrimonio separado de los cónyuges durante el matrimonio. En este sentido, cada uno es propietario exclusivo de sus bienes (salvo en las adquisiciones conjuntas), los administra y es responsable de las deudas que pueda contraer⁸⁸.

No existen normas específicas de Derecho de familia que regulen las relaciones económicas entre cónyuges constante matrimonio, por lo que se aplican reglas generales del Derecho privado, particularmente del Derecho de contratos y del Derecho de *equity and trusts*. En caso de que uno de los cónyuges contribuya

⁸⁸ Vid. las secciones 1 y 2 de la *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935*, disponible en www.legislation.gov.uk.

económicamente a adquirir un bien inmueble pero no conste como titular (*legal owner*), es posible acudir a la sección 53 (1) (b) y 53 (2) de la *Law of Property Act 1925*, relativa a los *express e implied trusts*, en relación con la sección 14 de la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, de carácter procesal, con el fin de que la autoridad judicial le reconozca un interés basado en la equidad (*beneficial interest*)⁸⁹.

A diferencia de la mayoría de ordenamientos jurídicos de Europa continental, ni Inglaterra ni Gales disponen de normas específicas sobre el régimen primario. Así, por ejemplo, los gastos familiares se regulan a partir de normas del Derecho de contratos o de propiedad; un cónyuge no puede ostentar la representación del otro si ésta no le ha sido previamente conferida por poderes ante un abogado y no hay responsabilidad solidaria frente a terceros por las obligaciones contraídas para atender a las necesidades familiares⁹⁰. Con todo, en relación con la vivienda familiar, el legislador inglés sí establece algunas reglas propias del Derecho de familia. En este sentido, durante el matrimonio, la *Family Law Act 1996* reconoce a ambos cónyuges un derecho de uso sobre la vivienda -independientemente de quien sea el propietario- e impide que el que consta como titular la enajene a terceros sin el consentimiento del otro⁹¹.

⁸⁹ Los arts. 53 (1) (b) y (2) de la *Law of Property Act 1925* disponen, respectivamente, que “(1) Subject to the provision hereinafter contained with respect to the creation of interests in land by parol (...) (b) a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will; (2) This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts”. A su turno, el art. 14 (1) de la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* señala que “[a]ny person who is a trustee of land or has an interest in property subject to a trust of land may make an application to the court for an order under this section”.

⁹⁰ Vid. BARLOW, Anne, “Questions 8, 9 and 13”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, pp 145, 162 y 220, respectivamente.

⁹¹ Vid. las secciones 30 y 31 de la *Family Law Act 1996*.

Para el caso de que cese la convivencia, se distingue entre dos escenarios, estos son, la separación de hecho por un lado, y el divorcio, nulidad o separación judicial por el otro. En el primero, los cónyuges mantienen su patrimonio separado sin que, salvo pacto en contrario, haya reparto de bienes o participación en las ganancias del otro. En el segundo, la autoridad judicial redistribuye discrecionalmente los bienes de cada uno de los cónyuges teniendo en cuenta lo dispuesto en la segunda parte de la *Matrimonial Causes Act 1973*. Esta característica, fundamental para diferenciar el sistema anglosajón del resto de ordenamientos jurídicos europeos, es relativamente reciente en el tiempo. Debemos distinguir entre tres períodos: el anterior a la aprobación de la *Married Women's Property Act 1882*, el que va desde la citada aprobación hasta a la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*, y el que sigue después, regido por la mencionada *Matrimonial Causes Act 1973*.

Antes de la *Married Women's Property Act 1882*, las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regían por el principio eclesiástico de la unidad de la persona (*erunt animae duae in carne una*), con la consecuencia de que todos los bienes de la mujer pasaban a ser propiedad del marido una vez se ésta se casaba⁹². Sin embargo, con la promulgación en 1882 de la mencionada ley, se suprimieron los efectos que matrimonio tenía sobre el patrimonio de las partes. La nueva regla imperante era la de la separación absoluta del patrimonio de los cónyuges, sin que hubiera redistribución de bienes una vez disuelto el matrimonio. Aunque a simple vista pudiese parecer que ello beneficiaba a la mujer, quien seguía siendo titular de sus bienes, lo cierto es que las consecuencias de esta normativa le eran claramente perjudiciales. A finales del siglo XIX, solo un pequeño porcentaje de mujeres era suficientemente acaudalado como para poseer bienes por su cuenta. La mayoría no

⁹² Vid. BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 483 y 484.

disponían de patrimonio propio y tampoco formaban parte del mercado laboral. Su labor se centraba en tareas domésticas y raras veces tenían la oportunidad de obtener ingresos propios durante el matrimonio.

Con el fin de combatir la injusticia que provocaba la estricta aplicación de las normas del Derecho de la propiedad y del *trust* (expreso o tácito) en el ámbito familiar, donde el propietario de los bienes acostumbraba a ser el marido, desde 1948 los tribunales ingleses fueron ampliando progresivamente su discrecionalidad con el fin de poder incidir en los derechos de propiedad de cada parte. Para ello se sirvieron de la sección 17 de la *Married Women's Property Act 1882*, que inicialmente tenía un carácter fundamentalmente procesal⁹³, para conferir una participación basada en la equidad al cónyuge que hubiera contribuido a que el otro pudiera adquirir un bien, normalmente la vivienda familiar⁹⁴. Sin embargo, esta forma de impartir justicia creó ciertas reservas a un importante sector doctrinal y jurisprudencial, que percibía en el modelo un cierto riesgo de caer en un sistema basado en la *palm tree justice* o arbitrariedad. No ayudaron a mejorar esa opinión los casos *Hine v Hine*⁹⁵ o *Appleton v Appleton*⁹⁶, ambos resueltos por Lord Denning MR en base a lo que él consideró como justo y no partiendo de las reglas sobre adquisición y cuantificación aplicables

⁹³ Literalmente, el artículo señalaba que “[i]n any question between husband and wife as to the title to or possession of property, either party (...) may apply (...) in a summary way to any judge of the High Court of Justice in England or in Ireland (...) and the judge (...) may make such order with respect to the property in dispute, and as to the costs of and consequent on the application as he thinks fit”.

⁹⁴ Vid. por ejemplo los casos *Re Rogers' Question* [1948] 1 All ER 328 (CA); *Rimmer v Rimmer* [1952] 2 All ER 863 (CA); *Cobb v Cobb* [1955] 2 All ER 696 (CA) o *Fribance v Fribance* [1957] 1 All ER 357 (CA).

⁹⁵ [1962] 3 All ER 345 (CA).

⁹⁶ [1965] 1 All ER 44 (CA).

al *trust*⁹⁷. En 1970, primero con *Pettitt v Pettitt*⁹⁸ y después con *Gissing v Gissing*⁹⁹, la *House of Lords*¹⁰⁰ volvió a la ortodoxia e intentó pasar del uso de la discrecionalidad judicial, sensible con el contexto familiar, a la aplicación generalista de los principios y normas del derecho privado, independientemente de la relación entre las partes. El problema con el que se topó no es nuevo: las normas del derecho de la propiedad no están pensadas para resolver problemas de Derecho de familia.

En el caso de *Pettitt v Pettitt*, el Sr. Harold Pettitt reclamaba a su esposa, la Sra. Hilda Pettitt, un interés sobre la vivienda familiar, conocida como *Tinker's Cottage*. El inmueble había sido adquirido gracias al dinero de la mujer y solamente ella constaba como propietaria. Sin embargo, durante la vida matrimonial, el marido realizó mejoras en la vivienda tales como la instalación de armarios o la plantación del césped. De acuerdo con su punto de vista, ello había incrementado el valor de la casa en 1.000 libras. La *House of Lords*, difiriendo del criterio sostenido por la *Court of Appeal*, rechaza la pretensión del Sr. Pettitt y argumenta que sus contribuciones no tienen carácter extraordinario. Además, señala, para que pueda reconocerse un interés basado en la equidad, las contribuciones respecto de la adquisición del bien deben ser directas.

En *Gissing v Gissing*, Raymond y Violet Gissing, casados, comparon un inmueble respecto del que solamente el marido constaba como titular. Para sufragar la adquisición el Sr. Gissing solicitó dos préstamos: uno de hipotecario y otro concedido por la empresa en la que trabajaba. La Sra.

⁹⁷ Vid. para más información al respecto, HAYWARD, Andrew, *Judicial Discretion in Ownership Disputes over the Family Home*, tesis doctoral pendiente de publicación, 2013, pp. 106 a 109.

⁹⁸ [1970] AC 777 (HL).

⁹⁹ [1971] AC 886 (HL).

¹⁰⁰ El Comité de Apelaciones de la *House of Lords* fue la más alta instancia judicial de Reino Unido hasta octubre de 2009. Actualmente, es la *Supreme Court of the United Kingdom*, un nuevo órgano judicial que tiene la última palabra en todos los asuntos civiles y penales que acontecen en Reino Unido, con la excepción de Escocia. Allí es la *High Court of Justiciary* la que en las cuestiones penales decide en último lugar. En relación con la creación de la *Supreme Court*, vid. el informe del Departamento de Asuntos Constitucionales de Reino Unido “Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom”, elaborado en julio de 2003 (<http://www.justice.gov.uk>).

Gissing, aún no contribuir ni directa ni indirectamente al pago de la contraprestación, utilizó parte de su patrimonio privativo para comprar muebles para la casa. Después de la ruptura de la relación, la ex esposa alegó que en más de una ocasión el Sr. Gissing le había manifestado que el inmueble también le pertenecía a ella. Además, según su versión, éste también le había prometido que continuaría pagando las cuotas de amortización de la hipoteca después del divorcio. La *House of Lords* señala que la Sra. Gissing no puede reclamar ningún interés sobre la casa dado que sus contribuciones para con la adquisición del bien no fueron directas ni indirectas.

Casi en paralelo a los dos últimos casos, el 1 de enero de 1971 entró en vigor la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*. Con esta ley, aplicable solamente a las parejas casadas, el legislador británico confería poderes a los tribunales para, entre otros, redistribuir los bienes una vez producida la ruptura matrimonial u ordenar el pago de sumas dinerarias entre los cónyuges. Después, la *Matrimonial Causes Act 1973*, vigente hasta día de hoy, profundizó en el sistema de separación de bienes con distribución por la autoridad competente. En este sentido, reconoce discrecionalidad al juez para ordenar el pago periódico (o único) de una determinada suma dineraria¹⁰¹, repartir los derechos sobre pensiones futuras (*pension sharing*)¹⁰², asignar la titularidad de un bien a uno de los cónyuges¹⁰³ u ordenar la venta de patrimonio¹⁰⁴. En cualquier caso, antes de redistribuir los bienes o de aplicar cualquier remedio económico, la autoridad judicial debe ponderar las variables dispuestas en la sección 25 (1) y (2) de la ley que, aún sin seguir un orden jerárquico, están llamadas a orientar la decisión judicial con el objetivo de conseguir un resultado justo (*fair outcome*)¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Matrimonial Causes Act 1973*, sección 23.

¹⁰² *Idem*, sección 24 B.

¹⁰³ *Idem*, sección 24 A.

¹⁰⁴ *Idem*, sección 24.

¹⁰⁵ La sección 25 (1) y (2) de la *Matrimonial Causes Act 1973* dispone lo siguiente:

“(1) It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24, 24A or 24B above and, if so, in what manner, to

Además, cuando sea posible, la *ancillary relief* -un concepto propio del derecho inglés que se refiere a todas las consecuencias económicas o patrimoniales derivadas de una separación o divorcio, sin cubrir los aspectos relativos a los menores- debe tener en cuenta también el principio de *clean break*.

5.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA *ANCILLARY RELIEF*

Si bien es cierto que las variables de la sección 25 son clave para dar respuesta a los efectos patrimoniales que se producen tras la ruptura, no lo es menos que adolecen de una notable inconcreción sobre cómo deben aplicarse. Para cubrir esta laguna, los tribunales

have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen.

(2) As regards the exercise of the powers of the court under section 23(1)(a), (b) or (c), 24, 24A or 24B above in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters—

(a) the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;

(b) the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;

(c) the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;

(d) the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;

(e) any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;

(f) the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;

(g) the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;

(h) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring”.

ingleses han desarrollado, mediante su jurisprudencia, unos principios complementarios que permiten guiar mejor la discrecionalidad judicial.

Antes de la paradigmática sentencia de *White v White*, los jueces ingleses resolvían las cuestiones patrimoniales derivadas de la ruptura matrimonial a la luz de criterios como el de las necesidades razonables (*reasonable requirements*)¹⁰⁶. Ante una reclamación que tuviera por objeto la aplicación de los remedios económicos previstos en las secciones 23 (*financial provisions*) y 24 (*property adjustment orders*) de la *Matrimonial Causes Act 1973*, el juez optaba por una solución que permitiera al demandante satisfacer razonablemente sus necesidades económicas. Para determinarlas, se utilizaban criterios como la edad y el estado de salud del demandante, la duración del matrimonio o el estándar de vida de las partes antes de la ruptura¹⁰⁷. Sin embargo, la redistribución patrimonial no iba más allá. El cónyuge económicamente más débil nunca participaba del patrimonio del otro ni que, por sus contribuciones (p. ej. el trabajo), hubiera coadyuvado a formarlo.

En *White v White* la *House of Lords* modificó este criterio. Y lo hizo indicando que las resoluciones judiciales debían perseguir ante todo un resultado justo para las partes. En este sentido, se inclinó por

¹⁰⁶ BARLOW, Anne, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, pp 56 a 58.

¹⁰⁷ Vid. el caso *Dart v Dart* ([1996] 2 FLR 286, CA). Más concretamente, en la sentencia se dice que “[a]s a matter of ordinary language what a person requires is likely to be greater than what that person needs. So the check on what the applicant subjectively requires is the word reasonable. (...) [T]he objective appraisal must have regard to the other criteria of the section [25 (1) (b) *Matrimonial Causes Act 1973*], obviously including what is available, the standard of living to which the parties are accustomed, their age and state of health and, perhaps less obviously, the duration of the marriage, contributions, and pension rights both as affected by the marriage and as accrued or likely to accrue”. A mayor abundamiento, vid. THE LAW COMMISSION, *Marital Property Agreements*, consultation paper num. 198, 2011, p. 26.

superar el rigor del principio de titularidad formal sobre los bienes - propio de la separación- y adoptó fórmulas de *equal sharing* (*yardstick of equal division*) acordes con la idea de matrimonio como comunidad de vida en la que hay que presumir el mismo valor a las aportaciones patrimoniales y a las no patrimoniales. Según esta postura, en el reparto que acontece tras el fin de la relación, debe partirse del principio de igualdad: cada cónyuge contribuye por igual en el matrimonio, y ello independientemente de si realiza tareas para el hogar o trabaja fuera de él¹⁰⁸. Con todo, es posible que la autoridad judicial se apartare de esta regla cuando, por las circunstancias del caso, sea justo hacerlo¹⁰⁹. En palabras de Lord Nicholls, uno de los jueces del caso:

“As a general guide equality should only be departed from if, and to the extent that, there is good reason for doing so. The need to consider and articulate reasons for departing from equality would help the parties and the court to focus on the need to ensure the absence of discrimination”.

Posteriormente, en *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* la *House of Lords* tuvo ocasión precisar el alcance de *White v White* en relación con qué debía entenderse por un “resultado justo”. En este sentido, se identificaron tres líneas del ideal de justicia: las necesidades (*needs*), la compensación (*compensation*) y el reparto (*sharing*). A grandes rasgos, las primeras son un concepto subjetivo que debe determinarse tomando en consideración del estándar de vida familiar¹¹⁰. La segunda, tradicionalmente incardinada dentro de las necesidades, pretende compensar los perjuicios que un cónyuge puede haber experimentado por razón del matrimonio, por ejemplo, abandonar la carrera profesional para hacerse cargo del cuidado de

¹⁰⁸ Vid. HERRING, Jonathan, *Family Law*, cit., pp. 244 a 258.

¹⁰⁹ Vid., por ejemplo, el caso de *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503, donde el tribunal se aparta del *yardstick of equal division* puesto que hay una contribución económica extraordinaria por parte de uno de los cónyuges.

¹¹⁰ Vid. para más información al respecto THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, cit., p. 4.

los hijos¹¹¹. El tercer concepto, esto es, el reparto, solamente opera cuando se han satisfecho las necesidades de los cónyuges. A pesar de que, en principio, los patrimonios deban repartirse por igual entre las partes, recientemente se ha abierto la posibilidad de diferenciar entre bienes matrimoniales y no matrimoniales.

5.3. DISTINCIÓN ENTRE BIENES MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES

La legislación de Inglaterra y Gales no regula de forma específica la clasificación de los bienes. Los artículos de la *Matrimonial Causes Act 1973*, como las disposiciones de la *Civil Partnership Act 2004*, guardan silencio sobre esta cuestión, lo que supone una diferencia respecto al resto de ordenamientos jurídicos europeos, donde la ley sí clasifica el patrimonio de acuerdo con la lógica y las características de cada régimen económico.

Sin embargo, sería un error pensar que, en caso de ruptura, los bienes de los cónyuges ingleses se tratan de forma unitaria, sin importar su procedencia o su título de adquisición. En este sentido, ya el *White v White* Lord Nicholls apuntaba lo siguiente:

“This distinction (refiriéndose a la propiedad matrimonial y no matrimonial) is a recognition of the view, widely but not universally held, that property owned by one spouse before the marriage, and inherited property whenever acquired, stand on a different footing from what may be loosely called matrimonial property. According to this view, on a breakdown of the marriage these two classes of property should not necessarily be treated in the same way. Property acquired before marriage and inherited property acquired during marriage come from a source wholly external to the marriage. In fairness, where this property still exists, the spouse to whom it was given should be allowed to keep it. Conversely, the other spouse has a weaker claim to such property than he or she may have regarding matrimonial property.

¹¹¹ THE LAW COMMISSION, *Marital Property Agreements*, cit., p. 32.

Plainly, when present, this factor is one of the circumstances of the case. It represents a contribution made to the welfare of the family by one of the parties to the marriage. The judge should take it into account. He should decide how important it is in the particular case. The nature and value of the property, and the time when and circumstances in which the property was acquired, are among the relevant matters to be considered. However, in the ordinary course, this factor can be expected to carry little weight, if any, in a case where the claimant's financial needs cannot be met without recourse to this property”.

Posteriormente, sucesivas resoluciones judiciales, entre las que destaca *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*, consolidaron este criterio, distinguiendo entre bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio y aquellos que los cónyuges adquieren después. La idea subyacente a la distinción es clara: los bienes no matrimoniales (con algunas excepciones como la vivienda familiar) no son consecuencia de la relación conyugal de las partes dado que ni fueron adquiridos por el esfuerzo común ni son fruto del trabajo conjunto. Por consiguiente, no deben compartirse a menos que consideraciones de justicia -como la larga duración del matrimonio- exijan otra cosa¹¹². Sin embargo, desde un punto de vista técnico, la distinción entre ambas categorías no siempre ha sido tan obvia¹¹³; de hecho, el concepto de bienes no matrimoniales se ha usado y

¹¹² SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, cit., pp. 15 y 22.

¹¹³ *Vid.* para más información al respecto, CHANDLER, Alexander, *The law is now reasonably clear': the courts' approach to non-matrimonial assets*, Family law, Vol. 42, núm. 2, Jordan Publishing, Londres, 2012, pp. 163 a 168. Es este artículo, el autor identifica dos corrientes de pensamiento distintas: la *gurú* y la *boffin*. La primera critica que, mediante la distinción entre propiedad matrimonial y no matrimonial, se limite la discrecionalidad del juez en relación con el reparto de bienes tras la ruptura. La segunda, por el contrario, defiende la mencionada clasificación de la propiedad. Sentencias como *B v. B* [2008] EWCA Civ 543, y *Robson v. Robson* [2010] EWCA Civ 1171 encajan dentro de la primera postura. En cambio, sentencias como *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41 y *K v. L* [2011] EWCA Civ 550 encajan dentro de la segunda.

tratado de forma dispar, creando una notable inseguridad jurídica en cuanto a su contenido¹¹⁴.

Con el fin de aclarar esta situación, la *Law Commission*, que tiene como objetivo promover la reforma de las leyes¹¹⁵, elaboró en 2012 el informe nº 208 (*Matrimonial Property, Needs and Agreements*). En él, y después de un detallado estudio, recomendó entender por no matrimonial aquél bien que, siendo titular solamente uno de los cónyuges, se recibe por donación o herencia durante el matrimonio o se adquiere antes de su celebración. Asimismo también sugirió que esta clase de bienes quedase excluida del reparto patrimonial que acontece después de la disolución del matrimonio salvo en los casos donde las necesidades de las partes no quedasen cubiertas¹¹⁶.

En la actualidad, la distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales está plenamente consolidada. De ahí que algunos autores afirmen, con razón, que el ordenamiento de Inglaterra y Gales es cada vez más cercano al de Europa continental¹¹⁷. No obstante, aún queda un largo camino por recorrer. En este sentido, no comparto el posicionamiento de los que señalan que, a día de hoy, el sistema inglés se ha transformado en una especie de régimen de comunidad de ganancias¹¹⁸. Y no estoy de acuerdo puesto que, en primer lugar, si el mencionado sistema se tuviera que parecer a

¹¹⁴ THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, cit., p. 86.

¹¹⁵ Párr. 1 de la *Law Commissions Act 1965*, disponible en www.legislation.gov.uk.

¹¹⁶ THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, cit., párr. 7.11 en relación con el 6.41.

¹¹⁷ SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, cit., p. 19.

¹¹⁸ CRETNEY, Stephen, *Community of Property Imposed by Judicial Decision*, *The Law Quarterly Review*, Vol. 119, Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 349. Concretamente, el autor señala que “[t]he combined effect of the decisions of the House of Lords in *White v White* (...) and the Court of Appeal in *Lambert v Lambert* (...) is dramatic: they introduce into English law a regime of community of property (...) limited to acquisitions”.

algo sería a un régimen de comunidad diferida, como en los países nórdicos, y no a un régimen de comunidad de ganancias. Pero es que, aún en este escenario, siguen existiendo diferencias sustanciales entre ambos sistemas. Ejemplo de ello es la ausencia de un compendio de normas con rango de ley que regule un régimen económico concreto o el sometimiento (si fuera necesario) de los bienes no matrimoniales ingleses al cubrimiento de las necesidades de los cónyuges. En relación con este último punto es oportuno precisar que en los sistemas continentales es más fácil excluir a determinados bienes de la participación puesto que, a diferencia de Inglaterra y Gales, y como decía con anterioridad, opera un sistema de remedios económicos basado en pilares (*multi-pillar approach*).

6. EL SISTEMA DE INGLATERRA Y GALES (II): LOS CONVIVIENTES EN PAREJA ESTABLE Y LOS *IMPLIED TRUSTS*

6.1. EL *BENEFICIAL INTEREST* Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE FAMILIA

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *Civil Law*, donde el Derecho real de propiedad se fundamenta en los pilares de la unidad del patrimonio y el carácter absoluto de la propiedad, el derecho anglosajón prescinde de esta concepción personalista y unitaria y desdobra la propiedad entre el denominado *legal interest* y *beneficial interest*¹¹⁹. El primero lo tiene aquel que legalmente consta como adquirente; por ejemplo, por figurar como comprador en un contrato de compraventa o por estar registrado como

¹¹⁹ CÁMARA, Sergio, *Trust a la francesa*, InDret 2/2005 (www.indret.com), p. 21.

propietario en el registro de bienes inmuebles¹²⁰. El segundo lo ostenta quien demuestra tener un interés basado en la equidad (*equity*) sobre el bien en cuestión.

Los orígenes de la equidad se remontan a la Edad Media, cuando se crearon en Inglaterra unos tribunales especiales denominados *Courts of Chancery* como respuesta a las injusticias a veces producidas por la estricta aplicación de las leyes (*statutory law*). A grandes rasgos, las *Courts of Chancery* se caracterizaban por resolver basándose en su buen criterio, sin ataduras legales. Ante una decisión que se considerase injusta, las partes podían apelar a ellas y éstas, en nombre del Rey y del *Lord Chancellor*, proveían de remedios *ad hoc* en ejercicio de la discrecionalidad que les era conferida. Con el tiempo, ello cristalizó en la denominada equidad¹²¹. Y su influencia es aún notable a día de hoy, tanto en el Derecho de contratos como en el de daños, pasando por la doctrina del enriquecimiento injusto¹²². Sin embargo, como veremos, la contribución más notoria de la equidad para con el derecho inglés es el *trust*, el principal instrumento jurídico que le da continuidad¹²³.

Si centramos la cuestión al campo de estudio de nos ocupa, actualmente es imposible entender el derecho patrimonial familiar inglés sin hacer también referencia al Derecho de *equity and trusts*. Desde la óptica del matrimonio, porque si bien es cierto que desde 1971 las consecuencias derivadas de la ruptura se encauzan mediante normativa propia del Derecho de familia, no lo es menos

¹²⁰ Vid. en este sentido la *Land Registration Act 2002*, disponible en www.legislation.gov.uk.

¹²¹ Vid. a mayor abundamiento, BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, cit., pp. 97 a 116.

¹²² Vid. en este sentido, VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 8 a 14, o WORTHINGTON, Sarah, *Equity*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 199 a 228 y 275 a 318.

¹²³ VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., p. 13.

que las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la convivencia continúan rigiéndose por reglas y principios generales del Derecho privado. Y ello es especialmente relevante a efectos sucesorios o en casos donde interviene la figura de un tercero (situaciones de insolvencia). Desde la óptica de las parejas estables, porque a pesar de las críticas doctrinales y de las propuestas de la *Law Commission* para normativizar esta materia¹²⁴, el Parlamento británico aún no ha aprobado ninguna ley que regule específicamente las consecuencias económicas que tiene la convivencia en pareja estable, sea durante la relación o tras su fin.

En el contexto familiar los *trusts* pueden clasificarse según sean expresos (*express*) o tácitos (*implied*) y, dentro de esta última categoría, según encajen en la submodalidad del *presumed intention resulting trust* o del *common intention constructive trust*. A su vez, para saber cuál de ellos invocar en un conflicto de naturaleza patrimonial entre convivientes, debemos tener en cuenta básicamente dos factores:

(a) El primero, si la adquisición es individual (*sole ownership*) o conjunta (*joint ownership*). Ello determina si la problemática se centra en elementos de adquisición (p. ej. el caso de *Lloyds Bank v Rosset*) o de cuantificación (p. ej. los casos de *Stack v Dowden*¹²⁵ y de *Jones v Kernott*¹²⁶).

(b) El segundo, el tipo de contribución (si es que la hubo) del que no consta como titular. Básicamente hay tres: (i) directa, donde se satisface como mínimo una parte de la contraprestación (ii) indirecta, donde no se satisface directamente el pago de la contraprestación pero se facilita

¹²⁴ Vid. en este sentido, THE LAW COMMISSION, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, report num. 307, 2007.

¹²⁵ [2007] UKHL 17.

¹²⁶ [2011] UKSC 53.

su amortización (por ejemplo, A puede pagar el préstamo hipotecario puesto que B asume los gastos de la vivienda, junto con los de conservación y de uso) y (iii) no económica, donde se realizan tareas domésticas y relacionadas con el cuidado de los hijos.

En los subapartados siguientes expongo una muy sucinta introducción acerca de la figura del *trust* para, después, analizar brevemente como se resuelven las controversias patrimoniales - singularmente, sobre la vivienda familiar- de los convivientes en pareja estable a la luz de algunos *implied trusts*.

6.2. EL TRUST: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Tradicionalmente esta figura, ligada a la tradición del *Common Law*, ha tenido un carácter polivalente y sus modalidades han presentado un elevado grado de heterogeneidad. Existen muchas clases de *trust* y, a su vez, éstas tienen requisitos de configuración también distintos. Sin embargo, como punto de partida (y a riesgo de simplificación) podemos decir que el *trust* es toda aquella situación donde un bien se confiere a alguien (*trustee*) para que éste, excluyendo los intereses personales y rigiéndose por unas determinadas obligaciones, lo administre y/o disponga de una forma concreta¹²⁷. Expongo un ejemplo:

¹²⁷ GARDNER, Simon, *An Introduction to the Law of Trusts*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 2. Sobre el concepto de *trust*, *vid.* también MAITLAND, Frederic W., *Equity: A Course of Lectures*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1936, p. 44 o WATT, Gary, *Trusts & Equity*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 18 a 20. El primer autor define el *trust* de la siguiente manera: “[w]hen a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee”. El segundo señala que el *trust* “is a unique way of owning property under which assets are held by a trustee for the benefit of another person, or for certain purposes, in accordance with special equitable obligations”.

A decide dar un total de 50.000 euros a B, menor de edad. Dado que A se encuentra en una avanzada edad, decide constituir un *trust* donde B sea el beneficiario. Para hacerlo, transfiere estos 50.000 euros a C, al que le indica cómo debe proceder en relación con la mencionada cantidad de dinero.

Entre muchas de sus posibles clasificaciones, los *trusts* pueden ser *inter vivos* o *mortis causa*. Igualmente, pueden crearse por voluntad expresa (*express trust*) del constituyente (*settlor*) o emerger por imperativo legal (*implied trusts*). En este último caso, hablamos básicamente de un *resulting* o de un *constructive trust*. Sobre estas dos modalidades volveré más adelante¹²⁸.

Desde el punto de vista objetivo, el patrimonio es un elemento indispensable para la constitución de un *trust*. Las obligaciones que de él derivan deben quedar asociadas a unos bienes de afectación y excluirse de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Son obligaciones *in rem*, no *in personam*. No pueden hacerse actos de enajenación, gravamen o, en general, disposición sobre los bienes si ello va en contra de lo dispuesto en el *trust* y, en caso de concurso, los mencionados bienes tampoco integran la masa activa del *trustee* al no haberse subsumido entre su patrimonio¹²⁹. En lo que al elemento subjetivo se refiere, podemos diferenciar entre tres sujetos, a saber, el *settlor*, el *trustee* y el *beneficiary*.

Settlor es la persona que constituye el *trust*. En el ejemplo anterior, A transfiere el dinero a un tercero con la finalidad de que éste lo use y/o administre con un fin concreto. En determinados casos, es posible que *settlor* y *trustee* sean la misma persona. En este sentido, en la modalidad del *declaring trust*, el mismo *settlor* declara que ostenta una determinado bien en concepto de *trustee* y que lo

¹²⁸ Vid. en este sentido, VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., pp. 57 a 63.

¹²⁹ Vid. GARDNER, Simon, *An Introduction to the Law of Trusts*, cit., p. 14.

administra del modo que más favorezca al beneficiario. En vez de transferir el bien a un tercero, desgaja el patrimonio afectado por el *trust* de sus otros bienes y derechos. Lo esencial no es, por tanto, la transferencia del bien del *settlor* hacia el *trustee*, sino que el bien quede afectado bajo un determinado deber de actuación, al margen de si quien lo asume es el constituyente o un tercero¹³⁰.

Beneficiary, también conocido como *cestui que trust*, es la persona que ostenta un derecho respecto al *trust* constituido. En el ejemplo expuesto, el *trust* se constituye para beneficiar a B, menor de edad. Beneficiarios pueden serlo una o varias personas, tanto físicas como jurídicas. Sin embargo, en ocasiones también puede constituirse un *trust* para conseguir un propósito concreto (p. ej. investigar si unas obras de arte concretas pertenecen a un autor o a otro) sin necesidad de que haya beneficiario. Esta es la modalidad del *purpose trust*. El beneficiario de un *trust* también puede ser *trustee* de éste. No obstante, en tal caso siempre es necesario que haya más de un beneficiario y/o de un *trustee* puesto que, de lo contrario, ambos sujetos serían el mismo y, consecuentemente, el *trust* carecería de sentido¹³¹.

El *trustee*, independientemente de si es una persona física o jurídica, es la única figura imprescindible en la constitución de un *trust*, expreso o tácito. Ello no es casual. El *trust* conlleva la obligación de administrar o de disponer un determinado patrimonio, por lo que alguien debe hacerlo. Aunque en los *express trust* es necesario

¹³⁰ *Idem*, pp. 5 y 6. *Vid.* en relación con la capacidad del *settlor*, PETTIT, Philip H., *Equity and the Law of Trusts*, 12ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 45 a 47.

¹³¹ *Vid.* GARDNER, Simon, *An Introduction to the Law of Trusts*, cit., pp. 6 a 8. *Vid.* en relación con la capacidad del *beneficiary*, PETTIT, Philip H., *Equity and the Law of Trusts*, cit., pp. 48.

contar con la aceptación del *trustee*, en otras modalidades, como la del *constructive trust*, ello no es preceptivo¹³².

6.3. EL EXPRESS TRUST

Ya en el ámbito familiar, el *express trust* surge cuando los miembros de la pareja declaran explícitamente cómo se reparte la *beneficial ownership* de un determinado bien¹³³. Para el caso de que éste sea inmueble, la sección 53 (1) (b) de la *Law of Property Act 1925* establece que las partes deben constituir un *trust of land* por escrito. De lo contrario, no puede invocarse su eficacia por faltar el requisito de forma, si bien ello no es obstáculo para alegar que, en todo caso, existe un *resulting* o un *constructive trust* (sección 53 [2] de la Ley).

Cuando el bien se adquiere solamente por una de las partes, ésta puede reconocer a la otra un interés basado en la equidad en base a una de las siguientes opciones: (a) la *beneficial joint tenancy*, que, siguiendo el modelo de *joint tenants*, distribuye la *beneficial ownership* por mitades equitativas del cincuenta por ciento con derecho de supervivencia; (b) mediante la *tenancy in common in equal shares*, que, siguiendo el modelo de *tenants in common*, distribuye la *beneficial ownership* también por mitades equitativas pero sin el mencionado derecho de supervivencia y (c) mediante la *tenancy in common in unequal shares*, que, siguiendo el modelo de *tenants in common*, distribuye la *beneficial ownership* por mitades inequitativas sin derecho de supervivencia¹³⁴. Por lo demás, en el caso de las parejas estables el margen para la *equitable distribution*

¹³² Vid. GARDNER, Simon, *An Introduction to the Law of Trusts*, cit., pp. 8 y 9.

¹³³ Vid. VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., p. 79.

¹³⁴ Para profundizar en la distinción entre *joint tenancy* y *tenancy in common*, ambas estrechamente ligadas al derecho de supervivencia, vid. GRAY, Kevin y GRAY, Susan, *Land Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 366 a 381.

es inexistente puesto que, como sabemos, no se aplican las normas de la *Matrimonial Causes Act 1973*.

En los *express trusts*, los tribunales quedan vinculados por lo pactado entre los convivientes¹³⁵. A diferencia de lo que ocurre con los *implied trusts*, no existen dudas ni sobre la *legal* ni sobre la *beneficial ownership*; tampoco en relación con las cuotas de participación de cada una respecto del bien en cuestión. La fijación por escrito que las partes hacen de su interés basado en la equidad aporta una notable seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales de los convivientes. Además, la regla general es que no es posible alterar un *express trust*. Si éste se encuentra válidamente constituido, las normas de los *implied trust* no tienen ningún efecto sobre él¹³⁶. Con todo, hay algunas excepciones: en caso de error o dolo, por ejemplo, la autoridad judicial puede apartarse de lo convenido por las partes¹³⁷. También es posible modificar el *trust* por acuerdo de los interesados o a través del *proprietary estoppel*.

A pesar de las ventajas que ofrece el *express trust*, lo cierto es que su uso en las relaciones familiares es relativamente infrecuente. Dejando a un lado la preceptiva forma escrita, los convivientes no suelen tener demasiados conocimientos jurídicos y tampoco son conscientes de los efectos patrimoniales que conlleva una ruptura de la convivencia. Por ello, ha sido y es mucho más habitual utilizar los *implied trusts* y, más concretamente, el *presumed intention resulting trust* y el *common intention constructive trust*.

¹³⁵ Vid. el asunto *Goodman v Gallant* [1986] 1 All ER 311 (CA). Asimismo, en relación con los efectos derivados de la declaración del *express trust*, vid. *vid. GRAY, Kevin y GRAY, Susan, Land Law*, cit., pp. 330 a 332.

¹³⁶ Vid. el caso *Pankhania v Chandegra* [2012] EWCA Civ 1438.

¹³⁷ Vid. el caso *Wilson v Wilson* [1963] 2 All ER 447 (CA).

6.4. EL PRESUMED INTENTION RESULTING TRUST

Se presume la creación de un *resulting trust* cuando un sujeto compra un determinado bien y lo pone a nombre de otro o cuando realiza una contribución pecuniaria para la adquisición de una cosa cuyo titular es distinto al que ha satisfecho, total o parcialmente, la contraprestación¹³⁸.

Por ejemplo, A y B quieren comprar un inmueble con la finalidad de vivir juntos. A satisface la mitad del precio y B la otra mitad. Sin embargo, en el contrato de compraventa solamente A consta como adquirente. De acuerdo con el sistema de Inglaterra y Gales, se presume la creación de un *trust* entre ellos donde A es *trustee* de B por valor de la contribución que éste ha realizado.

Esta clase de *trust*, de gran arraigo en la tradición jurídica inglesa¹³⁹, se rige, entre otras, por la máxima “equity deals in bargains and not gifts”¹⁴⁰. A grandes rasgos, ello implica presumir (a menos que se pruebe lo contrario) que nadie cede una determinada cantidad de dinero a cambio de nada. Sin embargo, en el caso de las relaciones familiares la presunción era exactamente la contraria. La denominada *presumption of advancement* era una excepción a la regla general del *resulting trust* y suponía que las atribuciones patrimoniales realizadas por los padres a favor de sus hijos o durante el matrimonio se hacían con *animus donandi*. En este último caso operaba de forma unidireccional, esto es, del marido a la mujer, y no al revés¹⁴¹. A pesar de que la mencionada

¹³⁸ THE LAW COMMISSION, *Sharing homes*, discussion paper num. 278, 2002, p. 9.

¹³⁹ En relación el mencionado arraigo, *vid.* el asunto *Dyer v Dyer* [1788] 2 Cox Eq Cas 92.

¹⁴⁰ GRAY, Kevin y GRAY, Susan, *Land Law*, cit., p. 333.

¹⁴¹ *Vid.* a mayor abundamiento sobre esta cuestión, VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., pp. 255 a 257.

presunción fue formalmente abolida en 2010 por la *Equality Act*¹⁴², lo cierto es que, aún a día de hoy, continúa teniendo un cierto impacto en el derecho anglosajón¹⁴³.

Los casos de *Pettitt v Pettitt* y, posteriormente, de *Gissing v Gissing* son, quizá, los ejemplos más importantes sobre cómo el *resulting trust* ha contribuido a resolver disputas familiares de carácter patrimonial. Ambas resoluciones enfatizan la necesidad de que las contribuciones sean directas y en forma de capital para participar de la *beneficial ownership*¹⁴⁴. Normalmente, los pagos que tienen lugar después de la adquisición no permiten obtener ningún interés basado en la equidad. Tampoco aquellos destinados a sufragar los gastos familiares o las contribuciones por trabajo doméstico¹⁴⁵. Con todo, ha sido controvertida la consideración que merecen las mejoras y las amortizaciones de las cuotas de un préstamo hipotecario. En relación con las primeras, la jurisprudencia mantiene que no generan un *resulting trust* salvo en los casos donde son sustanciales y revisten de especial importancia¹⁴⁶. En relación con las segundas, es posible crear un *resulting trust* si ambos convivientes contraen una hipoteca y asumen solidariamente la responsabilidad derivada de su impago¹⁴⁷. Por el contrario, si uno de ellos no asume ninguna responsabilidad, es difícil que luego pueda invocar un interés basado en esta clase de *trust*¹⁴⁸.

¹⁴² Vid. el art. 199 de la mencionada ley, disponible en www.legislation.gov.uk.

¹⁴³ Vid. en este sentido, BLACKHAM, Alysia, *The presumption of advancement: a lingering shadow in UK Law?*, *Trusts & Trustees*, Vol. 21, núm. 7, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 786 a 801.

¹⁴⁴ Vid. en el mismo sentido, el caso *Tinsley v Milligan* [1994] 1 AC 340 (HL).

¹⁴⁵ Vid. el caso *Burns v Burns* [1984] 1 All ER 244 (CA).

¹⁴⁶ Vid. el caso *Drake v Whipp* [1996] 1 FLR 826 CA.

¹⁴⁷ Vid. el caso *Laskar v Laskar* [2008] EWCA Civ 347.

¹⁴⁸ Vid. el caso *Curley v Parkes* [2004] EWCA Civ 1515.

Los *resulting trust* son rígidos. En términos de cuantificación, la suma a la que el beneficiario tiene derecho equivale al valor de su contribución. En el ejemplo anterior, B estaría legitimado para reclamar a A el cincuenta por ciento del precio pagado por el inmueble. Debido a su inflexibilidad e insensibilidad por aquellas contribuciones que, como el trabajo doméstico, no suponen el pago de una determinada cantidad de dinero en el momento de la adquisición, la jurisprudencia ha ido creciendo en direcciones distintas a las de esta figura. Así, primero en *Stack v Dowden* y, después, en *Abbott v Abbott*¹⁴⁹ y *Jones v Kernott*, los tribunales ingleses han abogado por emplear una clase de *trust* más flexible y acorde con la realidad familiar: el *common intention constructive trust*¹⁵⁰.

6.5. EL COMMON INTENTION CONSTRUCTIVE TRUST

6.5.1. Definición

A pesar de que esta modalidad de *trust* no es desconocida en los sistemas del *Common Law*¹⁵¹, no fue hasta 1971 que los jueces de Reino Unido empezaron a utilizarlo para resolver disputas familiares de carácter patrimonial. En *Gissing v Gissing* Lord Diplock, uno de los jueces del caso, señalaba que:

“A resulting, implied or constructive trust -and it is unnecessary for present purposes to distinguish between these three classes of trust- is

¹⁴⁹ [2007] UKPC 53.

¹⁵⁰ En palabras de la Lady Hale, “[i]t is now clear that the constructive trust is generally the more appropriate tool of analysis in most matrimonial cases” (*Abbott v Abbott*).

¹⁵¹ En este sentido, ya en 1919 el Juez Cardozo expresaba sobre el *constructive trust* que “[i]t is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee” [caso *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, (1919) 225 NY 380].

created by a transaction between the trustee and the cestui que trust in connection with the acquisition by the trustee of a legal estate in land, whenever the trustee has so conducted himself that it would be inequitable to allow him to deny to the cestui que trust a beneficial interest in the land acquired. And he will be held so to have conducted himself if by his words or conduct he has induced the cestui que trust to act to his own detriment in the reasonable belief that by so acting he was acquiring a beneficial interest in the land”.

En las últimas líneas del párrafo quedan expuestas las dos características principales que configuran el *common intention constructive trust*: la intención o el propósito en común (*common intention*) y el perjuicio derivado de la confianza (*detrimental reliance*). Los tribunales ingleses presumen su existencia cuando dos personas convienen en compartir un determinado bien y, como consecuencia de ello, al menos una actúa en contra de sus propios intereses¹⁵².

En el *common intention constructive trust* se distinguen dos niveles: el de adquisición y el de cuantificación. En los casos donde solamente una parte consta como titular (*sole legal title*), debe discutirse primero si el no propietario puede ampararse en este *trust* para que se le reconozca un interés basado en la equidad (adquisición). Si ello es así, entonces la controversia gira en determinar qué porcentaje del mencionado interés le corresponde (cuantificación). En casos de cotitularidad (*joint legal title*), solo se discute la segunda problemática.

6.5.2. Adquisición

a. La common intention o propósito en común

En la fase de adquisición, lo fundamental para la existencia del *common intention constructive trust* es, como sabemos, la intención

¹⁵² THE LAW COMMISSION, *Sharing homes*, cit., p. 10.

o el propósito en común y el perjuicio derivado de la confianza. Para lo primero, es necesario que las partes quieran compartir la *beneficial ownership*. La manifestación de la voluntad puede ser expresa o bien inferirse de la conducta. Para lo segundo, debe demostrarse que el demandante actúa en su propio perjuicio debido a la intención en común.

El caso *Lloyds Bank v Rosset*, resuelto por la *House of Lords* en 1991, establece dos fórmulas para superar la fase de adquisición del *common intention resulting trust*. Se conocen como “*Rosset 1*” y “*Rosset 2*”¹⁵³.

En el citado caso, el Sr. Rosset adquirió una finca en estado semi-ruinoso con dinero proveniente de un *trust* familiar. El bien fue registrado únicamente a su nombre. La Sra. Rosset no hizo ninguna contribución directa en el pago de la contraprestación o en las obras de reforma que tenían que hacerse. No obstante, sí que trabajó para ayudar a renovar y redecorar la casa. Posteriormente, y sin que la Sra. Rosset lo supiera, el marido solicitó un préstamo con garantía hipotecaria para pagar los gastos de mejora contraídos. Tras la ruptura del matrimonio, y dado que el Sr. Rosset fue incapaz de devolver el dinero del préstamo, Lloyds Bank, la entidad financiera prestamista, solicitó la ejecución de la garantía. La Sra. Rosset se opuso alegando que tenía un *beneficial interest* sobre la finca. La *House of Lords*, tras desarrollar los criterios de “*Rosset 1*” y “*Rosset 2*”, que expongo a continuación, desestima la petición de la demandante y entiende que ésta no tiene ningún interés basado en la equidad sobre el inmueble.

“*Rosset 1*” señala que es preceptivo que la intención en común de las partes se manifieste de forma expresa. Lord Bridge, uno de los magistrados de *Lloyds Bank v Rosset*, lo expresaba del siguiente modo:

¹⁵³ Para un análisis más detallado de los problemas que plantea la *common intention* a partir del caso *Lloyds Bank v Rosset*, vid. GLOVER, Nicola y TODD, Paul, *The Myth of Common Intention*, Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars, Vol. 16, Butterworths, Londres, 1996, pp. 325 a 347.

“The first and fundamental question which must always be resolved is whether, independently of any inference to be drawn from the conduct of the parties in the course of sharing the house as their home and managing their joint affairs, there has at any time prior to acquisition, or exceptionally at some later date, been any agreement, arrangement or understanding reached between them that the property is to be shared beneficially. The finding of an agreement or arrangement to share in this sense can only, I think, be based on evidence of express discussions between the partners, however imperfectly remembered and however imprecise their terms may have been”.

Como vemos, es necesario que haya alguna clase de acuerdo, arreglo o entendimiento entre las partes. Sin embargo, en la práctica es muy difícil probar la existencia de un acuerdo que no revista forma escrita. A su vez, en caso de que se pudiera demostrar, muchas veces resulta ser oscuro o ambiguo¹⁵⁴. Para salvar esta dificultad, la jurisprudencia ha considerado que es posible presumir la intención en común de las partes cuando el titular legal utiliza una excusa para impedir a la otra de ser también titular¹⁵⁵. Algunos autores han criticado duramente esta posición jurisprudencial por considerar que fuerza demasiado el criterio de “*Rosset 1*”¹⁵⁶.

“*Rosset 2*” versa sobre la posibilidad de inferir la intención o el propósito en común atendiendo a la conducta de las partes y, más concretamente, a sus contribuciones económicas. En la sentencia se expone que:

“In sharp contrast with this situation is the very different one where there is no evidence to support a finding of an agreement or arrangement to share, however reasonable it might have been for the parties to reach such an arrangement if they had applied their minds to the question, and where the court must rely entirely on the conduct of the parties both as

¹⁵⁴ Vid. el caso *James v Thomas* [2007] EWCA Civ 1212.

¹⁵⁵ Vid. los casos de *Eves v Eves* [1975] 3 All ER 768 (CA) y de *Grant v Edwards* [1986] 2 All ER 426 (CA).

¹⁵⁶ Vid. GARDNER, Simon, *Rethinking Family Property*, The Law Quarterly Review, Vol. 109, Sweet & Maxwell, Londres, 1993.

the basis from which to infer a common intention to share the property beneficially and as the conduct relied on to give rise to a constructive trust. In this situation direct contributions to the purchase price by the partner who is not the legal owner, whether initially or by payment of mortgage instalments, will readily justify the inference necessary to the creation of a constructive trust. But, as I read the authorities, it is at least extremely doubtful whether anything less will do”.

De acuerdo con el párrafo anterior, hay dos tipos de contribuciones posibles: las que contribuyen de forma directa al pago de la contraprestación y las destinadas a la amortización del préstamo hipotecario. Las contribuciones indirectas o las que no tienen naturaleza económica (por ejemplo, el trabajo doméstico) no son susceptibles de crear un *common intention constructive trust*. Este razonamiento, más bien inflexible, recuerda al del *presumed intention resulting trust*.

En sede de adquisición, los tribunales son reacios a ampliar el criterio de “*Rosset 2*”. A pesar de que en algún caso la *High Court* haya manifestado que las contribuciones indirectas permiten adquirir un *beneficial interest* en el bien¹⁵⁷, lo cierto es que este criterio no ha sido compartido ni por la *Court of Appeal*, jerárquicamente superior, ni por la jurisprudencia posterior¹⁵⁸. Con todo, desde *Stack v Dowden* y la extensa crítica que ésta hacía a “*Rosset 1* y “*Rosset 2*”, se ha planteado la posibilidad de que pudiera existir una tercera vía de adquisición: “*Rosset 3*”. A grandes rasgos, en esta modalidad debería tenerse en cuenta el comportamiento que, durante la convivencia, habrían manifestado las partes en relación con los negocios y bienes adquiridos. Sin embargo, en la actualidad no parece que “*Rosset 3*” pueda prosperar debido a la potencial inseguridad jurídica que entraña su amplio alcance y vaguedad.

¹⁵⁷ Vid. el caso *Le Foe v Le Foe* [2001] 2 FLR 970.

¹⁵⁸ Vid. los casos *James v Thomas* [2007] EWCA Civ 1212 y *Morris v Morris* [2008] EWCA Civ 257.

b. La detrimental reliance o perjuicio derivado de la confianza

La *detrimental reliance* o perjuicio derivado de la confianza tiene su origen en la máxima “equity will not assist a volunteer”, deudora del Derecho de equidad¹⁵⁹. En el caso *Grant v Edwards*, los jueces Nourse y Mustill la definían como “[a] conduct on which she [la demandante] could not reasonably have been expected to embark unless she was to have an interest in the house”.

Aunque la importancia de este segundo requisito se ha ido diluyendo paulatinamente¹⁶⁰, lo cierto es que en algunos casos aún es importante probar su existencia¹⁶¹. En el escenario de “*Rosset 1*”, la *detrimental reliance* pasa por demostrar que determinados gastos o inversiones realizados durante la convivencia por el no titular se hicieron en el convencimiento de que éste ostentaba un interés en el bien. En “*Rosset 2*” la propia contribución constituye, a su vez, el perjuicio derivado de la confianza.

6.5.3. Cuantificación

Si en la fase de adquisición del *common intention constructive trust* los tribunales adoptan posturas rígidas y más bien restrictivas que, a grandes rasgos, solo tienen en cuenta las contribuciones económicas directas, las amortizaciones de la hipoteca y las declaraciones expresas de las partes en relación con la propiedad del bien en

¹⁵⁹ En relación con su significado, *vid.* GARTON, Jonathan, *Moffat’s Trust Law. Text and Materials*, 6ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 135.

¹⁶⁰ *Vid.* por ejemplo, VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., pp. 321 a 339. El autor focaliza su análisis casi exclusivamente en la *common intention*, relegando la *detrimental reliance* en un claro segundo plano. En el mismo sentido, GARDNER, Simon, *Family Property Today*, Law Quarterly Review, Vol. 124, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pp. 422 a 444.

¹⁶¹ *Vid.* el caso *Parris v Williams* [2008] EWCA Civ 1147.

cuestión (“*Rosset 1*” y “*Rosset 2*”), en la fase de cuantificación se sigue un criterio mucho más flexible que tiende a la *familiarization*. Como comentaba en la introducción del trabajo, este término, acuñado por el profesor John DEWAR, se refiere al procedimiento de reinterpretación y adaptación de los principios generales del derecho de la propiedad que afectan la vivienda y las necesidades familiar¹⁶². En Inglaterra y Gales ello ha sido posible fundamentalmente gracias a la acción judicial.

En la fase de cuantificación también debemos distinguir entre casos donde solo una de las partes consta como adquirente y casos donde constan ambas. El primer escenario fue inicialmente abordado en el asunto *Midland Bank v Cooke* y, posteriormente, en *Oxley v Hiscock*¹⁶³. En ambos, los tribunales se apartaron de los criterios cuasi matemáticos del *presumed intention resulting trust* y establecieron que, a falta de pacto sobre la participación de cada parte en el bien, el juez debía fijarse en los negocios y transacciones patrimoniales que durante la convivencia habían tenido lugar para, después, resolver atendiendo a lo que considerara más justo. En la decisión podrían tenerse en cuenta tanto las contribuciones económicas indirectas como las no económicas. Así lo explicaba el juez Chadwick en *Oxley v Hiscock*:

“But, in a case where there is no evidence of any discussion between them as to the amount of the share which each was to have -and even in a case where the evidence is that there was no discussion on that point- the question still requires an answer. It must now be accepted that (at

¹⁶² “Land Law, and the Family Home”, cit., p. 328. En palabras del autor: “[b]y this [refiriéndose al concepto de *familiarization*], I mean the process by which both judges and the legislature have modified general principles of land law or trust to accommodate the specific needs of family members”. Más recientemente, sobre este proceso de *familiarization*, vid. HAYWARD, Andrew, “Family Property” and the Process of “Familiarisation” of Property Law, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 24, núm. 3, Jordan Publishing, Londres, 2012, p. 284.

¹⁶³ Las referencias de los asuntos son [1995] 4 All ER 562 (CA) y [2004] EWCA Civ 546, respectivamente.

least in this Court and below) the answer is that each is entitled to that share which the court considers fair having regard to the whole course of dealing between them in relation to the property. And, in that context, “the whole course of dealing between them in relation to the property” includes the arrangements which they make from time to time in order to meet the outgoings (for example, mortgage contributions, council tax and utilities, repairs, insurance and housekeeping) which have to be met if they are to live in the property as their home”.

Más tarde, las sentencias de *Stack v Dowden* y de *Jones v Kernott*, aún sin versar sobre casos de *sole ownership* y, por lo tanto, sin modificar directamente la jurisprudencia anterior, matizaron el criterio seguido hasta entonces afirmando que, ante todo, el juez debe resolver teniendo en cuenta aquello que las partes hayan querido o acordado¹⁶⁴. Dado que ambos casos hacen referencia a adquisiciones onerosas realizadas por convivientes en pareja estable, las expongo al final del capítulo segundo.

En el segundo escenario, esto es, cuando ambas partes constan como propietarias, no existe ninguna de las problemáticas que hemos visto en la fase de adquisición. Las dos tienen reconocido un interés sobre el bien, por lo que la única cuestión que queda por resolver es el porcentaje de participación de cada una. Hasta la fecha, el criterio que aplican los tribunales es el *Jones v Kernott*, el cual refina lo expuesto en *Stack v Dowden*¹⁶⁵. De acuerdo con esta jurisprudencia, en casos de *joint ownership* deben seguirse las máximas de “equality is equity” y de “equity follows the law”, con

¹⁶⁴ En relación con la influencia que el caso de *Jones v Kernott* ha tenido en posteriores resoluciones judiciales de *sole ownership*, vid. SLOAN, Brian, *Keeping up with the Jones case: establishing constructive trusts in ‘sole legal owner’ scenarios*, Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars, Vol. 35, núm. 2, Butterworths, Londres, 2015, pp. 226 a 251.

¹⁶⁵ Para un análisis detallado sobre estos dos casos y su impacto en relación con los bienes familiares, vid. HAYWARD, Andrew, “Stack v Dowden (2007); Jones v Kernott (2011). Finding a Home for ‘Family Property’”, en Nigel GRAVELLS (Ed.), *Landmark Cases in Land Law*, Hart publishing, Oxford, 2013, pp. 229 a 252.

lo que se presume que cada conviviente ostenta el cincuenta por ciento del *legal* y del *beneficial interest*. Sin embargo, es posible desplazar esta presunción demostrando que el reparto por mitades equitativas no se corresponde con la realidad buscada o acordada por las partes. En este caso, la autoridad judicial debe inferir, en base a los hechos y pruebas aportadas, cuál fue la verdadera *common intention* de los convivientes y, a partir de ella, atribuir a cada una de las partes el respectivo interés basado en la equidad. Si esta tarea fuera imposible pero quedase claro que el reparto por mitades equitativas no procede, el tribunal puede resolver adjudicando el porcentaje del mencionado interés que crea más justo.

6.6. EL PROPRIETARY ESTOPPEL

La difícil y restrictiva fase de adquisición del *common intention constructive trust* ha propiciado que cada vez más litigios se canalicen a través del *proprietary estoppel*¹⁶⁶. Esta figura, que toma fuerza a finales de la década de los setenta, necesita de la concurrencia de cuatro requisitos: (a) que A albergue la expectativa de ostentar un interés sobre un bien propiedad de B [*representation / assurance*]; (b) que actúe movido por esa creencia [*reliance*]; (c) que ello le cause un perjuicio [*detriment*] y (d) que en términos de equidad sea injusto denegarle ese interés [*unconscionability*]¹⁶⁷. No es suficiente con una representación vaga o genérica sino que debe recaer sobre un bien en concreto¹⁶⁸. Además, ésta no se puede ni inferir ni imputar a las partes; tiene que ser expresa. En cuanto al perjuicio, forman parte de él todas las contribuciones hechas por el

¹⁶⁶ HAYWARD, Andrew, *Cohabitants, Detriment and the Potential of Proprietary Estoppel: Southwell v Blackburn*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 27, núm. 3, Jordan Publishing, Londres, 2015, p. 302.

¹⁶⁷ HERRING, Jonathan, Family Law, cit., p. 184 a 186.

¹⁶⁸ Vid. el caso *Thorner v Major* [2009] UKHL 18.

demandante, también las no monetarias, realizadas como consecuencia de la expectativa generada.

Si se dan las variables anteriores, el demandante puede ampararse en la equidad para solicitar a la autoridad judicial la aplicación de la doctrina del *proprietary estoppel*¹⁶⁹. De acuerdo con ella, el juez tiene discrecionalidad para resolver utilizando el remedio económico que considere más adecuado, siempre que éste sea proporcional¹⁷⁰. Por lo general, se suele compensar al demandante tanto por los perjuicios sufridos (*reliance loss*) como por la frustración de la expectativa generada (*expectation performance*)¹⁷¹.

En el caso *Southwell v Blackburn*¹⁷², por ejemplo, la *Court of Appeal* decidió indemnizar a la Sra. Blackburn, que durante siete años había estado conviviendo en pareja estable con el Sr. Southwell, con una suma de 28.500 libras por: (a) las expectativas que el demandado le había generado en relación con la vivienda que compartían. En este sentido, a pesar de que el Sr. Southwell era el único que constaba como propietario del inmueble y que la Sra. Blackburn no había contribuido económicamente al pago de la contraprestación, la decisión de compra la habían tomado conjuntamente y el demandado siempre había afirmado a la demandante que aquella también era su casa [*representation / assurance*] y (b) el perjuicio sufrido por la demandante como consecuencia de haber realizado de forma no remunerada las tareas del hogar y de haber abandonado su vivienda habitual, donde había invertido un total de 20.000 libras en mejoras y reformas, motivada por las

¹⁶⁹ Vid. el art. 116 de la *Land Registration Act 2002*, disponible en www.legislation.gov.uk.

¹⁷⁰ Vid. GARDNER, Simon y MACKENZIE, Emily, *An Introduction to Land Law*, 4ª ed., Hart publishing, Oxford, 2015, pp. 151 a 155.

¹⁷¹ En relación con el ejercicio de la discrecionalidad judicial en los casos de *proprietary estoppel* y los principios que la guían, vid. las observaciones que el Robert Walker, *Lord Justice*, hizo en el caso *Jennings v Rice* [2002] EWCA Civ 159.

¹⁷² Vid. la nota 14.

mencionadas promesas del Sr. Southwell [*reliance + detriment + unconscionability*]¹⁷³.

La incidencia que el *proprietary estoppel* puede tener en la resolución de futuras controversias entre convivientes es, a día de hoy, una incógnita. Aún es pronto para ver qué uso, amplio o restrictivo, harán de él los tribunales. Con todo, merece la pena considerarlo como un instrumento jurídico con potencial para canalizar, junto a otras, eventuales demandas de carácter patrimonial surgidas en el seno de la convivencia en pareja estable.

¹⁷³ En relación con esta decisión y los problemas que plantea, *vid.* HAYWARD, Andrew, *Cohabitants, Detriment and the Potential of Proprietary Estoppel: Southwell v Blackburn*, cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

Adquisiciones realizadas por cónyuges o convivientes

1. INTRODUCCIÓN

En los sistemas de separación son frecuentes los problemas relacionados con la propiedad de los bienes adquiridos por los cónyuges o convivientes. Como comentaba en el capítulo anterior, la mera celebración del matrimonio no afecta al patrimonio de las partes. Cada cónyuge sigue ostentando la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes (art. 232-1 CCCat) sin perjuicio de poder adquirir otros conjuntamente (paradigmáticamente, la vivienda familiar). Lo mismo sucede en la convivencia en pareja estable, donde las relaciones patrimoniales de las partes se regulan exclusivamente por lo pactado entre ellas (art. 234-3, apdo. 1, CCCat). Sin embargo, la mezcla de intereses o la interrelación entre las economías de los cónyuges o convivientes coadyuvan al surgimiento de controversias vinculadas a la titularidad de los bienes y al pago de su contraprestación.

A grandes rasgos, podemos clasificar las problemáticas derivadas de la adquisición de bienes -fundamentalmente sobre titularidad y procedencia del pago- a partir de los siguientes escenarios:

Escenario I: A y B satisfacen la contraprestación para adquirir un bien. Sin embargo, solamente A consta como propietario¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Vid., desde la perspectiva matrimonial, las SSTSJ 28.11.2002 (RJ 2002\10924); MP: Guillermo Vidal Andreu; 5.3.1998 (RJ 1998\10049); MP: Lluís Puig i Ferriol; las SSAPB, 4ª, 15.6.2012 (JUR 2012\312958); MP: Vicente Conca Pérez; 16ª, 10.7.2008 (JUR 2008\315205); MP: Inmaculada Zapata Camacho; 16ª, 22.2.2008 (JUR 2008\130208); MP: José Luis Valdivieso Polaino; 12ª, 3.11.2005 (JUR 2006\66994); MP: Ana Jesús Fernández San Miguel; 12ª,

Escenario II: A satisface la contraprestación para adquirir un bien. No obstante, junto con A, también B consta como propietario¹⁷⁵.

Escenario III: A compra un bien con dinero de B. Solamente A consta como titular¹⁷⁶.

Escenario IV: A y B adquieren un bien. Ambos pagan la contraprestación y constan como titulares. Sin embargo, uno contribuye más que el otro en el pago del precio¹⁷⁷.

15.7.2002 (JUR 2002\278953); MP: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón; 15^a, 29.10.2000 (JUR 2001\44); MP: José Luis Concepción Rodríguez o la SAPG, 2^a, 19.4.2006 (JUR 2006\266472); MP: Joaquim Miquel Fernández. En relación con las parejas estables, *vid.* la SAPL, 2^a, 15.5.2015 (JUR 2015\166718); MP: Ana Cristina Sainz Pereda; SAPG, 1^a, 27.10.2014 (JUR 2015\42191); MP: Fernando Ferrero Hidalgo; SAPB, 17^a, 18.10.2010 (JUR 2011\82716); MP: Paulino Rico Rajo o la SAPT, 3^a, 12.3.2010 (JUR 2010\176676); MP: Manuel Galán Sánchez. En Inglaterra y Gales, *vid.*, por ejemplo, los casos *Abbott v Abbott* [2007] UKPC 53; *Oxley v Hiscock* [2004] EWCA Civ 546; *Ulrich v Ulrich and Felton* [1968] 1 All ER 67 (CA); *Rimmer v Rimmer* [1952] 2 All ER 863 (CA); *Re Rogers' Question* [1948] 1 All ER 328 (CA); *Mercier v Mercier* [1903] 2 Ch 98 (CA).

¹⁷⁵ *Vid.*, desde el punto de vista del matrimonio, las SSTSJ 27.6.2002 (RJ 2002\10438); MP: Nuria Bassols Muntada; 15.12.1994 (RJ 1995\489); MP: Lluís Puig i Ferriol; 31.1.1994 (RJ 1994\4587); MP: Jesús Corbal Fernández; las SSAPB, 1^a, 15.1.2013 (JUR 2013\66142); MP: Ramón Vidal Carou; 16^a, 27.4.2007 (JUR 2007\242036); MP: José Luis Valdivieso Polaino; 12^a, 18.5.2005 (JUR 2005\177712); MP: Ana Jesús Fernández San Miguel; 12^a, 2.5.2003 (JUR 2004\62587); MP: Elena Sellart Ollearis o la SAPG, 2^a, 18.4.2007 (JUR 2007\281645); MP: Joaquim Miquel Fernández Font. Desde el punto de vista de las parejas estables, *vid.* la SAPB, 1^a, 29.6.2009 (JUR 2009\408270); MP: Antonio Ramón Recio Córdoba. En Inglaterra y Gales, *vid.*, por ejemplo, el caso *Cobb v Cobb* [1955] 2 All ER 696 (CA).

¹⁷⁶ *Vid.*, desde la perspectiva matrimonial, el ATSJ, 23.5.2002 (JUR 2002\175350); MP: Ponç Feliu i Llansa; la SAPG, 2^a, 30.7.2002 (JUR 2002\247743); MP: Joan Manel Abril Campoy o la SAPT, 3^a, 29.6.2000 (JUR 2000\284708); MP: Juan Carlos Artero Mora. En relación con las parejas estables, *vid.* las SSAPB, 4^a, 25.7.2015 (JUR2016\11268); MP: Mercedes Hernández Ruiz-Olalde; 19^a, 17.6.2005 (JUR 2006\265801); MP: M^a Asunción Claret Castany En Inglaterra y Gales, *vid.*, por ejemplo, el caso *Silver v Silver*; [1958] 1 All ER 523 (CA).

¹⁷⁷ *Vid.*, desde la perspectiva matrimonial, la STSJ 28.10.2004 (RJ 2004\7462); MP: Guillermo Vidal Andreu o las SSAPB, 17^a, 19.11.2004 (JUR

Escenario V: Se adquiere un bien X pero no queda claro si éste pertenece a A o a B¹⁷⁸.

En Cataluña, el Libro segundo fija los criterios legales aplicables a las adquisiciones onerosas realizadas durante la vigencia del régimen de separación. Concretamente, los arts. 232-3, apdo. 1, y 232-4 CCCat señalan, respectivamente, que:

“[I]os bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, se presume la donación” y que “[s]i es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas”.

En este capítulo analizaré fundamentalmente las características y el alcance que los mencionados artículos tienen en relación con las adquisiciones onerosas realizadas constante matrimonio, particularmente en lo que respecta a la presunción de donación. Su importancia es notable dado que, al margen de estas normas, no hay ninguna otra disposición específica del Derecho de familia que

2005\21793); *MP: Ramón Foncillas Sopena*; 12ª, 9.1.2001 (JUR 2001\113800); *MP: Antonio López-Carrasco Morales*; 16ª, 6.3.2001 (JUR 2001\156445); *MP: José Luis Valdivieso Polaino*. En lo relativo a las parejas estables, *vid. la SSAPB*, 16ª, 5.2.2015 (JUR 2015\115376); *MP: Jordi Seguí Puntas*; 16ª, 3.4.2014 (JUR 2014\135239); *MP: Inmaculada Zapata Camacho*; 17ª, 30.5.2013 (JUR 2013\337351); *MP: María del Pilar Ledesma Ibañez*; 12ª, 7.6.2012 (JUR 2012\275850); *MP: Joaquín Bayo Delgado*; 1ª, 24.10.2011 (JUR 2011\396611); *MP: Antonio Ramón Recio Córdova*; 11ª, 17.5.2006 (JUR 2006\260093); *MP: José Maria Bachs i Estany* o la SAPG, 2ª, 6.4.2011 (JUR 2011\295167); *MP: Jaime Masfarre Coll*. En Inglaterra y Gales, *vid.*, por ejemplo, los casos *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53; *Stack v Dowden* [2007] UKHL 17; *Hine v Hine* [1962] 3 All ER 345 (CA).

¹⁷⁸ *Vid.*, en relación con el matrimonio, la STSJC, 19.10.1993 (RJ 1993\10181); *MP: Jesús Corbal Fernández*; la SAPL, 1ª, 28.11.2006 (JUR 2007\251305); *MP: Lucía Jiménez Márquez*; la SAPB, 18ª, 28.9.2006 (JUR 2007\140852); *MP: María Dolores Viñas Maestre* o la SAPG, 2º, 11.4.2005 (JUR 2005\123615); *MP: José Isidro Rey Huidobro*. Acerca de las parejas estables, *vid. la SAPB*, 19ª, 8.1.2010 (JUR 2010\149686); *MP: Nuria Barriga López*.

aborde esta cuestión, y ello a pesar de la complejidad que presentan algunos de los escenarios anteriormente enunciados. Paralelamente a lo anterior, y aunque de forma más sucinta, también expondré la jurisprudencia de los tribunales catalanes sobre reclamaciones efectuadas por quienes, habiendo convivido en pareja estable, pagaron en todo o en parte la contraprestación para adquirir un bien. En este sentido, y dado que no existe una norma equivalente a la de las adquisiciones onerosas en sede convivencial, daré cuenta de la disparidad de criterios empleados para resolver estos litigios, con soluciones que van desde el reconocimiento de un derecho de crédito fundamentado en la doctrina del enriquecimiento injusto a la aplicación analógica del art. 232-3, apdo. 1, CCCat.

2. LA REGLA DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS ESTABLECIDA EN EL ART. 232-3 CCCAT

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde un punto de vista histórico, el régimen que propiamente existía en Cataluña era el dotal, que seguía la tradición del régimen dotal romano. A grandes rasgos consistía en un pacto capitular previo al matrimonio en virtud del cual los familiares de la mujer realizaban una atribución patrimonial para el sostenimiento de la futura economía familiar. Si los interesados no disponían nada más, el patrimonio privativo de ambos cónyuges no se mezclaba (salvo en supuestos de adquisiciones conjuntas), lo que *de facto* propiciaba que hubiera separación de bienes¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Vid. FONT I SEGURA, Albert, “Comentari a l’article 231-10”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 98 y 99. Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974. De acuerdo con este autor, en la base

Sin embargo, con el tiempo, los cambios en la familia tradicional, el desuso de los capítulos matrimoniales y, en definitiva, la evolución de la sociedad hacia otra de más abierta, con posibilidad de disolución del matrimonio, propiciaron el paulatino pero constante abandono de la dote, subsistiendo únicamente el principio de separación entre los respectivos patrimonios de los cónyuges^{180 181}.

En 1960 el legislador promulgó la CDCC, estableciendo en su art. 7 que “[e]n defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote, si la hubiera”. Ello contribuyó a fijar las bases del régimen de separación, esto es, la independencia patrimonial de los cónyuges¹⁸². Asimismo, como señalaba en el capítulo primero, en el art. 23 del citado texto legal también se incorporaba la conocida como presunción muciana. En este sentido, la disposición señalaba lo siguiente:

“[L]os bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido”.

del régimen había básicamente dos ideas: “la bondad de un sistema basado en el patrimonio dotal, y el respeto al principio de la libre configuración por los particulares de las relaciones jurídicas que les atañen” (pp. 24 y 25).

¹⁸⁰ Vid. FONT I SEGURA, Albert, “Comentari a l’article 231-10”, cit., p. 99.

¹⁸¹ En relación con ello, DURÁN Y BAS señala lo siguiente: “[e]n caso de silencio de los cónyuges al contraer matrimonio, no presuponga la ley ningún régimen especial, ni el sistema dotal, ni la sociedad legal de gananciales: si no hay estipulación de las partes, cada cónyuge podrá disponer libremente de sus bienes, y los de la mujer quedarán en condición de parafernales” (*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 59).

¹⁸² Vid. en relación con el art. 7 *in fine* CDCC 1960, PUIG SALELLAS, Josep Maria, “Comentario al artículo 7 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, cit., pp. 273 a 276.

Esta presunción debía ponerse en conexión con el art. 20 CDCC de 1960, relativo a las donaciones entre cónyuges. Según este último artículo, éstas eran nulas si, constante matrimonio, se habían realizado fuera de capitulaciones matrimoniales. Ello era claramente perjudicial para la mujer, quien veía como parte de su patrimonio privativo quedaba al arbitrio del marido al poder dejar éste sin efecto las supuestas donaciones (aún no haberlas realizado) en base a la mencionada presunción legal¹⁸³. Dado que esta situación era claramente discriminatoria para la mujer, e incompatible con los arts. 14 y 32, apdo.1, CE, sobre la igualdad y equiparación jurídica de los cónyuges, respectivamente, la presunción muciana no está actualmente en vigor.

Posteriormente, el art. 13 de la Ley 13/1984 modificó el capítulo décimo del título tercero del libro primero de la CDCC de 1960, dando una nueva redacción al antiguo art. 49 e introduciendo un tercer párrafo conforme al cual:

“Los bienes adquiridos por uno de los consortes durante el matrimonio cuya adquisición no se pueda justificar se considerará que pertenecen a los dos consortes por mitad; pero si consta su adquisición se presumirán adquiridos con dinero privativo del adquirente”.

Aunque la contraprestación para adquirir un bien procediera del patrimonio de ambos cónyuges, si solamente uno de ellos constaba en el título de adquisición la cosa le pertenecía en exclusiva. En este sentido, el cónyuge contribuyente pero no adquirente no podía alegar un eventual derecho de propiedad en base a la existencia del principio de subrogación real. De hecho, para reforzar la inaplicación del mencionado principio en el régimen de separación,

¹⁸³ Vid. PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 39: Adquisicions oneroses”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 219.

se presumía que el dinero empleado era del adquirente. No obstante, esta presunción era *iuris tantum*, de modo que el cónyuge no titular podía aportar prueba en contrario para destruirla.

Mediante la Ley 8/1993 el legislador catalán volvió a reformar la Compilación. Su artículo 21, con un redactado mucho más próximo al del actual Código civil catalán, disponía que:

“En las adquisiciones realizadas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entenderá pagada con dinero privativo del adquirente. En caso de que la contraprestación procediera del otro cónyuge, se presumirá la donación”.

Sin duda, la principal innovación se encontraba en el segundo inciso del artículo. A diferencia de lo que sucedía en la Ley 13/1984, en este caso el legislador catalán consideró oportuno regular qué pasaba cuando la contraprestación procedía del patrimonio privativo del otro cónyuge. Después de considerar los distintos motivos por los cuales uno de ellos podía querer transferir parte de su patrimonio al otro, el legislador optó por presumir un negocio jurídico gratuito y, concretamente, de donación¹⁸⁴. Esta solución difería de la que, hasta el momento, se había utilizado en algunos casos resueltos por el TSJC. En este sentido, tanto la STSJC 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: *Jesús Corbal Fernández*, como la STSJC 31.1.1994 (RJ 1994\4587); MP: *Jesús Corbal Fernández*, consideraban que el pago realizado por un cónyuge en beneficio del patrimonio del otro era un anticipo que devengaba un potencial derecho de crédito, sin que pudiera presumirse animo de liberalidad.

¹⁸⁴ En relación con el art. 21 de la Ley 8/1993, *vid.* MIRAMBELL, Antoni, “Article 21”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995, pp.187 a 196.

Cinco años más tarde, el artículo 39 del Código de Familia de 1998 recogió los elementos esenciales de la reforma anterior. Su tenor literal era el siguiente:

“En las adquisiciones hechas a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente. En caso de que la contraprestación proceda del otro cónyuge, se presume su donación”.

El sentido de la disposición legal era coherente con el de su predecesora: preeminencia del principio de titularidad formal y, en caso de que pudiera probarse que la contraprestación era originaria del patrimonio del no adquirente, presunción de donación. Sobre este último punto, algunos autores defendieron que, gracias a la donación, se evitaba introducir en el régimen de separación elementos característicos de los sistemas de comunidad, paradigmáticamente el principio de subrogación real¹⁸⁵. En mi opinión esta idea es matizable: dado que la presunción de donación implica que el dinero para la adquisición pertenece al adquirente / donatario, es posible argumentar que, en realidad, el adquirente es propietario puesto que la contraprestación le pertenece.

2.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE ADQUISICIONES CONSTANTE MATRIMONIO

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de fiducia o de mejoras donde, como veremos, la falta de normativa específica para su resolución propicia la utilización de otras normas del Derecho civil patrimonial, el actual art. 232-3 CCCat es una regla propia de Derecho de familia que está pensada para solucionar problemas derivados de la adquisición de bienes constante matrimonio. Como

¹⁸⁵ Vid. en este sentido, MIRAMBELL, Antoni, “Article 21”, cit., 1995, p.193, o .PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 39: Adquisicions oneroses”, cit., p. 220.

veíamos en la introducción del capítulo, hay casos de muy distinta índole. Entre otros destacan, por su carácter ejemplificativo, los siguientes:

Caso I: STSJC, 5.3.1998 (RJ 1998\10049); *MP: Lluís Puig i Ferriol:* En fecha indeterminada, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. El 21 de enero de 1982, el marido compró unas fincas en la localidad de “L’Escala” por 250.000 pesetas. Posteriormente, en una de ellas se construyó una casa. A pesar de que la contraprestación fue satisfecha tanto con patrimonio del marido como de la mujer, solamente el marido figuró en la inscripción del Registro de la Propiedad. El 25 de marzo de 1994, el JPI nº 6 de Granollers dictó sentencia por la cual se decretaba la separación de los cónyuges. El 23 de abril de 1994, el ex marido vendió las citadas fincas a su hermana y a su cuñado. El 1 de agosto de 1994 la ex mujer envió un requerimiento notarial a los compradores en el que se manifestaba que ella era copropietaria de la mitad de las fincas indivisas que habían adquirido de su ex marido. En el mismo mes, los compradores contestaron el requerimiento y negaron cualquier derecho de la ex cónyuge sobre las propiedades.

La mujer interpone una demanda contra su ex marido y contra los nuevos compradores de las fincas. En su escrito, solicita que se le declare copropietaria por mitades indivisas de las mencionadas propiedades, que se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa a favor de la hermana y cuñado del ex marido y, subsidiariamente, que se declare la nulidad de la escritura pública únicamente respecto de una mitad indivisa. También solicita una indemnización por daños y perjuicios de 500.000 pesetas.

Caso II: SAPG, 2ª, 18.4.2007 (JUR 2007\281645); *MP: Joaquim Miquel Fernández Font:* El 13 de septiembre de 1996 las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. El 28 de abril de 1997 los cónyuges adquirieron un piso mediante contrato privado de compraventa en el que ambos figuraban como adquirentes. Sin embargo, el marido fue el único que pagó: (a) la contraprestación y (b) los impuestos que gravaban la finca. En fecha desconocida, se produjo la ruptura matrimonial.

La ex mujer demanda a su marido y solicita la venta del piso en pública subasta, de modo que el precio que se obtenga se reparta por mitades iguales entre los ex cónyuges. Por otro lado, el marido formula demanda reconvenzional y pide que se le declare como exclusivo propietario del inmueble. Subsidiariamente, solicita que se le conceda un derecho de reembolso por valor de 16.774,69 euros.

El *Caso I* encaja dentro del primer escenario expuesto en la introducción. A su vez, el *Caso II* se ajusta al segundo. Éstos son, quizás, los supuestos problemáticos que más frecuentemente se suscitan. Sin embargo, con ellos no se agota el número de potenciales situaciones conflictivas. Aunque menos habituales, también es posible encontrar casos en los que un cónyuge adquiere un bien con dinero procedente del otro y solamente éste primero consta como titular. Prueba de ello es el *Caso III*, que explico a continuación. Igualmente, y aunque ello es más frecuente en el contexto de la convivencia en pareja estable -sea en Inglaterra y Gales o en Cataluña-, también hay litigios en donde lo que se discute no es quién pagó la contraprestación o quién consta como titular sino el porcentaje de contribución en la adquisición de cada una de las partes. Lo ejemplifico en el *Caso IV*.

Caso III: ATSJJC, 23.5.2002 (JUR 2002\175350); *MP*: *Ponç Feliu i Llansa*: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Durante la convivencia, el marido compró títulos de deuda pública con dinero de la esposa; concretamente, ésta aportó 23.907.896 pesetas. Sin embargo, el único titular registral e inscrito en el registro contable fue el esposo. En fecha desconocida, la Administración Tributaria realizó un embargo sobre los bienes del marido, entre los que había los títulos de deuda pública.

La esposa demanda a su marido y a la Delegación de Hacienda de Barcelona y solicita que se alce el embargo respecto a los títulos adquiridos con su patrimonio privativo puesto que, según la actora, éstos le pertenecen.

Caso IV: SAPB, 17^a, 19.11.2004 (JUR 2005\21793); MP: Ramón Foncillas Sopena: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Durante la convivencia, tuvieron un hijo y adquirieron una vivienda en Barcelona. El 31 de marzo de 1998 también adquirieron una finca en Blanes, la cual se inscribió a nombre de los dos cónyuges por mitades indivisas a pesar de que la contribución del marido respecto a la satisfacción del precio fue superior que la de la mujer. En este sentido, el cónyuge abonó 3.000.000 de pesetas de entrada con fondos propios obtenidos de la herencia de su madre. En fecha desconocida, las partes cesaron la convivencia.

El ex marido interpone demanda contra su ex mujer y solicita la división de los inmuebles de Barcelona y de Blanes. Para éste último, solicita además que se le reconozca una participación mayor que la de su mujer (del 64%) por haber contribuido más que ella en el pago del precio de adquisición.

Si algo tienen en común los cuatro casos anteriores es que, como comentaba, actualmente se solucionarían mediante la aplicación del art. 232-3 CCCat. Mientras que en Inglaterra y Gales se opta, en caso de matrimonio, por un sistema de separación con distribución por la autoridad competente o, en caso de pareja estable, por la aplicación de las reglas de *equity* y *trust*, en Cataluña las distintas formas de convivencia no alteran el sistema transmisor-adquisitivo configurado de acuerdo con la teoría del título y el modo [preámbulo III, párr. 5º del Libro quinto]. Tanto en el matrimonio como en la convivencia en pareja estable impera el mencionado principio de titularidad formal, presumiéndose además que en sede matrimonial existe donación de la contraprestación cuando el cónyuge A adquiere un bien con bienes o dinero de B. En los apartados siguientes incidiré sobre ello. Después expondré lo dispuesto en los arts. 232-3, apdo. 2, y 232-4 CCCat y analizaré la jurisprudencia de las adquisiciones realizadas por convivientes en pareja estable.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIO DE TITULARIDAD FORMAL

Para que el art. 232-3, apdo. 1, CCCat sea aplicable es necesario cumplir con cuatro requisitos distintos, a saber: (a) el momento de la adquisición, que debe producirse constante matrimonio; (b) la naturaleza de la adquisición, que debe ser onerosa; (c) la naturaleza del bien adquirido, que no puede ser mueble de uso ordinario destinado al uso familiar (art. 232-3, apdo. 2, *a contrario*) y (d) la constancia de la titularidad, de carácter formal¹⁸⁶. En relación con este último requisito, cabe distinguir entre dos clases de titularidades: la formal, ya mencionada, y la material.

El principio de titularidad formal se relaciona con los medios que permiten acreditar el título sobre un bien; por ejemplo, es titular formal de una determinada cosa aquél que consta como adquirente en un documento público o privado. Por el contrario, la titularidad material equivale a la titularidad real e indica a quien el bien pertenece, independientemente de si es titular formal o no. La ley regula la determinación de titularidades centrándose en la formal y guardando silencio sobre la material.

En la primera parte del art. 232-3 CCCat, esto es, la que indica que es propietario aquél que ostenta la titularidad formal del bien, el legislador catalán no sobrepone reglas específicas de Derecho de familia sobre el Derecho de la propiedad y, más concretamente, sobre el sistema general de adquisiciones (art. 531-1 CCCat). Queda descartado que el cónyuge a cuyo nombre figura el bien deba acreditar el carácter privativo de la contraprestación, aunque el otro siempre tiene la posibilidad de demostrar que el que consta como titular en realidad no lo es. En este sentido, son varios los casos

¹⁸⁶ Vid. ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, InDret 4/2011 (www.indret.com), p. 4.

resueltos por la jurisprudencia en los que se alega la existencia de simulación contractual o de titularidad fiduciaria sobre el bien objeto de litigio¹⁸⁷. Esta cuestión la abordaré en el capítulo siguiente.

En los sistemas de comunidad los bienes adquiridos durante el matrimonio son propiedad de ambos cónyuges, independientemente del adquirente y de quien consta como titular¹⁸⁸. Así, el art. 232-30 CCCat, relativo al contenido del régimen de comunidad de bienes, señala que “(...) las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges y los bienes a los que confieran este carácter devienen comunes”. Seguidamente, el art. 232-31 CCCat indica qué bienes deben ser considerados comunes. A título ejemplificativo lo son: “aquellos a los que los cónyuges confieren este carácter en el momento de convenir el régimen o con posterioridad; las ganancias obtenidas por la actividad profesional o por el trabajo de cualquiera de los cónyuges [o] (...) los frutos y rentas de todos los bienes, si no existe pacto en contra” [letras a), b) y c)]. En este sistema, a diferencia de lo que sucede en los regímenes de separación, si A adquiere un bien a cargo de activos comunes, la titularidad real pertenece a A y a B, aunque solamente el primero conste como titular formal en el título de adquisición. Ello es gracias al principio de subrogación real¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Vid. entre muchas otras, las SSTSJC 7.6.2010 (RJ 2010\3750); MP: José Francisco Valls Gombau; 28.5.2007 (RJ 2008\2805); MP: Núria Bassols Muntada; 19.1.2004 (RJ 2004\1789); MP: Antonio Bruquera Manté; 2.7.1990 (RJ 1992\2578); MP: Jesús Corbal Fernández o las SSAPB, 13ª, 1.2.2008 (JUR 2009\33163); MP: Isabel Carriedo Mompín; 17ª, 28.5.2007 (JUR 2007\295084); MP: Amelia Mateo Marco.

¹⁸⁸ En relación con los sistemas de comunidad, aunque desde la perspectiva de la sociedad legal de gananciales, supletoria en el CC, vid. BENAVENTE, Pilar, “Capítulo IV: La sociedad legal de gananciales”, en Gema Díez-PICAZO, *Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 849 a 1097.

¹⁸⁹ Vid., por ejemplo, las SSTS, 1ª, 27.5.2005 (RJ 2005\5760); MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares; 24.3.2003 (RJ 2003\2917); MP: Luis

Este principio parte de la premisa de que la propiedad de un bien es de la persona que satisface la contraprestación, siempre que ésta provenga de su patrimonio privativo. Para que pueda aplicarse es necesario, por un lado, la salida de un bien o derecho con la correlativa entrada de otro que ocupe su mismo lugar; por el otro, el contravalor, cuya equivalencia y origen deben ser tenidos en cuenta a la hora de acreditar la titularidad real¹⁹⁰. Las adquisiciones gratuitas no quedan sujetas a la subrogación real puesto que, por definición, solamente comportan entrada de activos patrimoniales. Lo mismo sucede cuando hay inexistencia de contraprestación. Este es el caso, por ejemplo, de la accesión (art. 542-1 y ss. del CCCat), donde la causa del incremento patrimonial es el modo legal de adquirir.

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la sociedad de gananciales (arts. 1344 y ss. del CC), en el régimen de separación de bienes catalán doctrina y jurisprudencia señalan que no se asocia la titularidad de un bien a los fondos con que se ha adquirido; en otras palabras, que no hay subrogación real¹⁹¹.

La STSJC, 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: *Jesús Corbal Fernández*, señala que “(...) el artículo [refiriéndose al art. 49.3 CDCC de 1984] *no establece una presunción de subrogación real* (presunción legal «iuris tantum»), *ni menos una disposición que acoja este principio* (presunción «iuris et de iure») [la cursiva es mía]. El precepto no dice que si uno de los cónyuges pone el dinero, hay que presumirlo propietario único. Ni ello es deducible del inciso final, el que solo se refiere al caso de que se justifique haber adquirido el bien por uno solo de los consortes, y

Martínez-Calcerrada y Gómez; 8.3.1996 (RJ 1996\1939); MP: *Eduardo Fernández-Cid de Temes*.

¹⁹⁰ GARCÍA-BERNARDO, Alfredo, *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios notariales de España, Madrid, 2000, p. 257.

¹⁹¹ *Vid.*, además de las expuestas en el texto, las SSTSJC 7.6.2010 (RJ 2010\3750); MP: *José Francisco Valls Gombau*; 11.12.2009 (RJ 2010\1483); MP: *Enrique Anglada Flors*; 27.6.2002 (RJ 2002\10438); MP: *Núria Bassols Muntada* y 5.3.1998 (RJ 1998\10049); MP: *Lluís Puig i Ferriol*.

entonces sí presume que el dinero empleado era solo suyo. Prima, pues, el principio de adquisición formal respecto del de la subrogación real” (FJ 2º).

La SAPB, 13ª, 17.7.2002 (JUR 2002\279029); MP: Joan Cremadés Morant, relativa a determinación de la titularidad de una caravana, constata que “(...) *si existe título, prevalece la titularidad formal sobre la subrogación real* [la cursiva es mía], en el sentido de que basta la existencia de un título de adquisición de bienes durante el matrimonio para que el bien pase a formar parte del patrimonio privativo del consorte adquirente (...)” (FJ 3ª).

Con un razonamiento quizás más explicativo, la SAPB, 16ª, 22.2.2008 (JUR 2008\130208); MP: José Luis Valdivieso Polaino expone que, mediante el art. 39 CF, antecesor del actual 232-3, apdo. 1, CCCat “(...) se impide poner patas arriba la economía de las familias. Ello ocurriría si, *a posteriori* de las adquisiciones hechas, hubiese que entrar en averiguaciones sobre el origen del dinero, para acordar compensaciones o subrogaciones reales, que sembrarían la inseguridad entre quienes no sabrían si lo que adquieren hoy a su nombre, mañana tendrán que compartirlo” (FJ 2º).

Con todo, como señalaba anteriormente, en mi opinión esta idea es discutible: entendiendo que la presunción de donación implica que el dinero para la adquisición pertenece al adquirente / donatario, con lo que podría llegarse a sostener que en realidad el adquirente es propietario puesto que que la contraprestación le pertenece¹⁹².

¹⁹² Sobre ello, el art. 39 CF señalaba que “(...) si consta la titularidad de los bienes, la contraprestación se entiende pagada con dinero del adquirente”. Algunos autores defienden que en el nuevo Libro segundo subsiste el mismo juego de presunciones que en el Código de Familia (Vid. BAYO, Joaquín, “Artículo 232-3”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011, p. 687 o SOLÉ, Judith, “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en Mª del Carmen GETE-ALONSO / Maria YSÀS / Judith SOLÉ, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 2ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, p. 186). Por el contrario, otros argumentan que el primer inciso del art. 232-3 no consagra ninguna presunción legal que sitúe la procedencia de la contraprestación en el patrimonio del adquirente (Vid. ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 6.).

Por otro lado, desde una interpretación extensiva de la terminología que emplea el CCCat, es posible inferir que el art. 232-3, apdo. 1, CCCat es también de aplicación en supuestos donde, aun existir adquisición, queda pendiente el pago de la contraprestación. Por el contrario, entiendo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma las adquisiciones previas al matrimonio, aunque el pago con dinero procedente del otro sea satisfecho después de su celebración. No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia no es unánime respecto a este punto.

Prueba de ello son las SSAPB, 14ª, 4.11.2003 (JUR 2004\4484); *MP: María Eugenia Alegret Bugués* y 4ª, 15.6.2012 (JUR 2012\312958); *MP: Vicente Conca Pérez*. En la primera las partes, antes de contraer matrimonio, adquirieron un negocio de farmacia. Éste se puso a nombre de la mujer a pesar de que su pareja también había pagado parte del precio de compra. La AP de Barcelona descarta aplicar la normativa relativa a las adquisiciones onerosas puesto que la adquisición fue realizada antes de la celebración del matrimonio. En la segunda, la mujer, antes de casarse, adquirió un inmueble y lo escrituró a su nombre. El préstamo hipotecario lo pagaban tanto ella como su pareja. La AP de Barcelona señala que: “[s]iendo como es el caso que [ambas partes] aportaban recursos, la aplicación de este precepto [refiriéndose al art. 39 CF] es clara y su efecto definitivo (...). Ciertamente que la norma se refiere al supuesto de adquisición constante matrimonio, no siendo éste el caso, puesto que el piso se adquirió antes de contraer matrimonio las partes e incluso antes de iniciar su convivencia. Pero es evidente que la identidad de motivación obliga a aplicar ese criterio (...)” (FJ 3º).

2.4. EL SUPUESTO BASE

2.4.1. El sujeto que realiza la contraprestación

En Cataluña la propiedad se adquiere de acuerdo con la teoría del título y el modo (art. 531-1 CCCat), quedando al margen cuestiones relacionadas con la onerosidad o gratuidad del título, la procedencia

del precio o su satisfacción¹⁹³. El art. 232-3, apdo. 1, CCCat preserva el sistema general de adquisiciones en aquellos supuestos donde la contraprestación para adquirir un determinado bien tiene su origen en el patrimonio del cónyuge no adquirente. En este sentido, el legislador presume la existencia de donación en beneficio del que consta como titular formal. Dicho en otras palabras, el régimen de separación de bienes catalán deja inalterado el sistema general de adquisiciones previsto en el Libro quinto pero crea una norma específica de derecho matrimonial que presume al negocio jurídico celebrado entre cónyuges naturaleza gratuita y, más concretamente, de donación.

El artículo 232-3, apdo. 1, CCCat, utiliza la forma impersonal (se) para referirse a la satisfacción del precio, con lo que deja la puerta abierta a que pueda pagar tanto el cónyuge adquirente como el no adquirente.

En el primer caso, el cónyuge no adquirente A transmitiría los bienes o el dinero al cónyuge B para que, en el mismo acto o con posterioridad, éste adquiriese de un tercero C¹⁹⁴. El legislador presume que existe *animus donandi* de A hacia B por lo que, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra y Gales, el primero no ostenta ningún tipo de derecho sobre la cosa adquirida por el segundo. A lo sumo, A podría llegar a probar que, en realidad, no existió donación. Sin embargo, ello solamente le reconocería un

¹⁹³ Vid., ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 6. Además, vid. el Preámbulo III, párr. 5º, de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC núm. 4640, de 24 de mayo de 2006).

¹⁹⁴ Vid., aunque en relación con casos de convivencia en pareja estable, las SSAPB, 4ª, 25.7.2015 (JUR 2016\11268); MP: Mercedes Hernández Ruiz-Olalde y 19ª, 17.6.2005 (JUR 2006\265801); MP: Mª Asunción Claret Castany.

derecho de crédito frente a B, nunca un derecho de propiedad sobre el bien¹⁹⁵.

En el segundo, el cónyuge no adquirente pagaría la contraprestación al *tradens* pese no adquirir ni ser deudor. La lógica es la siguiente: B adquiere de C, pero es A quien paga al último¹⁹⁶. Entiendo que en este caso hay un pago por tercero (art. 1158 CC). El régimen de separación de bienes trata a los cónyuges como individuos separados con plenas facultades sobre su patrimonio individual (art. 232-1 CCCat) y con libertad para contratar entre sí (art. 231-11 CCCat). Al presumir el legislador que existe *animus donandi* de un cónyuge frente al otro, queda descartado que el esposo no adquirente pueda hacer valer una acción de reembolso por la cantidad desembolsada (art. 1158, párr. 2, CC) o que pueda subrogarse en la posición del acreedor para exigir a su cónyuge el pago de la deuda anteriormente extinguida (art. 1159, *a contrario*, en relación con el art. 1210 CC)¹⁹⁷.

2.4.2. La contraprestación

La contraprestación, característica de los negocios onerosos, es el sacrificio económico realizado para obtener una determinada atribución patrimonial¹⁹⁸. A pesar de que la terminología del CCCat únicamente incida en la completa satisfacción de la contraprestación (se pagó), nada impide que el art. 232-3, apdo. 1, sea también de

¹⁹⁵ MIRAMBELL, Antoni, “Els règims econòmics matrimonials”, en Ferran BADOSA (Dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 474.

¹⁹⁶ *Vid.*, por ejemplo, la SAPG, 2ª, 30.7.2002 (JUR 2002\247743); *MP: Joan Manel Abril Campoy* o la SAPT, 3ª, 29.6.2000 (JUR 2000\284708); *MP: Juan Carlos Artero Mora*.

¹⁹⁷ ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 7.

¹⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 99.

aplicación cuando el pago es parcial o cuando la procedencia de la contraprestación es mixta, esto es, que además de proceder del patrimonio del cónyuge no adquirente también lo hace del de otra persona, sea el propio adquirente o un tercero.

A diferencia del CF, actualmente el legislador catalán admite expresamente que el pago pueda efectuarse en bienes o en dinero¹⁹⁹. Desde esta perspectiva, la norma de las adquisiciones onerosas se extiende no solo al paradigmático contrato de compraventa sino que abarca otras modalidades contractuales como la permuta (art. 1538 y ss. CC). Del mismo modo, es igualmente posible que el pago del no adquirente se haga mediante la condonación de una deuda que éste tuviera reconocida a favor del *tradens* (art. 1156 CC), la renuncia de un derecho (art. 6, apdo. 2, CC) o la realización de un hacer concreto (art. 1098 CC).

2.5. LA PRESUNCIÓN DE DONACIÓN

2.5.1. Contextualización histórica y finalidad

a. Rasgos generales

En 1993 el legislador catalán modificó el art. 49, párr. 3, de la Ley 13/1984. Como comentaba con anterioridad, éste presumía que si constaba la adquisición del bien, su contraprestación tenía origen en el dinero privativo del adquirente. Las razones que motivaron el cambio legislativo fueron, entre otras, que el mencionado art. 49, párr. 3, no indicaba cómo debían resolverse aquellos casos donde el cónyuge no adquirente A acreditaba que el dinero para la adquisición era suyo y no de B. La ley catalana guardaba silencio al

¹⁹⁹ Ello encaja con la interpretación doctrinal extensiva que hasta el momento se había hecho de la contraprestación. A parte de dinero, se entendía que también era posible hacer el pago en bienes. *Vid.* en este sentido, MIRAMBELL, Antoni, “Article 21”, cit., p.192.

respecto, con lo que no quedaba claro qué derecho reales o crediticios podían corresponder a A.

El art. 21 de la Ley 8/1993 resolvió este problema. Y lo hizo introduciendo una nueva presunción: la de donación. En caso de discrepancia, el cónyuge no adquirente debía probar, primero, que la contraprestación procedía de su patrimonio privativo para, después, demostrar que no actuó con *animus donandi*. La doctrina entendió que esta solución evitaba introducir “factores comunitarios” en el régimen de separación de bienes al mismo tiempo que reforzaba la inaplicación del principio de subrogación real²⁰⁰.

De acuerdo con mi punto de vista, una explicación alternativa -que no necesariamente contrapuesta a la anterior- pasa por defender que la mencionada presunción debió su existencia no tanto a factores legales como sociales. Desde finales de la década de 1970, las bondades del régimen de separación de bienes catalán fueron cada vez más cuestionadas debido a la poca (o nula) protección que brindaba al cónyuge que había trabajado para la casa o para el otro durante la relación matrimonial o tras su extinción, fuera por divorcio o muerte²⁰¹. Por ello, en 1988, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña solicitó a la *Comissió Jurídica Assessora*, alto órgano consultivo de la misma, la elaboración de un anteproyecto de ley que contemplara la existencia de un régimen de separación de bienes con participación en las ganancias²⁰². Dicho

²⁰⁰ MIRAMBELL, Antoni, “Article 21”, cit., p. 193.

²⁰¹ Nótese que la extinción del régimen económico matrimonial por razón de divorcio no era posible antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

²⁰² *Vid.* para más información al respecto, JOU, Lluís, “Article 23”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria*

anteproyecto fue aprobado el 22 de febrero de 1989 por el Pleno de la Comisión. Sin embargo, ni la opinión pública fue demasiado receptiva al cambio normativo ni fue posible crear el consenso político y jurídico necesario para modificar el régimen de separación en la línea del sistema de participación alemán²⁰³. Finalmente, el anteproyecto no prosperó.

Es desde este contexto que podemos ver la Ley 8/1993 como una segunda oportunidad para implementar medidas no sustitutivas pero si correctoras de un régimen de separación poco sensible con el cónyuge que realiza el trabajo doméstico. Como señala el preámbulo de la ley, su objetivo era “(...) evitar las posibles situaciones de desigualdad en el momento de [la] extinción [del régimen]”²⁰⁴. Los correctivos introducidos fueron básicamente dos: la compensación económica por razón de trabajo y la presunción de donación.

En relación con la primera, de acuerdo con el art. 23 de la citada norma, “[e]l cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge tendrá derecho a recibir del mismo, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge”. A la práctica, el cónyuge más desfavorecido solía ser la mujer, la cual, a pesar de haberse dedicado al cuidado de la casa y de la familia durante el

de relacions patrimonials entre cònjuges, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995, pp.199 y 200.

²⁰³ Sin embargo, de acuerdo con una encuesta publicada por el Institut Català de la Dona en 1995, un 73,5% de la población era favorable a sustituir el régimen de separación de bienes por uno de participación, mientras que solamente un 26,1% de los encuestados se manifestaba en contra.

²⁰⁴ Preámbulo I, párr. 3º, de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges (DOGC núm. 1807, de 11 de octubre de 1993).

matrimonio, no participaba de las ganancias obtenidas por el marido por causa de la separación de bienes.

En relación con la segunda, aunque el tenor literal del art. 21 de la Ley 8/1993 guardaba neutralidad acerca del sujeto beneficiario, que podía ser cualquier de los dos cónyuges, es fácil constatar que, como sucedía en la *presumption of advancement* inglesa, el precepto nacía con vocación de beneficiar a la mujer. En este sentido, en el caso *Pettitt v Pettitt* Lord Reid lo expresaba del siguiente modo:

“I do not know how this presumption first arose, but it would seem that the judges who first gave effect to it must have thought either that husbands so commonly intended to make gifts in the circumstances in which the presumption arises that it was proper to assume this where there was no evidence, or that wives’ economic dependence on their husbands made it necessary as a matter of public policy to give them this advantage”.

En Cataluña, como en Inglaterra y Gales, los cónyuges podían adquirir bienes conjuntamente pero, por lo general, solo el marido tenía capacidad económica para pagar la contraprestación²⁰⁵. Con la doble presunción del art. 21, y más concretamente con la de donación, se ofrecía a la mujer una suerte de compensación anticipada que actuaba como remedio económico para paliar las desigualdades patrimoniales de los cónyuges.

b. Evidencia estadística

La necesidad de introducir correctivos al régimen de separación para proteger y compensar al cónyuge que realizaba el trabajo

²⁰⁵ Vid. MARTÍN, Miquel y RIBOT, Jordi, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, p. 52.

doméstico -paradigmáticamente, la mujer- se explica en gran parte por la poca presencia que ésta tenía en el mercado laboral. Tradicionalmente, su labor se centraba en el cuidado de la familia, y la falta de ingresos propios en el contexto de la separación de bienes la hacían económicamente dependiente del marido. Lo vemos en las siguientes tres tablas:

*Tabla I: Tasa de actividad laboral en España y Cataluña (1976-1996)*²⁰⁶

Años	España (%)		Cataluña (%)	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
III trim. 1976	71,03	28,97	77,4	29,4
II trim. 1980	71,09	28,91	67,8	27,1
II trim. 1985	69,73	30,27	56,9	23,3
II trim. 1990	64,83	35,17	64,6	30,1
II trim. 1996	61,44	38,56	56,8	33,0

*Tabla II: Tasa de ocupación por edad de las mujeres en España (1976-1996)*²⁰⁷

Años	Grupos de edad (%)			
	16-19 años	20-24 años	25-54 años	55 y más años
III trim. 1976	48,10	55,10	29,70	14,40
II trim. 1980	40,60	54,30	30,50	11,50
II trim. 1985	31,60	54,10	34,70	9,90
II trim. 1990	31,21	61,58	46,66	9,25
II trim. 1996	20,90	55,57	56,76	8,50

*Tabla III: Tasa de ocupación de las mujeres en Cataluña (1976-1996)*²⁰⁸

²⁰⁶ Fuente: INE: Encuesta de Población Activa (EPA) (www.ine.es) e Idescat: Encuesta de Población Activa (EPA) (www.idescat.cat).

²⁰⁷ Fuente: INE: Encuesta de Población Activa (EPA) (www.ine.es).

Años	Grupos de edad (%)			
	16-19 años	20-24 años	25-54 años	55 y más años
IV trim. 1976	56,5	59,7	28,4	12,0
II trim. 1980	30,4	52,4	32,4	9,5
II trim. 1985	9,7	36,3	32,8	8,3
II trim. 1990	21,1	49,4	43,5	8,0
II trim. 1996	10,7	43,9	51,3	8,1

En el primer cuadro se observa que de 1976 a 1996 la incorporación de las mujeres en el mercado laboral fue progresivamente en aumento. Sin embargo, su tasa de actividad laboral siempre estuvo sustancialmente por debajo de la de los hombres. Aún en 1996, la diferencia entre ambos grupos era de más de 20 puntos, tanto en Cataluña como en el resto de España. En los cuadros segundo y tercero se ve una importante caída en la tasa de ocupación de las mujeres, tanto españolas como catalanas, de entre 25 y 54 años. La causa era el matrimonio. Después de haberse casado, éstas solían abandonar su carrera profesional para hacerse cargo de las tareas domésticas.

La presunción de donación no era ajena a esta realidad. Su incidencia en la adquisición de bienes y, muy particularmente, respecto de la vivienda familiar, era un posible remedio a los efectos indeseados del régimen de separación. Con todo, planteaba y plantea un mínimo de tres inconvenientes:

- (a) En algunos casos puede no beneficiar al cónyuge más débil. Pensemos por ejemplo en un escenario donde A, aún ser económicamente más vulnerable que B, paga parte de la contraprestación para adquirir un bien respecto del cual solamente B consta como titular.

²⁰⁸ Fuente: Idescat: Encuesta de Población Activa (EPA) (www.idescat.cat).

(b) A diferencia de la compensación económica por razón de trabajo, no presenta ninguna clase de límite²⁰⁹. La presunción de donación opera independientemente de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

(b) Las normas sobre donación (arts. 531-7 a 531-22 CCCat) no siempre encajan bien con la presunción del art. 232-3, apdo. 1, *in fine*. Ello se debe a que, *stricto sensu*, es una solución *ad hoc* pensada para ser aplicada en el contexto de las adquisiciones onerosas bajo separación de bienes. En el siguiente apartado desarrollo algunos problemas derivados de esta tercera cuestión.

2.5.2. El encaje de las normas relativas a la donación

a. Dos potenciales problemas

La presunción legal de donación de los bienes o del dinero con que se paga la contraprestación se enuncia, como sabemos, en el art. 232-3, apdo. 1, *in fine* CCCat. Sin embargo, son los arts. 531-7 y ss. del CCCat los que regulan este negocio jurídico. Dado el nulo desarrollo que tiene la donación en las adquisiciones onerosas realizadas constante régimen de separación [no así en los casos de donaciones fuera de capítulos (art. 231-14 CCCat), de donaciones en capítulos matrimoniales (art. 231-25 CCCat) o de donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capítulos matrimoniales (art. 231-27 y ss. CCCat)], debemos remitirnos a las disposiciones del Libro quinto que específicamente la normativizan. Ello puede plantear un mínimo de dos problemas: por un lado, el relacionado con los requisitos de forma de la donación (art. 531-12 CCCat); por

²⁰⁹ *Vid.* en este sentido el art. 232-5, apdo. 4, CCCat.

el otro, el relativo a su revocación por la concurrencia de alguno de los puntos del art. 531-15, apdo. 1, CCCat, y, muy especialmente, por la ingratitud y la superveniencia y supervivencia de los hijos.

b. El requisito de forma del art. 531-12 CCCat

El art. 531-12 CCCat señala en su primer apartado que “[l]as donaciones de bienes inmuebles solo son válidas si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en escritura pública (...)”. En el segundo se indica que “[l]as donaciones de bienes muebles deben realizarse por escrito, [y las] verbales solo son válidas si simultáneamente se entrega el bien dado (...)”. Estas formalidades, que varían dependiendo de la naturaleza mueble o inmueble del bien, tienen como finalidad la protección del donante, esto es, cerciorarse de que efectivamente quiere realizar un acto de empobrecimiento de su patrimonio²¹⁰. El incumplimiento de los requisitos de forma invalida la donación (art. 531-12 CCCat *a contrario*).

De acuerdo con el art. 232-3, apdo. 1, *in fine* CCCat la contraprestación puede pagarse en bienes o en dinero. En este último caso o en el de los bienes muebles, la donación puede hacerse, como decía, por escrito, mediante documento privado donde se manifieste la existencia de *animus donandi*, o verbalmente, con entrega simultánea de la cosa (por ejemplo, A da una suma de dinero a B, su cónyuge, para que éste adquiriera de un tercero C). Esta entrega no es propiamente un acto traditorio. No determina el momento de la transmisión de la propiedad. Como apunta VAQUER, se cumple con la forma si por cualquier medio el donante se desposee a favor del donatario²¹¹. Así, de acuerdo con la

²¹⁰ VAQUER ALOY, Antoni, “Comentario al art. 531-12”, en en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008, p. 302.

²¹¹ *Idem*, p. 307.

jurisprudencia del TSJC, el ingreso de una determinada cantidad de dinero en una cuenta bancaria satisface suficientemente los requisitos formales de la donación²¹². No obstante, la entrega de bienes muebles o dinero de un cónyuge A a otro B sin uso de soporte documental -público o privado- plantea el interrogante de cómo interpretamos la voluntad de A cuando éste no ha manifestado explícitamente su intención de donar.

En Cataluña, como sabemos, el legislador catalán opta por presumir la existencia de donación, si bien ésta no es *iuris et de iure* puesto que admite prueba en contrario (*iuris tantum*). Hay una evidente tensión entre la razón que motiva la existencia de los requisitos de forma en la donación -la protección del donante- y la que justifica la citada presunción en las adquisiciones onerosas -la protección del donatario, normalmente la mujer, por ser el cónyuge más perjudicado por la estricta separación de bienes-. De acuerdo con mi punto de vista, los litigios donde se discute acerca de adquisiciones constante matrimonio deberían resolverse sobre todo en base a la que fue la verdadera intención de las partes, dejando en un segundo plano consideraciones de política legislativa -como la de compensar anticipadamente al cónyuge que realiza trabajo doméstico- puesto que para protegerlo y reequilibrar su posición económica ya existen otros mecanismos (p. ej. la compensación económica por razón de trabajo). Consecuentemente, creo que, como en la *presumption of advancement* inglesa²¹³, para destruir la presunción del art. 232-3, adpo. 1, CCCat debería ser suficiente con acreditar, en primer lugar, la ausencia de manifestación expresa de la voluntad de donar y, después, que de la conducta y actos propios del presunto donante no

²¹² Vid. la STSJC 4.10.1999 (RJ 2000\8039); MP: Ponç Feliu i Llansa.

²¹³ Vid. por ejemplo, el caso *Chaudhary v Chaudhary* [2013] EWCA Civ 758. A mayor abundamiento en relación con la *presumption of advancement* y su impacto en el ordenamiento jurídico inglés, vid. BLACKHAM, Alysia, *The presumption of advancement: a lingering shadow in UK Law?*, cit., pp. 791 a 801.

puede inferirse dicha voluntad (por ejemplo, porque A reclama el dinero al presunto donatario B)²¹⁴.

Más complejos resultan los escenarios donde uno de los cónyuges paga la contraprestación con un bien inmueble (por ejemplo, A realiza un contrato de permuta con C, pero son A y B quienes constan como adquirentes). En cualquiera de estas situaciones la donación del bien debe hacerse en una escritura pública. Y en ésta debe constar la voluntad de donar, la descripción de los bienes donados y, en su caso, las cargas que sean imputadas al donatario. Si falla este requisito la donación es nula. En caso de que las partes documenten públicamente el negocio pero utilizando simulación, que examinaré en el capítulo siguiente, la jurisprudencia del TS considera que la donación es igualmente nula²¹⁵. Sin embargo, este criterio no ha sido compartido por el TSJC, el cual adopta un posicionamiento menos restrictivo y permite salvar la donación de la declaración de nulidad siempre que haya escritura pública y conste también la aceptación del negocio disimulado²¹⁶.

Ejemplo de esta problemática es la STSJC, 16.7.1992 (RJ 1992\10278); *MP: Lluís Puig i Ferriol*: El 2 de enero de 1955, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. En fecha desconocida, el marido, junto con sus hermanos, heredó un solar en Barcelona. El 17 de noviembre de 1973, y después de algunas negociaciones, éstos realizaron una permuta con un constructor que se simuló bajo la apariencia de un contrato de compraventa. En este sentido, firmaron un documento privado, calificado de convenio transaccional, en virtud de la cual los herederos entregaban el solar a

²¹⁴ *Vid.* en este sentido, aunque en relación con la convivencia en pareja estable, la SAPL, 2ª, 15.5.2015 (JUR 2015\166718); *MP: Ana Cristina Sainz Pereda* o las SSAPB, 16ª, 3.4.2014 (JUR 2014\135239); *MP: Inmaculada Zapata Camacho*; 17ª, 18.10.2010 (JUR 2011\82716); *MP: Paulino Rico Rajo*.

²¹⁵ *Vid.* por ejemplo, las SSTS, 1ª, 26.2.2007 (RJ 2007\1769); *MP: Antonio Gullón Ballesteros* y 11.1.2007 (RJ 2007\1502); *MP: Antonio Gullón Ballesteros*.

²¹⁶ *Vid.* las SSTSJC 28.10.2004 (RJ 2004\7462); *MP: Guillermo Vidal Andreu*; 22.5.2003 (RJ 2003\5396); *MP: Guillermo Vidal Andreu*; 6.2.1995 (RJ 1995\4463); *MP: Jesús Corbal Fernández*.

cambio de que el mencionado constructor se obligara a edificar en él y a entregar a cada uno de los hermanos un piso (X). El 14 de noviembre de 1973, y en cumplimiento de la permuta (negocio disimulado), los cónyuges adquirieron por mitades el piso X en Barcelona. En la escritura pública de compraventa (negocio simulado) se hizo constar que antes de que ésta se otorgara, el vendedor había recibido de los compradores el precio convenido y que los cónyuges lo habían pagado a partes iguales. En diciembre de 1987, el matrimonio se separó legalmente.

La ex esposa demanda a su ex marido y solicita poner fin a la situación de proindiviso constituido sobre la vivienda familiar con la venta del inmueble en pública subasta. El ex marido formula demanda reconvenzional y pide ser declarado único propietario del piso. Alega que la compraventa que realizó con su esposa no se correspondía con la realidad, puesto que “el constructor había adjudicado antes ese mismo piso al marido a título de permuta del solar sobre el que se había realizado la edificación” (FJ 1º).

El tribunal desestima la demanda reconvenzional del marido y estima que hay donación de la mitad del piso a favor de su mujer. Más concretamente, señala que: “Si el marit dissimula la permuta sota un contracte de compravenda, en la qual apareixen com a compradors ell i la seva muller, és clar que per aquesta via l'única cosa que vol és fer una liberalitat a favor de la seva muller; i que aquesta conclusió és fonamentada ho acrediten determinades circumstàncies. En primer lloc, el fet que la persona afavorida per la liberalitat es el cònjuge i no un estrany, (...). En segon lloc s'ha d'esmentar que com admeten ambdues parts litigants, es tracta d'un matrimoni català que viu en règim de separació de béns, i segurament per tal de superar el principal inconvenient que presenta aquest règim econòmic conjugal, com és la possible desprotecció econòmica del cònjuge mancat de patrimoni i d'ingressos durant el matrimoni (...), és corrent a Catalunya posar béns a nom del cònjuge mancat de recursos econòmics (...). *[E]n el supòsit que dóna origen al present recurs de cassació, s'ha d'estimar que el fet de posar la meitat del pis a nom de la muller, va obeir únicament a la finalitat de mitigar els efectes d'un règim de separació absoluta de béns entre cònjuges d'economia modesta. Per això s'ha d'estimar que l'actuació del marit té un clar ànim de fer una liberalitat a favor de la seva muller [la cursiva es mía], avui recurrent, i que aquest ànim de liberalitat es tradueix en una donació per part del marit a favor de la seva muller de la meitat del pis, que hauria adquirit exclusivament el marit si*

s'hagués seguit la via de la permuta convinguda inicialment amb qui transmet. I l'existència d'aquest ànim de liberalitat comporta que s'ha d'estimar vàlida la donació encoberta (...)" (FJ 7º)

c. La revocación de la donación

La revocación de la donación por parte del donante únicamente puede tener lugar cuando concurre alguna de las causas previstas en el art. 531-15, apdo. 1, CCCat. Entre ellas se encuentran “[l]a superveniencia de hijos de los donantes, incluso si estos tenían hijos con anterioridad” [letra a)]; “[e]l incumplimiento de las cargas impuestas por los donantes a los donatarios” [letra c)]; “[l]a ingratitud de los donatarios” [letra d)] o “[l]a pobreza de los donantes” [letra e)]”. Asimismo, de acuerdo con el apartado tercero del artículo, “[l]a acción revocatoria caduca al año contado desde el momento en que se produce el hecho que la motiva o, si procede, desde el momento en que los donantes conocen el hecho ingrato”.

Las causas de revocación afectan a la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat²¹⁷. De entre todos los supuestos legales contemplados en el mencionado art. 531-15, apdo. 1, CCCat, pueden ser especialmente conflictivos los apartados relacionados con la ingratitud y la superveniencia y supervivencia de los hijos.

El legislador enuncia que “[s]on causas de ingratitud los actos penalmente condenables que el donatario haga contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la pareja estable, así como, en general, los que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente”. La potencial problemática del precepto radica en su

²¹⁷ Vid. ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 14 o NASARRE, Sergio, “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, cit., p. 248.

amplitud conceptual²¹⁸. Engloba tanto actos contra la persona como contra sus bienes, y ello no se restringe a la figura del donante, sino que también abarca a los hijos y al cónyuge o conviviente. Además, tales actos no necesariamente deben ser objeto de sanción penal.

De acuerdo con la jurisprudencia, para revocar una donación al amparo de la ingratitud, no son suficientes “las meras discrepancias o peleas”²¹⁹. No obstante, entre las discusiones y los delitos tipificados en el código penal hay una extensa gama de posibilidades. Con la referencia a las conductas no aceptadas socialmente es posible pensar, por ejemplo, en una revocación amparada en la infidelidad matrimonial del donatario. A pesar de que para nuestro ordenamiento jurídico el adulterio es una conducta que carece de efectos legales, desde una interpretación amplia del art. 531-15 d) CCCat, creo que podría acabar teniendo importancia por cuanto abriría una vía para sortear la presunción legal del art. 232-3, apdo. 1, CCCat.

En cuanto a la superveniencia y supervivencia de los hijos, el art. 531-15, apdo. 1, letras a) y b), CCCat no distingue según la filiación, incluyendo así a los hijos adoptivos. El precepto se aplica en aquellos casos donde el donante: (a) desconoce la concepción del hijo en el momento de realizar la donación o (b) cree erróneamente que uno o varios de sus hijos han fallecido. En este sentido, la supervivencia de cada hijo que se creía muerto faculta para revocar

²¹⁸ Vid. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 86.

²¹⁹ SAPB, 14ª, 5.3.2001 (JUR 2001\150135); MP: Marta Font Marquina. En la sentencia se apunta que: “la mejor jurisprudencia del T.S. (Sentencias entre otras de 27 de febrero de 1995 [RJ 1995, 2775] y de 7 de marzo de 1997 [RJ 1997, 577]), exige que las cuestiones que puedan suscitarse entre el donante y los donatarios alcancen una entidad suficiente para poder atribuir al donatario una conducta reprochable y/o dolosa que pueda dar lugar a la revocabilidad del acto de liberalidad libremente otorgada por el donante, no siendo suficiente las meras discrepancias o peleas entre ambos” (FJ 2º).

la donación²²⁰. En el supuesto de que se conociera la existencia del hijo pero la filiación aún no estuviera determinada creo, como señalan DEL POZO, VAQUER y BOSCH, que no procedería la revocación puesto que el dato relevante es que el donante supiera de la concepción²²¹. En estos casos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 231-14 *in fine* CCCat, entiendo que sería perfectamente posible que, tras la ruptura matrimonial, A optase por revocar la presunta donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat cuando hubiera pagado la contraprestación para adquirir un bien (p. ej. la vivienda familiar) y, posteriormente, hubiera tenido un hijo en común con su cónyuge B²²².

2.5.3. La presunción de donación como instrumento al servicio de la *familiarization*

Teniendo en cuenta el cambio que en las últimas décadas ha experimentado el mercado laboral, con la progresiva incorporación de la mujer, y los mencionados problemas de forma y de fondo de la presunción de donación, cabe cuestionarse si actualmente sigue siendo necesario mantenerla o si, por el contrario, podría prescindirse de ella como sucedió en 2010 con la *presumption of advancement* inglesa.

Como sabemos, lo que seguramente pretendía el legislador catalán con el art. 232-3, apdo. 1, CCCat es, más que presumir una donación pura, anticipar una suerte de compensación que ayudase a

²²⁰ En relación con la letra (a), *vid.* DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., pp. 85 y 86. En relación con la letra (b), *vid.* VAQUER ALOY, Antoni, “Comentario al art. 531-15”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008, p. 320.

²²¹ *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., pp. 85 y 86.

²²² Nótese que si el hijo no fuera común y la donación se hubiera realizado fuera de capítulos matrimoniales -como sería el caso- no sería posible revocar la donación por supervención de los hijos *ex* art. 231-14 CCCat.

paliar los efectos negativos de una estricta separación de bienes. La presunción es, en el fondo, una atribución patrimonial que compensa por la contribución familiar -normalmente en forma de trabajo doméstico- que un cónyuge realiza en provecho de la unidad familiar. Sin embargo, como sucede con la subrogación real, no parece que a día de hoy este argumento, aún ser importante, sea determinante para conservar la presunción de donación, máxime cuando ya tenemos la compensación económica por razón de trabajo para paliar los efectos indeseados del régimen de separación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 232-3, apdo. 2, CCCat, de no existir la presunción de donación las adquisiciones onerosas realizadas constante separación de bienes deberían regirse por normas y principios generales del Derecho civil patrimonial. Los bienes adquiridos a título oneroso pertenecerían al que constase como titular, y el que hubiera pagado la contraprestación podría eventualmente reclamar ser compensado por ello²²³. No obstante, si optamos por reconocer un derecho de crédito al que paga la contraprestación y después no consta como titular, debemos explicar entonces el motivo por el cual éste decidió pagar. En otras palabras, debemos averiguar cuál es la causa de la atribución patrimonial de escenarios como el *I* y *II*, frecuentes en la práctica.

A y B, casados, pagan la contraprestación para adquirir un bien, pero solo B consta como propietario / A paga, pero en el contrato o en la escritura pública también consta B, su cónyuge. Dejando a un lado eventuales negocios fiduciarios, en situaciones como estas, surgidas en el seno familiar, parece difícil argumentar que A no pretende beneficiar -implícita o explícitamente- a B, su cónyuge. Como norma general, cuando un sujeto hace constar a otro como

²²³ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en las SSTSJ 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: *Jesús Corbal Fernández*; 31.1.1994 (RJ 1994\4587); MP: *Jesús Corbal Fernández*, citadas en el apartado 2.1 de este capítulo. El tribunal argumenta que se trata de un anticipo. Sin embargo, no queda claro el fundamento de derecho sobre el que se asienta.

copropietario es porque quiere que también lo sea. Creo que es poco convincente defender que en supuestos como los del *Escenario II* lo único que hace A es “anticipar” la parte que B debe pagar, sobre todo si tenemos en cuenta que las partes no son individuos extraños entre sí -comparten un proyecto de vida en común- y que las potenciales reclamaciones patrimoniales normalmente se producen tras la ruptura, con lo que A siempre tendrá incentivos para reclamar cuanto pueda de B. Además, con la progresiva incorporación de la mujer en el ámbito laboral, en muchos casos ésta tiene suficientes recursos como para pagar la mitad de la contraprestación. Y si ello es así, no se alcanza a entender por qué el otro cónyuge anticipa su parte a menos que lo que en realidad quiera hacer es favorecerla con una donación.

Es cierto que la jurisprudencia del TS señala que las donaciones no se presumen y que hay que demostrar el *animus donandi* del donante al donatario²²⁴. Con todo, debido a que el contexto en el que nos movemos es el familiar, entiendo que tiene sentido invertir esta regla. Esto es lo que hace el art. 232-3, adpo. 1, CCCat: dado que no podemos conocer a ciencia cierta el querer de las partes, la causa más probable que motiva la actuación de una (A) cuando hace constar a la otra (B) como propietaria o paga la contraprestación es la de beneficiarla con una atribución a título gratuito, no anticiparle una suma de dinero que posteriormente pueda reclamar. El *animus donandi* puede responder a varios motivos, entre ellos, compensar a B por su dedicación a la familia y al hogar, contribuir a los gastos familiares o, simplemente, favorecer a B como consecuencia del afecto existente entre B y A.

Como decía en el apartado 2.5.2 b) de este capítulo, hay una evidente tensión entre la razón que motiva la existencia de los requisitos de forma en la donación y la que justifica la presunción

²²⁴ Vid. entre otras, las SSTS, 1ª, 13.7.2009 (RJ 2009\4466); MP: *Jesús Corbal Fernández*; 17.3.1997 (RJ 1997\1978); MP: *Francisco Morales Morales*.

en las adquisiciones onerosas. Pues bien, sin perjuicio de los criterios que en el mismo apartado apuntaba para destruir la citada presunción cuando ésta no refleje adecuadamente el querer de las partes, a mi juicio la adaptación del Derecho civil patrimonial para su mejor acomodo al plano familiar -presumiendo la existencia de donación- es una buena solución al problema de las adquisiciones onerosas y toda una forma de *familiarization*.

En la introducción y capítulo primero de este trabajo hacía referencia a este concepto señalando que esta idea se fundamenta en que los principios del Derecho de propiedad deben reinterpretarse para acomodarse mejor a las necesidades familiares.

En Inglaterra y Gales ello ha sucedido, como sabemos, en relación con la vivienda familiar. Aunque son muchas las normas que -directa o indirectamente- inciden sobre ella [por ejemplo, aquellas relativas a la transmisión de la propiedad (*law of conveyancing*), el Derecho de contratos, los *trusts* o las relacionadas con la separación, el divorcio, el cuidado de los hijos o la insolvencia y protección de terceros acreedores]²²⁵, las decisiones de la *House of Lords*, primero, y de la *Supreme Court*, después, han permitido acomodar mejor los conflictos familiares de carácter patrimonial gracias al uso de los *implied trusts* y, singularmente, del *common intention constructive trust*²²⁶.

En este caso, e igual que sucede en el mundo anglosajón, se toman en consideración variables propias de la familia para, después, ajustar determinadas reglas del Derecho privado -p. ej. mayor flexibilidad en los requisitos de forma de la donación-. Concretamente, pasamos a presumir la gratuidad de las transacciones patrimoniales realizadas entre dos sujetos cuando éstos comparten lazos afectivos y un proyecto de vida en común.

²²⁵ DEWAR, John, “Land Law, and the Family Home”, cit., p. 327.

²²⁶ HAYWARD, Andrew, “*Family Property*” and the Process of “*Familiarisation*” of Property Law, cit., p. 286.

Consecuentemente, aún con los problemas anteriormente apuntados inherentes a la presunción de donación, defiende que ésta continúa siendo útil en sede de separación de bienes. En mi opinión, aparte de normalmente compensar anticipadamente al cónyuge que realiza trabajo doméstico, recoge la causa más frecuente de las atribuciones patrimoniales realizadas entre cónyuges constante matrimonio: el ánimo de liberalidad. Asimismo, esta norma no desestabiliza en exceso la lógica del régimen de separación puesto que el potencial incremento patrimonial derivado de la aplicación de la presunción a favor del que generalmente es el cónyuge más débil se tiene en cuenta a la hora de calcular la compensación económica por razón de trabajo. En este sentido, las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor (presunto beneficiario de la presunción) durante la vigencia del régimen se imputan a la mencionada compensación (art. 232-6, apdo. 2, CCCat).

2.5.4. La prueba en contrario y la presunción de donación tras separación de hecho

El art. 232-3, apdo. 1, CCCat admite prueba en contrario. Normalmente aquél que debe aportarla es el perjudicado (por lo general, el presunto donante) para: (a) destruir la presunción de donación y poder recuperar así el pago de la contraprestación o (b) demostrar que es el titular real del bien adquirido. Sin embargo, nada impide que sea el donatario el que aporte prueba para desvirtuar una eventual revocación por parte de su cónyuge (art. 531-15 CCCat).

Si se demuestra que no hubo donación sino otro tipo de negocio jurídico (p. ej. un préstamo) o, más aún, que no existió transmisión patrimonial (p. ej. porque el adquirente se apropió indebidamente de la contraprestación), el cónyuge adquirente sigue siendo considerado propietario de la cosa a todos los efectos. Salvo en los

casos donde se demuestre que el adquirente actuó por representación, mandato, como fiduciario o por simulación²²⁷, desvirtuar la presunción de donación no equivale a reconocer un derecho real sobre el bien adquirido. Normalmente lo que se reconoce es un derecho de naturaleza crediticia a favor del que aportó la contraprestación. Con todo, ello siempre dependerá del tipo de negocio realizado.

Por otro lado, de acuerdo con el art. 385, apdo. 2, de la LEC, acreditado el hecho base, la prueba en contrario puede recaer tanto sobre el presunto como sobre “el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. Este nexo se basa en la alta probabilidad que hay de que si se da X, entonces se produzca Y. Una de las situaciones en que es más razonable cuestionar la existencia de dicho enlace es en el caso de transmisión patrimonial entre cónyuges cuando éstos están separados de hecho²²⁸. En tal escenario -hasta hoy poco frecuente en nuestros tribunales- la probabilidad de que recursos económicos del consorte A pasen a integrar el patrimonio de B gracias al *animus donandi* del primero es más bien baja. Las emociones (a veces viscerales) que acompañan a la mayoría de las crisis matrimoniales no juegan precisamente a favor.

El régimen económico se extingue: (a) por sentencia firme dictada en un procedimiento matrimonial para la nulidad, divorcio o separación legal de los cónyuges o también mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura

²²⁷ Vid. PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 39: Adquisicions oneroses”, cit., p. 222.

²²⁸ Sobre este particular, vid. ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 14 y 15.

pública ante notario²²⁹; (b) en un procedimiento específico para la disolución del régimen económico. Tras la extinción, sigue la fase de liquidación, donde se produce el reparto del patrimonio común [arts. 233-2, apdo. 3, letra d), y 233-4, apdo. 2, CCCat]. La separación de hecho plantea el problema de que, al menos teóricamente, el mencionado régimen sigue subsistiendo. No hay sentencia judicial que indique lo contrario. Sin embargo, parece extraño continuar aplicando sus normas en un contexto donde los cónyuges deciden cesar la convivencia y ya no comparten un proyecto de vida en común.

El art. 232-36, apdo. 2, letra a), CCCat, incardinado en el régimen de comunidad de bienes, es sensible a esta situación y señala que el mencionado régimen se extingue tras una separación de hecho de un período superior a seis meses. No obstante, es preceptiva una resolución judicial dictada a petición de uno de los cónyuges. Lo mismo sucede en el régimen de participación en las ganancias²³⁰. En sede de separación de bienes, el art. 232-5, adpo. 1, CCCat, sobre la compensación económica por razón de trabajo, establece que el incremento patrimonial superior se calcula “en el momento de extinción del régimen (...) o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia”. Estas dos opciones, alternativas, responden a la idea de que no se puede participar de las ganancias obtenidas después del cese de la convivencia²³¹. Si en el caso de la compensación se pone el acento no solo en la extinción del régimen sino también en la separación de hecho para evitar situaciones injustas, probablemente lo mismo puede predicarse de la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. Es por ello que, en mi

²²⁹ Vid. la disposición adicional primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015) en relación con los arts. 82 y 87 del Código civil.

²³⁰ Vid. el art. 232-16, apdo. 2, letra a), CCCat

²³¹ RIBOT, Jordi, “Comentari a l’article 232-5”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 243 y 244.

opinión, su aplicación debería centrarse únicamente en el período de convivencia familiar, donde verdaderamente tiene sentido.

2.6. LA PROTECCIÓN DE TERCEROS EX ART. 231-11 CCCAT

El ordenamiento jurídico prevé distintos mecanismos para el caso de que acreedores o legitimarios vean perjudicado su derecho al crédito [p. ej. acción directa (arts. 1551, 1552, 1597 o 1722 CC), subrogatoria (art. 1111 CC) o rescisoria (art. 1291 CC)]. Siendo esto así, creo que es dudoso que terceras personas puedan servirse del art. 232-3, apdo. 1, CCCat -una norma *ad hoc* que ofrece una solución familiarizada y diseñada para ser aplicada entre cónyuges (*inter partes*) en el marco de las relaciones patrimoniales- para reclamar la inoponibilidad o inoficiosidad de las donaciones. No obstante, ello no equivale a negarles la posibilidad de proteger sus intereses mediante una regla específica de Derecho de familia. En este sentido, el art. 231-11 CCCat, incardinado dentro de la subsección primera de la sección segunda del capítulo primero del título tercero del Libro segundo, es una disposición que juega un papel importante en la tutela de los derechos de terceros acreedores dentro del contexto familiar²³².

Los orígenes de esta norma se remontan a la CDCC de 1960. En aquél entonces, su art. 11 señalaba que “[e]n régimen de separación de bienes serán válidos los actos y contratos que durante el matrimonio celebren entre sí los cónyuges a título oneroso; en caso de impugnación judicial la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados”. Con posterioridad, esta misma regla se trasladó al art. 12 de la Ley 13/1984 y al art. 18 de la Ley

²³² PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Artículo 231-11”, en Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOSPEDRA (Coords.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, T.1, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 269.

8/1993. Más tarde, el CF lo devolvió a la numeración original (art. 11) y le dio el redactado que actualmente ofrece el art. 231-11 CCCat.

Las mutaciones históricas que ha experimentado el precepto no son de gran importancia y, en cualquier caso, tienen como objetivo ampliar la regla de libertad de contratación conyugal. Sin embargo, lo que sí ha cambiado es la utilidad de, como mínimo, la segunda parte de la norma. Según la CDCC de 1960, las donaciones entre cónyuges fuera de capítulos matrimoniales eran nulas (art. 20). Consecuentemente, los cónyuges podían celebrar negocios onerosos entre sí pero, al contrario de lo que sucede actualmente, no era factible que el marido donase un bien a la mujer o viceversa. En este contexto, la última parte del art. 11, sobre la inversión de la carga de la prueba, más que proteger a los acreedores perseguía impedir que los cónyuges esquivaran la prohibición del art. 20 CDCC a través, por ejemplo, de la simulación contractual relativa (paradigmáticamente, la donación a través de la compraventa)²³³.

El vigente art. 231-11 CCCat solamente puede ser alegado por un tercero. No es posible que un cónyuge esgrima este precepto legal contra el otro²³⁴. De acuerdo con su tenor literal:

²³³ GÓMEZ, Fernando, “Comentari a l’article 231-11”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 105.

²³⁴ Así lo señala la STSJC 28.12.1993 (RJ 1993\10203); *MP: Luis María Díaz Valcárcel*, de acuerdo con la cual “la presunción de gratuidad establecida por el art. 12 de la Compilación *no está pensada para que pueda ser [invocada] por un cónyuge frente al otro (...). Así se deduce del tenor literal del precepto que habla en plural de «los demandados», es decir, ambos cónyuges que son objeto de reclamación de un tercero* [la cursiva es mía]. Y así lo entiende la doctrina que sitúa la presunción de gratuidad del art. 12 y la presunción de donación del art. 23 entre las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico catalán para la protección de los acreedores de los cónyuges” (FJ 3º).

“En caso de impugnación judicial [entiéndase del negocio jurídico], corresponde a los cónyuges la prueba del carácter oneroso de la transmisión”.

Pese a que algún sector de la doctrina entienda que la norma contempla la presunción de gratuidad de los negocios jurídicos celebrados por los cónyuges²³⁵, la jurisprudencia y la mayoría de los autores afirman que esta regla se limita a invertir la carga de la prueba²³⁶. El legislador presupone que los cónyuges tienen una mayor facilidad probatoria y por ello modifica la regla general prevista en el art. 217, apdo. 2, LEC, de acuerdo con la cual “[c]orresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda (...) el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”.

Respecto al alcance de las impugnaciones judiciales sobre las que rige la inversión de la carga de la prueba del art. 232-11 CCCat, la doctrina difiere. Mientras que para algunos autores esta regla debe restringirse a las impugnaciones por simulación (el título simulado es una falsa apariencia con la que se pretende ocultar la gratuidad

²³⁵ Vid. PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Artículo 231-11”, cit., p. 269.

²³⁶ En la STSJC 28.12.1993 (RJ 1993\10203); MP: *Luis María Díaz Valcárcel*, el TSJC afirmó sobre el art. 12 de la CDCC de 1984 que éste “(...) no establece propiamente una presunción sino una regla de asignación probatoria [la cursiva es mía]. Por ello la doctrina más autorizada ha podido decir que el principal efecto de este precepto es de orden procesal y consiste en la inversión de la carga de la prueba de la onerosidad, de tal manera que alegada la gratuidad serán los cónyuges los que deberán demostrar que realmente existe causa onerosa (...)” (FJ 3º). En cuanto a los autores que defienden esta posición, *vid.*, entre otros, GÓMEZ, Fernando, “Comentari a l’article 231-11”, cit., p. 106; ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 10; PUIG I FERRIOL, Lluís, “Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil Catalán”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (Coords.), *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 214.

del negocio jurídico)²³⁷, otros la asocian a la inoponibilidad de las donaciones (art. 531-14 CCCat)²³⁸ o, desde una visión más amplia, a toda clase de acciones judiciales que tengan como objetivo evitar la eficacia de un acto jurídico (por ejemplo, acciones rescisorias o de reintegración concursal)²³⁹.

Ante la impugnación judicial de los negocios celebrados por los cónyuges, el art. 231-11 CCCat les impone la carga de acreditar, como sabemos, el carácter oneroso. En este escenario, pueden suceder básicamente dos cosas: (a) que se consiga probar la mencionada onerosidad o (b) que no se consiga.

Huelga decir que si el mencionado negocio tuviera carácter gratuito no sería necesario ampararse en el artículo 231-11 CCCat. Las donaciones no perjudican a los acreedores si los donantes las otorgan después de la fecha del acto o del hecho del que nace el crédito y faltan otros recursos para cobrarlo (art. 531-14 CCCat). Tampoco a los legitimarios, quienes tienen una acción de reducción o supresión por inoficiosidad de legados, donaciones y demás atribuciones por causa de muerte si con el valor del activo hereditario líquido no quedan al heredero bienes relictos suficientes para pagar las legítimas, los legados, los suplementos, y para retener la legítima propia (arts. 451-22 y ss. CCCat). Nótese en este punto el terrible dilema del cónyuge que, en virtud del art. 232-3, apdo. 1, CCCat es presunto donatario: si opta por alegar que el negocio jurídico celebrado con su cónyuge no es una donación, destruye la presunción legal que le beneficia; si por el contrario defiende el carácter gratuito del negocio, se expone a que los acreedores aleguen la inoponibilidad de la donación.

²³⁷ CASANOVAS, Anna, “Article 18”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995, p.164.

²³⁸ PUIG I FERRIOL, Lluís, “Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil Catalán”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (Coords.), *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, cit., p. 216.

²³⁹ GÓMEZ, Fernando, “Comentari a l’article 231-11”, cit., pp. 106 y 107.

En el primer caso, demostrada la onerosidad del negocio, los acreedores aún podrían seguir protegiendo sus intereses al amparo de la rescisión de contratos prevista en el Código civil y, concretamente, en los arts. 1291, apdo. 3; (fraude de acreedores), 1292 CC y 1297, párr. 2, CC. En el segundo, dado que no se podría probar el carácter oneroso de un negocio que, teóricamente, lo era, podemos suponer que lo que en realidad los cónyuges celebraron entre sí fue un negocio simulado²⁴⁰. Las partes utilizaron un negocio (el que fuera) de carácter oneroso como cobertura de otro gratuito.

Si la simulación es absoluta, esto es, si los cónyuges crean la apariencia de un negocio aunque, en verdad, no pretendan realizar ningún acto transmisivo, los acreedores no tienen ningún problema para atacar los bienes del cónyuge deudor. El negocio es nulo de pleno derecho, sin que pueda sanarse por cumplimiento, confirmación o convalidación ni tampoco ser objeto de novación, delegación o cesión²⁴¹. Si la simulación es relativa, es decir, si los cónyuges utilizan un negocio simulado (por ejemplo, una compraventa) para ocultar otro de disimulado (por ejemplo, una donación), los acreedores perjudicados pueden hacer valer sus derechos a través del art. 531-14 CCCat.

2.7. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE TITULARIDAD FORMAL DEL ART. 232-3, APDO. 2, CCCAT

Visto el primer apartado del art. 232-3 CCCat así como su presunción de donación, los principales problemas que plantea y su relación con la *familiarization*, voy a incidir ahora, aún dentro del contexto del matrimonio, en el segundo apartado del mismo precepto.

²⁴⁰ En el mismo sentido, PUIG I FERRIOL, Lluís, “Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil Catalán”, cit., p. 215 y 216.

²⁴¹ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 348.

El art. 232-3, apdo. 2, CCCat es una norma de nueva redacción, sin precedentes, que introduce una inédita presunción legal en el régimen de separación de bienes. Si la tradicional regla de las adquisiciones onerosas presume que la titularidad formal se corresponde con la material, sin modificar el sistema general de adquisiciones, el mencionado apartado segundo presume que los bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas.

Esta regla del CCCat utiliza el mismo criterio que el expuesto en la STSJC 28.11.2002 (RJ 2002\10924); *MP: Guillermo Vidal Andreu*²⁴². En aquel caso las partes recurrentes, Barna Wagen S.A. y Wolkswagen Audi España S.A., interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación cuestionando, entre otras cosas, la legitimación activa del cónyuge de la parte actora, Carles Ll., para reclamar daños por la vía de la responsabilidad extracontractual. El Tribunal confirma el criterio seguido por la AP de Barcelona y desestima el recurso de casación²⁴³. El fundamento jurídico cuatro de la sentencia expone:

“[L]os recurrentes consideran errónea la aplicación que hace la sentencia de instancia de los arts. 2 (hay que entender 3) y 8 de aquel Codi [de familia] para justificar la intervención en el pleito de don Carles Ll. (...).

²⁴² *Vid.* en el mismo sentido, si bien sobre un caso de convivencia en pareja estable, la SAPB, 4ª, 25.7.2015 (JUR 2016\11268); *MP: Mercedes Hernández Ruiz-Olalde*. Con todo, este criterio no ha sido unánime desde el punto de vista jurisprudencial. Así, por ejemplo, en la SAPB, 12ª, 3.11.2005 (JUR 2006\66994); *MP: Ana Jesús Fernández San Miguel*, la Audiencia desestimó la pretensión de la apelante, una mujer que había aportado 400.000 pesetas para la adquisición de un vehículo marca Land Rover que figuraba solamente a nombre del marido, y, lejos de reconocer la cotitularidad sobre el bien, entendió que había habido donación de aquella a éste.

²⁴³ SAPB, 1ª, 16.11.2001 (JUR 2002\19428); *MP: María Dolors Montolió Serra*.

Esta [refiriéndose a la sentencia de la AP de Barcelona] se sienta en el siguiente párrafo: «Sigui quin sigui, el cònjuge a nom del qual va ser lliurada la factura, i que consta com a titular a la documentació del vehicle (matriculació, impostos...), les proves i al·legacions efectuades en el procediment demostren que la caravana va ser adquirida pels dos cònjuges els quals, com a unitat familiar, havien d'usar un vehicle especialment dissenyat per poder gaudir d'una comoditat, i en definitiva, de una determinada forma de viure l'esbarjo familiar». Argumentando a continuación la sentencia que tales situaciones son normales en la familia, que participa en el uso común de unos bienes aunque la titularidad de los mismos se adscriba a uno solo de sus miembros. Solo después, la sentencia alude a que tal situación viene hoy ya normativamente contemplada en el Codi de Família y cita los preceptos 2 y 8 del texto legal.

Esta regulación del Codi de família [refiriéndose al art. 3.2 CF], predicable para todos los matrimonios cualquiera que sea la fecha de su celebración (por aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Codi), le sirve al Tribunal de instancia para corroborar la legitimación activa del actor en orden a su reclamación por los perjuicios irrogados por el incumplimiento contractual.

(...)

La legitimación procesal de don Carles Ll. (...) va inescindiblemente ligada al contrato de compraventa cuyo incumplimiento se preconiza. *Y hay que entender, como hace el Tribunal «a quo», que la adquisición del bien de uso común se hizo por ambos cónyuges, aunque figure a nombre de uno solo de ellos [la cursiva es mía]; titularidad común que, a mayor abundamiento, se daría en caso de duda por aplicación del art. 40 del mismo Codi. Las gestiones realizadas indistintamente por uno y otro cónyuge cerca de las entidades demandadas antes de acudir al pleito así lo fijan de manera incontestable (...)*”.

Para que pueda aplicarse este precepto, es necesario que concurra un hecho base, esto es, que conste la titularidad de uno de los cónyuges. De lo contrario, estaríamos ante un supuesto de indeterminación de la propiedad que se resolvería mediante la regla

de las titularidades dudosas (art. 232-4 CCCat)²⁴⁴. Además, no se aplica sobre todos los bienes, sino que se reserva para los que son “muebles”, “de valor ordinario” y “tienen un uso familiar”. Según el preámbulo III, letra c), párr. 8, del Libro segundo, integran esta categoría “(...) los vehículos, el mobiliario, los aparatos domésticos o los demás bienes que integran el ajuar de la casa”. Dada la heterogeneidad del listado, el concepto “valor ordinario” no equivale necesariamente al “poco valor” sino que debe contraponerse al “extraordinario”²⁴⁵. Igualmente, debe tomarse en consideración “el nivel económico de la familia”²⁴⁶. En el caso de los automóviles, algún autor ha mostrado sorpresa ante el hecho de que se presuma la copropiedad del vehículo. Según LAMARCA, “el legislador ha afrontado una cuestión de derechos de crédito y de responsabilidad con instrumentos del Derecho de propiedad. (...). La propiedad de un coche no solo tiene efectos en lo relativo a las deudas generadas por su reparación y mantenimiento, sino que también los puede tener en términos de responsabilidad civil y de derecho sancionador (...)”²⁴⁷.

El art. 232-3, apdo. 2, CCCat prescinde de toda referencia a la contraprestación. Ello no es porque sí. De acuerdo con el art. 231-4, apdo. 2, CCCat, cualquier cónyuge puede actuar (y contratar) con terceros siempre que: (a) sea en interés de la familia; (b) se atiendan las necesidades y gastos familiares ordinarios o (c) lo haga de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia²⁴⁸. Asimismo, “[a]nte terceras personas, ambos cónyuges responden

²⁴⁴ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-3”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 221 y 222.

²⁴⁵ *Idem*, p. 222.

²⁴⁶ BAYO, Joaquín, “Artículo 232-3”, cit., p. 689.

²⁴⁷ Comentari a l’article 232-3”, cit., pp. 222 y 223.

²⁴⁸ *Vid.* para más información SEUBA, Joan Carles, “Comentari a l’article 231-4”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 76 a 77.

solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a [dichas] necesidades” (art. 234-8 CCCat). Ante esta tesitura, parece razonable argumentar que, aunque solamente un cónyuge adquiera la cosa, ambos puedan considerarse copropietarios²⁴⁹. Tendría poco sentido que algo que se adquiere para satisfacer una necesidad colectiva (esto es, la familiar) y del que se responde solidariamente acabe perteneciendo a un cónyuge en exclusiva.

Por otro lado, el art. 232-3, apdo. 2, CCCat omite toda referencia a la presunción de donación del párrafo anterior. Ello es debido a que los problemas que abordan los apartados primero y segundo del artículo son distintos²⁵⁰. El art. 232-3, apdo. 1, pretende, al margen de anticipar una suerte de compensación económica, dar razón de la causa más probable que justifica una atribución patrimonial de un cónyuge a otro. De ahí la presunción de donación. Por el contrario, el apartado segundo se centra en presumir la copropiedad de los bienes muebles de uso ordinario dado su carácter “familiar”. De acuerdo con el preámbulo III, letra c), párr. 8, del Libro segundo:

“(…) En este tipo de bienes, la mera acreditación de la titularidad formal, por ejemplo por medio de recibos de compra, es a menudo poco significativa y, por ello, dado el destino familiar de los bienes, se ha considerado preferible partir de la presunción de que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin perjuicio de la posibilidad de destruir esta presunción por medios de prueba más concluyentes”.

²⁴⁹ En el mismo sentido, *vid.* LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-3”, cit., p. 222.

²⁵⁰ Con todo, alguna sentencia continúa aplicando analógicamente esta presunción. *Vid.* en este sentido, aunque desde la perspectiva de la convivencia en pareja estable, la SAPT, 3ª, 12.3.2010 (JUR 2010\176676); *MP: Manuel Galán Sánchez*. En este caso, la AP de Tarragona desestima el recurso de apelante, que había entregado 10.250 euros a su ex compañera sentimental para que pudiera adquirir un vehículo (no consta la marca) del que solamente ella consta como titular, y estima la donación del dinero *ex* aplicación analógica del art. 39 CF.

Aunque la titularidad se presume compartida y en régimen de comunidad ordinaria indivisa (art. 552-1 y ss. CCCat)²⁵¹, lo cierto es que la presunción puede destruirse mediante prueba en contrario (*iuris tantum*). No obstante, no habrá suficiente con acreditar “mera (...) titularidad formal” (art. 232-3, apdo. 2, *in fine* CCCat). Ello constituye un giro completo respecto de lo que exige el apartado primero del artículo 232-3 CCCat, que hace prevalecer la titularidad formal con el fin de no alterar el sistema general de adquisiciones previsto en el Libro quinto.

Con todo, es de suponer que en mayoría de los casos las partes intentarán acreditar la mencionada titularidad formal (p. ej. mediante un tique de compra). Y no tanto para destruir la presunción legal -ya hemos visto que ello es insuficiente- como para acreditar el hecho base, es decir, que hay una adquisición onerosa constante matrimonio. Si, además, se consiguiera demostrar que a parte de figurar el nombre de uno de los cónyuges en el título adquisitivo éste es el único titular material (porque, por ejemplo, además de constar A como comprador, se le hizo entrega del bien²⁵²), entonces la cosa le pertenecería en exclusiva. Sin embargo, es difícil que ello suceda. Las adquisiciones de bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar fácilmente se relacionan con los gastos necesarios para atender las necesidades familiares (art. 231-5 CCCat). Consecuentemente, aunque el acto adquisitivo lo realice solo un cónyuge, bien podría argumentarse que éste obra dentro del ámbito de la potestad doméstica (art. 231-4, apdo. 2, CCCat).

²⁵¹ En el mismo sentido, *vid.* ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 19.

²⁵² *Ibidem.* *Vid.* también LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-3”, cit., p. 223.

3. LA REGLA DE LAS TITULARIDADES DUDOSAS

3.1. PLANTEAMIENTO

En Cataluña, desconocer quién es el propietario de un determinado bien -fundamentalmente, porque no puede acreditarse la titularidad o porque la prueba aportada es contradictoria- es un supuesto nada infrecuente en la práctica²⁵³. Un ejemplo paradigmático de la problemática que suscitan las titularidades dudosas es el siguiente:

Caso V: STSJC 19.10.1993 (RJ 1993\10181); *MP:* *Jesús Corbal Fernández*. En fecha indeterminada, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Durante la convivencia percibieron ingresos derivados del arrendamiento de fincas comunes así como de un negocio de ultramarinos situado en Girona. En fecha desconocida, la mujer contrató una póliza seguro de prima única que, en el año 1989, ascendía a 27.000.000 de pesetas. Según el marido, 23 de los millones de esta póliza habían sido sustraídos de de la caja del negocio de ultramarinos, el cual, también de acuerdo con su versión, le pertenecía. Según la esposa, la mayor parte del dinero de la póliza (15.000.000 de pesetas) procedía de donaciones de su padre. En fecha desconocida, las partes se separaron de hecho.

La mujer demanda al ex marido y, entre otras cosas, solicita que le abone la cantidad de 2.126.631 de pesetas en concepto de rentas devengadas por el alquiler de fincas comunes hasta octubre de 1991. El ex marido formula demanda reconventional, solicitando que la actora se haga cargo de la mitad de los gastos de las fincas, valorados en 877.152 pesetas, así como la restitución del capital objeto de la póliza (27.000.000 de pesetas).

Actualmente, el legislador resuelve este problema en el art. 232-4 CCCat indicando que:

²⁵³ *Vid.* la nota 178, relacionada con el *Escenario V*.

“Si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas. Sin embargo, se presume que los bienes muebles de uso personal de uno de los cónyuges que no sean de extraordinario valor y los que estén directamente destinados al ejercicio de su actividad le pertenecen exclusivamente”.

Esta solución es propia del régimen de separación catalán. Aunque la duda sobre la propiedad de los bienes puede suscitarse también en otros ordenamientos jurídicos²⁵⁴, lo cierto es que la importancia del problema varía sustancialmente dependiendo de las características de cada sistema. En Inglaterra y Gales, por ejemplo, no hay una norma específica de Derecho de familia que regule esta cuestión. Su ausencia se debe, entre otros motivos, a que el juez tiene amplias facultades discrecionales para, una vez se produce la ruptura matrimonial, adoptar fórmulas de *equal sharing* (*yardstick of equal división*²⁵⁵) y distribuir la propiedad de las partes conforme los criterios de necesidad, compensación y reparto (*Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*). En el ámbito de la convivencia en pareja estable, los remedios basados en la equidad, fundamentalmente los *implied trusts*, ya permiten resolver estas cuestiones, con lo que no hay necesidad de acudir a reglas *ad hoc*.

En las páginas siguientes incido sobre lo dispuesto por el art. 232-4 CCCat, la otra norma del régimen de separación relacionada con la adquisición de bienes.

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

²⁵⁴ Vid. DETHLOFF, Nina y MARTINY, Dieter, “Question 60”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, pp. 623 y 624.

²⁵⁵ Vid. el caso de *White v White*.

La CDCC de 1960 no contenía una regla específica relativa a las titularidades dudosas. Con todo, el art. 49, párr. 2, acerca de los bienes parafernales, regulaba qué pasaba cuando se dudaba sobre si éstos formaban parte (o no) de la dote. Más concretamente, el precepto señalaba que “[e]n la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales”.

La Ley 13/1984, introdujo por primera vez un precepto destinado a regular las titularidades dudosas en el régimen de separación. En este sentido, el art. 49, párr. 3, disponía que:

“Los bienes adquiridos por uno de los consortes durante el matrimonio cuya adquisición no se pueda justificar se considerará que pertenecen a los dos consortes por mitad (...)”.

Esta presunción legal pivotaba sobre tres requisitos diferentes y complementarios entre sí: (a) que hubiera adquisición de bienes, independientemente de su carácter mueble o inmueble; (b) que tal adquisición tuviera lugar constante matrimonio y (c) que no se pudiera justificar el título de adquisición²⁵⁶.

Posteriormente, la Ley 8/1993 introdujo mejoras en la técnica legislativa del precepto, eliminando la extraña expresión “bienes adquiridos (...) cuya adquisición no se pueda justificar” y sustituyéndola por una redacción alternativa, más próxima a la del actual Libro segundo, que proclamaba:

“En caso de duda sobre la titularidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, se considerará que pertenecen a ambos cónyuges”.

El CF dividió el antiguo art. 21 de la CDCC de 1993 en dos disposiciones diferentes: el art. 39, sobre adquisiciones onerosas, y

²⁵⁶ MIRAMBELL, Antoni, “Articles 49, 50 i 51”, en Ferran BADOSA (Dir.), *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1987, p. 448.

el art. 40, sobre titularidades dudosas. La innovación más significativa de este último precepto fue la introducción de una excepción al principio de cotitularidad en caso de bienes muebles de uso personal o de bienes destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges, siempre que no fueran de extraordinario valor.

3.3. LA DUDA DEL ART. 232-4 CCCAT

El art. 232-4 CCCat atribuye a ambos cónyuges y en proindiviso la propiedad de un bien sobre el que existe duda acerca de a quién pertenece, sea porque se desconoce el propietario del bien o la cuota de participación de cada cónyuge. En este último caso, cada consorte acaba poseyendo el cincuenta por ciento de la cosa.

Así, en el *Caso V*, el TSJC condena a la mujer al pago de 13.500.000 de pesetas a favor de su ex marido (la mitad de 27.000.000). En sus fundamentos de derecho el tribunal argumenta que: “(...) en la sentencia de instancia no se declara justificado o acreditado el título de adquisición del dinero (...), bien al contrario, en el F. 4.º se dice «parece indudable que no puede estimarse probado que pertenezcan a la apelante los quince millones que dice haber recibido de su padre, y en este punto el análisis de la prueba practicada al efecto, que hace el Juez «a quo», ha de calificarse de certero...» (...).

[Debe extraerse] como conclusión la no justificación de la titularidad [refiriéndose a los 15.000.000 de pesetas] por parte de la misma [demandante]; y ello unido a que el señor M. [demandado reconventional] no apeló, conduce (...) a aplicar el art. 49, párr. 3.º de la Compilación (...). [N]o se justifica la propiedad exclusiva por ninguno de los cónyuges, entonces el dinero es de titularidad común, y con tal argumentación no se comete ningún error, sino que se da correcta aplicación al precepto mencionado” (FD 3º).

A diferencia de lo que sucede con el art. 232-3 CCCat, en el art. 232-4 el legislador catalán no exige que la adquisición de los bienes sea onerosa. Así, debería ser posible aplicar la solución del mencionado art. 232-4 CCCat en adquisiciones gratuitas *inter vivos*

o *mortis causa* cuando existan dudas sobre el propietario de un bien. En la práctica ésta es una situación frecuente, sobretodo si tenemos en cuenta los regalos y otras liberalidades de uso que normalmente los miembros de una pareja se hacen entre sí. El precepto tampoco requiere que los bienes sean adquiridos constante matrimonio a pesar de que las reformas a la Compilación de 1984 y de 1993 sí que lo demandaban. Consecuentemente, si la incertidumbre se predica no solo de la propiedad del bien sino también de su fecha de adquisición, deberíamos podernos amparar en el art. 232-4 CCCat para hacer valer el título de copropiedad que, presuntamente, la norma otorga²⁵⁷.

Pese a que, tradicionalmente, la regla de las titularidades dudosas haya podido considerarse una presunción legal *iuris tantum*²⁵⁸, actualmente el art. 232-4 CCCat se contempla como una norma de atribución de la propiedad respecto a la que no es posible aportar prueba en contrario. Alternativamente, la mencionada prueba no negaría el supuesto hecho presunto, esto es, la cotitularidad, sino que lo que en realidad haría es destruir la incertidumbre sobre la que se fundamente el supuesto base²⁵⁹. Y, en tal caso, deberíamos remitirnos de nuevo al art. 232-3 CCCat²⁶⁰. El art. 232-4 CCCat es, en otras palabras, una norma de cierre (que no de liquidación) del régimen de separación de bienes²⁶¹.

²⁵⁷ Sobre este particular, *vid.* ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 21.

²⁵⁸ *Vid.* en este sentido MIRAMBELL, Antoni, “Articles 49, 50 i 51”, cit., pp. 445, 447 y 448.

²⁵⁹ ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 22.

²⁶⁰ *Vid.* BAYO, Joaquín, “Artículo 232-4”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011, p. 691.

²⁶¹ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-4”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 224.

Es frecuente que, durante el matrimonio, la mayoría de personas casadas actúen desinteresadamente y atribuyan una importancia relativa a los medios de prueba que permiten acreditar la titularidad de los bienes que adquieren²⁶². No obstante, a partir del momento en que se produce la crisis matrimonial, la insolvencia de uno de los cónyuges o se disuelve el vínculo matrimonial por causa de muerte, es necesario determinar, como sabemos, qué pertenece a quien. En este contexto cobra sentido el art. 232-4 CCCat como norma de cierre del sistema. Cuando no sea posible aportar prueba sobre la titularidad del bien, ésta debe asignarse a alguien. Y es precisamente sobre esta necesidad que el legislador catalán opta por la regla salomónica de “dividirlo” en dos cuotas equitativas. Sin embargo, el art. 232-4 CCCat es de carácter dispositivo y, por lo tanto, puede ser desplazado si las partes pactan en capítulos atribuir la titularidad de un bien al cónyuge A o declaran que, en caso de duda, el bien en cuestión será propiedad del cónyuge B²⁶³. Con todo, el principio de autonomía privada en la esfera matrimonial tiene como límite el principio de equiparación jurídica de los cónyuges (art. 231-2, apdo. 2, CCCat).

Contrariamente a lo que sucede con las presunciones legales del art. 232-3 CCCat, el art. 232-4 CCCat no tiene naturaleza de presunción sino que desempeña una función netamente atributiva de la propiedad cuando se desconoce quién es propietario de un bien. Sin embargo, es posible que, aún cuando se conozca el adquirente, surja la duda de si el que adquirió lo hizo en ejercicio de la potestad doméstica (art. 231-4, apdo. 2, CCCat) y, por lo tanto, también en nombre y beneficio del otro cónyuge²⁶⁴. Entiendo, tal y como

²⁶² Vid. en este sentido, HERRING, Jonathan, *Family Law*, cit., pp. 168 a 170.

²⁶³ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-4”, cit., p. 224.

²⁶⁴ Vid. aunque en relación con la convivencia en pareja estable y los gastos de adquisición de la vivienda familiar, la SAPG, 1ª, 27.10.2014 (JUR 2015\42191); MP: *Fernando Ferrero Hidalgo* o la SAPB, 1ª, 29.6.2009 (JUR 2009\408270); MP: *Antonio Ramón Recio Córdova*.

apuntan algunos autores²⁶⁵, que en la actualidad esta situación debe solventarse *ex art.* 232-3, apdo. 2, CCCat, relativo a los bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar, y no vía art. 232-4 CCCat. En cualquier caso, el resultado es el mismo: cotitularidad del bien por mitades con independencia del sujeto que adquirió.

En cuando a los medios que deberían permitir despejar la duda a la que hace referencia el art. 232-4 CCCat, de acuerdo con la STSJC 15.12.1994 (RJ 1995\489); *MP: Lluís Puig i Ferriol* el supuesto de hecho que contempla la norma, esto es, la incertidumbre sobre la propiedad de un bien, no desaparece si un cónyuge confiesa judicialmente que la cosa pertenece a su consorte; para que así fuera, la mencionada confesión debería ir acompañada (o relacionada) con otros medios de prueba.

En este sentido, según la mencionada sentencia, relativa a un caso donde el marido solicitaba ser declarado propietario en exclusiva de una vivienda y una plaza de aparcamiento adquiridas constante matrimonio, “la confesión bajo juramento indecisorio, salvo cuando se trata de prueba única, no es prueba legal y no es prueba superior a los otros medios probatorios (Sentencias del TS de 21 mayo 1982 [RJ 1982\2587] y 3 diciembre 1985 [RJ 1985\6198]), puesto que en nuestro sistema procesal de libre apreciación de la prueba, la confesión no es prueba plena, con la consecuencia que el Juez no está obligado a seguirla en su resultado, sin perjuicio de la valoración en relación con las otras pruebas que se han llevado a cabo, pero sin exclusividad prevalente (...)” (FJ 2º).

No obstante, en la actualidad el valor del interrogatorio de las partes se rige por lo establecido en el art. 316 de la LEC. Y, en este sentido, “[s]i no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”.

²⁶⁵ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-4”, cit., p. 224.

Por otro lado, entiendo que en Cataluña no es posible utilizar las presunciones posesorias del art. 522-1, apdo. 1, CCCat, sobre la presunción de existencia de un justo título en relación con la posesión en concepto de dueño, y del art. 522-8, apdo. 1, CCCat, de acuerdo con el cual “[l]a adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio”²⁶⁶. El legislador catalán opta por crear una norma de cierre del régimen de separación, es decir, establece una regla *ad hoc* con la que expresamente indica qué consecuencia jurídica debe atribuirse a un supuesto de indeterminación de titularidad. Luego, parece poco razonable desplazar el art. 232-4 CCCat mediante la utilización de disposiciones normativas genéricas (como lo son las reglas posesorias), máxime cuando no han sido diseñadas para solucionar controversias propias del Derecho de familia. Además, no debemos olvidar que, en el marco de la convivencia, la posesión de los bienes que forman parte de la economía familiar a menudo tiene unos perfiles muy poco definidos, con lo que esta imprecisión puede llevar a resultados socialmente menos deseables (e injustos) que los que se consiguen por la vía del art. 232-4 CCCat²⁶⁷.

²⁶⁶ Con todo, desde un punto de vista comparado, la solución de las presunciones posesorias no es extraña. Así, por ejemplo el § 1362, apdo. 2, BGB. *Vid.* a mayor abundamiento sobre esta cuestión, DETHLOFF, Nina y MARTINY, Dieter, “Question 64”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, p. 636.

²⁶⁷ En el mismo sentido, PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 40: Titularitat dubtoses”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 229 y 230 o ÁLVAREZ, María Pilar, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Madrid, 1996, pp. 394 y 395.

3.4. LOS BIENES MUEBLES DE USO PERSONAL Y PROFESIONAL

Desde la aprobación del CF de 1998, la regla de las titularidades dudosas se ve complementada con un segundo inciso que matiza el primero. Si la norma general es que en caso de duda la atribución de los bienes o derechos es por mitades indivisas, el art. 232-4, *in fine*, CCCat establece que los bienes muebles de uso personal que no sean de extraordinario valor y los directamente destinados al ejercicio de la actividad de cada cónyuge les pertenecen en exclusiva. A pesar de que el uso y la posesión no son necesariamente indicativos de la propiedad, el legislador observa que estos bienes tienen una vinculación más íntima con cada uno de los cónyuges, sin que habitualmente se usen o posean conjuntamente, por lo que entiende que su propiedad no corresponde por mitades²⁶⁸.

Igual que en la primera parte del art. 232-4 CCCat, creo que toda evidencia que pretenda demostrar la titularidad de un bien mueble de uso personal o profesional lo que hace es reconducir el supuesto hacia el art. 232-3 CCCat, dejando por lo tanto sin aplicación el mencionado art. 232-4. Sin embargo, entiendo que es posible demostrar que un determinado bien no merece la consideración de “uso personal” o de “destinado directamente al ejercicio de su actividad”²⁶⁹. En este último caso, deberíamos pasar de la presunción de exclusividad a la de condominio sobre el bien.

²⁶⁸ LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-4”, cit., pp. 225 y 226.

²⁶⁹ Desde una perspectiva distinta, *vid.* ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 22. Esta autora sostiene que toda prueba dirigida a acreditar que el bien pertenece solamente a uno de los cónyuges o que aquél no lo usa se encamina no tanto a contradecir el hecho presunto como a desacreditar la concurrencia del hecho base.

3.4.1. Bienes muebles de uso personal sin extraordinario valor

Generalmente, el concepto “bienes de uso personal” se refiere a aquellos bienes muebles asociados al uso privado por parte de un cónyuge. Son ejemplos la ropa de vestir, los objetos de higiene personal o el reloj. Sin embargo, es discutido si en esta categoría deben incluirse también aquellos bienes que, aún ser de uso propio, no se consideran socialmente como de uso personal²⁷⁰.

De acuerdo con mi punto de vista, la remisión al uso social es una solución que dista de ser óptima. Este criterio puede añadir más problemas que soluciones dada su indeterminación conceptual. Por este motivo creo que debería recurrirse a un criterio subjetivo donde, para definir qué debemos entender por “uso personal”, prevalezca el destino que los cónyuges han dado a los bienes. Entiendo que el legislador catalán parte de un principio de eficiencia económica y atribuye la propiedad a uno de los cónyuges en base a su situación posesoria, que debemos considerar relevante dada la conexión directa que existe entre los bienes y la persona que los utiliza. Esta regla, que también puede aplicarse a los bienes destinados al ejercicio de la actividad propia de los cónyuges, es razonable, sobre todo si tenemos en cuenta que quien más utiliza una cosa es normalmente quien más la valora. Con todo, no pueden considerarse “bienes de uso personal” aquellos que el Libro segundo califica como “familiares”, salvo que se demuestre que no pertenecen a esta categoría²⁷¹.

²⁷⁰ Vid. en este sentido LUCAS, Adolfo, “Règims econòmics matrimonials: el règim de separació de béns”, en Adolfo LUCAS (Dir.), *Dret civil català. Persona i família*, V.2, Bosch, Barcelona, 2012, p. 294. Según este autor, “[e]l concepto de uso personal no se refiere al destino que una pareja concreta pueda dar a unos bienes determinados, sino al destino que la sociedad en general atribuye a unos bienes concretos”.

²⁷¹ Vid. el preámbulo III, letra c), párr. 8º.

En relación con el “valor extraordinario”, existe divergencia de criterios sobre cómo debe interpretarse este concepto. Una postura doctrinal se inclina por pensar que debe hacerse una valoración de acuerdo con los usos y nivel de vida familiares²⁷². Otra cree que “el valor extraordinario debe referirse al valor objetivo del bien en el tráfico económico, independientemente del valor que pueda tener en el contexto del patrimonio del cónyuge que lo posee o utiliza”²⁷³. Como en el párrafo anterior, creo que el mejor criterio pasa por remitirse a las circunstancias concretas de cada caso dado que las desigualdades económicas pueden condicionar completamente qué entendemos por valor “ordinario” y qué entendemos por “extraordinario”.

3.4.2. Bienes destinados directamente al ejercicio de la actividad de los cónyuges

Los bienes destinados directamente al ejercicio de la actividad laboral o profesional de uno de los cónyuges también se atribuyen a éste en exclusiva, independientemente de su carácter mueble o inmueble. Esta atribución de la propiedad no excluye que al otro pueda serle reconocido un derecho de reembolso si consigue probar que pagó el precio de la contraprestación y lo hizo sin *animus donandi*. No obstante, cuando esto ocurre normalmente ya no nos hallamos ante un supuesto de titularidad dudosa sino ante otro de adquisición onerosa.

A diferencia del apartado anterior y de lo que establecía el art. 40 CF, el legislador no ha impuesto un límite de valor en la cosa, de modo que ésta puede tener valor extraordinario (si bien en este caso

²⁷² Vid. ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 22 y LUCAS, Adolfo, “Règims econòmics matrimonials: el règim de separació de béns”, cit., p. 294.

²⁷³ PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 40: Titularitats dubtoses”, cit., p. 231.

es probable que exista constancia de la titularidad formal)²⁷⁴. La justificación de esta decisión muy probablemente radica en la voluntad de evitar la incertidumbre ocasionada por los procedimientos de división de la cosa común, sobretodo cuando de ellos depende la subsistencia económica de uno de los cónyuges.

Para atribuir la titularidad del bien debe tenerse en cuenta el uso que de éste se haga en el momento en que surge la duda. Como señala la ley, el mencionado uso debe ser directo, aunque ello no necesariamente equivale a exclusivo. Sin embargo, dadas las consecuencias que puede tener atribuir la titularidad de un bien solamente a uno de los cónyuges, parece lógico pensar que también debería demostrarse la utilización efectiva del bien en el desarrollo de la actividad -entendiendo profesional- del cónyuge.

4. ADQUISICIONES REALIZADAS POR CONVIVIENTES EN PAREJA ESTABLE

4.1. PLANTEAMIENTO

En los anteriores epígrafes del capítulo he expuesto las normas que, en el marco de la separación de bienes, rigen sobre las adquisiciones realizadas por los cónyuges durante el matrimonio. Como decía con anterioridad, los arts. 232-3 y 232-4 CCCat son dos reglas específicas del Derecho de familia que sirven a dos propósitos concretos:

- (a) Dar razón de la causa que motiva una atribución patrimonial de un cónyuge al otro -el ánimo de liberalidad- y

²⁷⁴ Vid. LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-4”, cit., p. 226 y BAYO, Joaquín, “Artículo 232-4”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011, p. 692.

mitigar el rigor del régimen económico a través de una suerte de compensación económica anticipada que se articula mediante la presunción de donación.

(b) Cerrar el mencionado régimen, indicando que en aquellos supuestos donde existen dudas sobre la propiedad de un determinado bien la titularidad se comparte por mitades indivisas.

No obstante, el análisis en materia de adquisiciones no resulta completo sin hacer mención también a lo que sucede cuando, en el contexto de la convivencia en pareja estable, uno de los convivientes adquiere con dinero procedente del otro o consta como titular aún no haber satisfecho la contraprestación. Hasta la fecha las soluciones a las que han llegado nuestros tribunales distan de ser homogéneas; más bien parece que el criterio es exactamente el contrario: ante un mismo problema las formas de resolución son disímiles. Ello puede llegar a generar una notable inseguridad jurídica en una forma de convivencia que, como comentaba en el capítulo precedente, es cada vez más presente en nuestra sociedad.

A continuación abordo las citadas adquisiciones constante convivencia en pareja estable a partir de la jurisprudencia catalana existente sobre la materia. Más concretamente, incido en tres de las soluciones a las que ésta ha llegado: (a) consideración del pago de la contraprestación como una forma de contribución al gasto familiar; (b) reconocimiento de un derecho de crédito, sea a través del préstamo o de la doctrina del enriquecimiento injusto o (c) apreciación de una donación. Aunque los casos son variados, resultan especialmente importantes en número aquellos donde A y B adquieren un bien pero uno de los dos contribuye más que el otro en el pago del precio, esto es, los casos relacionados con el *Escenario IV* que mencionaba en la introducción del capítulo.

4.2. EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN COMO UNA FORMA DE CONTRIBUCIÓN AL GASTO FAMILIAR

En el apartado 4.2. del capítulo anterior decía que entre los supuestos de carácter patrimonial más problemáticos de la convivencia en pareja estable está aquél donde un conviviente adquiere un bien con cargo al patrimonio del otro. Una forma de solucionar los problemas relacionados con las adquisiciones constante convivencia en pareja estable podría pasar por entender que, en aquellos casos donde A contribuye más que B al pago de la contraprestación -sea porque la satisface en un mayor porcentaje o porque, directamente, la satisface toda-, quien más paga lo hace en virtud de un acuerdo expreso o tácito entre las partes conforme al cual los referidos pagos son una forma de contribución a los gastos familiares. En este sentido se pronuncian algunas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales catalanas, singularmente la de Barcelona²⁷⁵.

Caso VI: SAPB, 1ª, 29.6.2009 (JUR 2009\408270); MP: Antonio Ramón Recio Córdoba: Las partes, A y B, adquirieron un inmueble por mitades indivisas que sirvió al propósito de vivienda familiar. Sin embargo, solamente A se hizo cargo de los gastos de adquisición e impuestos que se tenían que pagar. En fecha desconocida, se produjo la ruptura de la relación.

B interpone demanda y solicita que se proceda a la división de la cosa común. Por su parte, A formula reconvencción y pide que se le declare exclusivo propietario de la vivienda. Subsidiariamente, insta a que se le reconozca un derecho de crédito frente a B por valor de 89.870,78 euros, la mitad de lo que había desembolsado hasta entonces.

²⁷⁵ Vid. además de la expuesta, las SSAPB, 17ª, 30.5.2013 (JUR 2013\337351); MP: María del Pilar Ledesma Ibañez; 1ª, 24.10.2011 (JUR 2011\396611); MP: Antonio Ramón Recio Córdoba o la SAPG, 1ª, 27.10.2014 (JUR 2015\42191); MP: Fernando Ferrero Hidalgo.

La AP de Barcelona desestima la reclamación de A. En sus fundamentos jurídicos el tribunal señala: “(...) ante la ausencia de regulación específica sobre la materia, habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (...), evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho; y en el caso de autos ya se estableció en la resolución apelada, sin que se discuta en esta alzada tal voluntad, de modo que lo único que ahora pretende la recurrente es reclamar al otro litigante la mitad del importe por él abonado durante tal convivencia (...).

(...) [L]a demandada reconconvencional ha acreditado haber percibido ingresos durante los años de convivencia y hacer frente con ello a los gastos comunes, sin que el ahora recurrente le hubiera reclamado la devolución de importe alguno pese a que la convivencia cesó hace 6 años, *admitiendo de esta forma el acuerdo existente entre los ahora litigantes referido a que todos los gastos soportados durante la convivencia fueran cubiertos con los ingresos de ambos; lo que impide que el ahora recurrente pueda recuperar la mitad de lo que pagó vulnerando el acuerdo al respecto entre ellos existente* [la cursiva es mía]” (FJ 3º).

Básicamente, hay tres artículos que debemos tener en cuenta: por un lado, el 234-3, apdo. 1, CCCat, sobre el régimen durante la convivencia²⁷⁶; por el otro, los arts. 231-5 y 232-6 CCCat, sobre los gastos familiares y sus formas de contribución²⁷⁷.

En mi opinión, esta solución, aunque interesante, plantea un mínimo de dos interrogantes: el primero es qué alcance tiene exactamente el concepto “gastos familiares”; el segundo es cómo pueden conocerse los pactos hechos por las partes cuando éstos no son expresos.

²⁷⁶ Vid. en relación con este artículo, el apdo. 4.2 del capítulo primero.

²⁷⁷ Vid. a mayor abundamiento sobre estas dos disposiciones legales, SEUBA, Joan Carles, “Comentari a l’article 231-5” y “Comentari a l’article 235-6”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 78 a 83.

En relación con la primera cuestión, una respuesta aparentemente plausible podría ser que constituyen gastos familiares los “necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familia” y, especialmente, los detallados en el art. 231-5, apdos. 1 y 2, CCCat. Aunque este precepto no es aplicable en las relaciones de convivencia en pareja estable²⁷⁸, creemos que, eventualmente, podría argumentarse a favor de su interpretación extensiva. Sin embargo, como veremos en el capítulo cuarto, el mencionado art. 231-5 CCCat, a diferencia de su predecesor, el art. 4 CF, ha dejado de considerar como gasto familiar “los pagos de adquisición (...) de las viviendas u otros bienes de uso de la familia”. Lo mismo sucede en la LUEP, cuyos arts. 4 y 23 señalan como comunes los “gastos de conservación o mejora de las viviendas”, pero no los de adquisición. Consecuentemente, parece difícil que el pago total o parcial de la contraprestación para adquirir un bien pueda encajar dentro de esta categoría.

La segunda cuestión es aún más compleja. No es tarea fácil saber cuáles fueron los acuerdos que las partes alcanzaron para regular sus relaciones patrimoniales durante la convivencia o, lo que es lo mismo, su voluntad. Ante la ausencia de pacto expreso, la autoridad judicial debe inferir el querer de los miembros de la pareja, pero ello conlleva inevitablemente la posibilidad de errar, además de una notable inseguridad jurídica.

Con el fin de resolver esta segunda problemática sería interesante valorar la posibilidad de introducir algunos razonamientos y presunciones que operan en el mundo anglosajón en nuestro

²⁷⁸ Como sabemos, los convivientes son libres de determinar los gastos familiares y de pactar su distribución y contribución. A mayor abundamiento, *vid.* TARABAL, Jaume y CUMELLA, Antoni, “Comentari a l’article 234-3”, *cit.*, p. 552.

ordenamiento jurídico²⁷⁹. Esta cuestión la abordaré en el capítulo tercero, relativo a los negocios fiduciarios, puesto que es allí donde más frecuentemente se plantean problemas relacionados con la voluntad de las partes y su incidencia respecto a la propiedad de los bienes.

4.3. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE CRÉDITO

Una respuesta alternativa a los conflictos surgidos cuando uno de los convivientes adquiere con dinero procedente del otro pasa por reconocer un derecho de crédito al que pagó. Por lo general, esta solución se articula bien entendiendo que entre las partes hubo un préstamo tácito sin intereses (art. 1740 en relación con el 1753 CC y ss.)²⁸⁰, bien aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto²⁸¹.

Caso VII: SAPL, 2ª, 15.5.2015 (JUR 2015\166718); MP: Ana Cristina Sainz Pereda: A entregó 6.000 euros a B para que éste pudiera comprar un vehículo marca Audi. Tras la adquisición, solamente B figuraba como titular. El resto del precio se financió con un préstamo personal contraído a nombre de B.

²⁷⁹ En Inglaterra y Gales el problema de interpretar la intención de las partes se plantea fundamentalmente en relación con los *implied trusts* (más concretamente, con el *common intention constructive*) y el *proprietary estoppel*. Como sabemos, allí los tribunales han desarrollado criterios de interpretación que ayudan a guiar la discrecionalidad judicial. A grandes rasgos, “*Rosset 1*” y “*Rosset 2*”, para la fase de adquisición, y *Stack v Dowden* y *Jones v Kernott*, para la de cuantificación. *Vid.* en relación con el *common intention constructive trust* el apdo. 6.5. del capítulo primero. En relación con el *proprietary estoppel*, *vid.* el apdo. 6.6 del mismo capítulo.

²⁸⁰ *Vid.* entre otras, las SSAPB, 13ª, 25.9.2013 (JUR 2014\45824); *MP: Joan Cremadés Morant*; 17ª, 18.10.2010 (JUR 2011\82716); *MP: Paulino Rico Rajo*; 11ª, 17.5.2006 (JUR 2006\260093); *MP: José Maria Bachs i Estany*.

²⁸¹ *Vid.* entre otras, las SSAPB, 16ª, 3.4.2014 (JUR 2014\135239); *MP: Inmaculada Zapata Camacho*; 19ª, 8.1.2010 (JUR 2010\176676); *MP: Manuel Galán Sánchez*.

Tras el fin de la relación de convivencia en pareja estable, A demanda a B y solicita que éste le reintegre los 6.000 euros que le entregó.

La AP de Lleida estima la pretensión. Según el tribunal, “(...) no puede admitirse la tesis de que la cantidad aportada por la actora lo fue con ánimo liberalidad (donación), por lo que no ha quedado desvirtuada la presunción de onerosidad a la que acertadamente se refiere la sentencia de primera instancia, que resulta de aplicación al caso en consonancia con ‘la menor transmisión de derechos o intereses’ que establece, en sede de interpretación contractual, el art. 1289 del CC, de la que se deriva que a falta de prueba en contrario *la entrega del dinero se hizo para devolverlo (préstamo del art. 1.740 y 1.753 CC) en este caso gratuito puesto que no se reclaman intereses , perfeccionado con la entrega del dinero, y con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad [la cursiva es mía]*” (FJ 4º).

Caso VIII: SAPB, 12ª, 7.6.2012 (JUR 2012\275850); MP: Joaquín Bayo Delgado: Las partes adquirieron conjuntamente un inmueble. Entre febrero de 1997 y julio de 2009, A pagó de su patrimonio privativo un total de 102.166,73 euros en deudas comunes. B, por su parte, contribuyó a pagar algunos gastos de la vivienda tales como el agua, la luz, el teléfono o el internet.

A demanda a B y, entre otras peticiones, solicita que se le reintegre la mitad de lo desembolsado. B, por su parte, alega que lo pagado por A está compensado por los otros gastos a los que hizo frente durante la convivencia.

La AP de Barcelona estima totalmente la pretensión de A y condena a B al pago de 52.819,65 euros. En sus fundamentos jurídicos, el tribunal expone que: “[e]n el presente caso estamos ante un supuesto de hecho que, de mediar matrimonio, estaría regido (...) por el artículo 39 del Codi de família de Catalunya, pero [este precepto] no puede en ningún caso aplicarse analógicamente. [Consecuentemente], *debe aplicarse, pura y lisamente, la jurisprudencia general sobre el enriquecimiento sin causa (...). De los hechos probados se desprende que existe desplazamiento patrimonial entre los litigantes de la mitad de las deudas comunes (...), en total los 52.819,65 euros reclamados, y hay ausencia de causa (...). La causa que el demandado alega (su compensación con el pago de otras necesidades y atenciones cotidianas de la pareja) ha*

quedado desvirtuada y se da, por ello, ausencia de causa [la cursiva es mía]. La liberalidad por analogía matrimonial, como hemos dicho, debe descartarse y además no ha sido invocada. Por todo ello, debe estimarse la apelación de la demandante y, con ello, la totalidad de su demanda; y paralelamente, la apelación contraria debe ser desestimada” (FJ 3°).

Apreciar la existencia de un derecho de crédito entre las partes puede parecer una solución plausible para resolver problemas relativos a la adquisición de bienes constante convivencia en pareja estable. Sin embargo, creo que entraña algunas dificultades importantes.

En relación con la figura del préstamo tácito [el “anticipo”, en la terminología de las SSTSJ 10.5.1993 (RJ 1993\6323); *MP: Jesús Corbal Fernández*, 31.1.1994 (RJ 1994\4587); *MP: Jesús Corbal Fernández*], el principal problema es que normalmente es muy difícil acreditar su existencia. No es suficiente con alegarlo sino que, evidentemente, también hay que probarlo. Además, dado que el contexto en el que nos hallamos es el familiar, a menos que de los actos propios de las partes o de algunas de sus manifestaciones pueda inferirse lo contrario (p. ej. durante la convivencia A reclama a B lo desembolsado), no parece que ésta sea la causa más común de las atribuciones patrimoniales entre convivientes.

Respecto de la doctrina del enriquecimiento injusto el TS afirma, acerca de las pretensiones por reembolso en caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, que “la figura de la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser vía adecuada para la obtención de indemnizaciones a la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma” (FJ 2°)²⁸²²⁸³.

²⁸² STS, 1ª, 12.9.2005 (RJ 2005\7148); *MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*.

²⁸³ Nótese que las pretensiones deberían ser por reembolso y no indemnizatorias. El enriquecimiento injusto nunca comporta indemnización.

“[T]odo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considere como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución”²⁸⁴. Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia vienen exigiendo la concurrencia de cuatro requisitos: (a) la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial para el demandado; (b) el correlativo empobrecimiento del actor; (c) la carencia de causa que justifique dicho enriquecimiento y (d) la ausencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio²⁸⁵.

En el contexto del Derecho de familia y, más concretamente, en casos como los anteriormente expuestos, es posible apreciar tres de las cuatro variables: A, que adquiere un determinado bien en calidad de propietario o copropietario, experimenta un incremento patrimonial a costa de B, su pareja sentimental, que sufre un perjuicio económico. A su vez, no hay ningún precepto legal que impida la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Sin embargo, es más cuestionable que no exista una causa que justifique la transmisión patrimonial. En este sentido, podría entenderse, por ejemplo, que si A paga la contraprestación y solamente es B quien adquiere es porque el primero busca compensar anticipadamente al segundo.

²⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, cit., p. 107.

²⁸⁵ Vid. entre muchas otras, las SSTs, 1ª, 30.12.2015 (RJ 2015\5897); MP: José Antonio Seijas Quintana; 6.10.2006 (RJ 2006\6650); MP: Clemente Auger Liñán; 17.6.2003 (RJ 2003\4605); MP: Jesús Corbal Fernández; 12.7.2000 (RJ 2000\6686); MP: José Ramón Vázquez Sandes; 15.11.1990 (RJ 1990\8712); MP: Ramon López Vilas.

Con todo, es cierto que desde el punto de vista comparado, el enriquecimiento injusto constituye un remedio nada infrecuente en la práctica. En Alemania, por ejemplo, es posible interponer una demanda por restitución tras la finalización de la convivencia en pareja estable al tenor de lo dispuesto en el §812 BGB²⁸⁶. Lo mismo sucede en Francia, donde la acción *de in rem verso* permite resarcir al conviviente que ha pagado un préstamo (incluido el hipotecario) a nombre del otro o que ha incurrido en gastos para mejorar bienes que no son de su propiedad²⁸⁷. No obstante, como ocurre en Cataluña, a veces es difícil que la pretensión prospere debido, sobretudo, a razones vinculadas con la causa de la atribución (p. ej. se alega que los pagos eran una donación o una forma de contribución al gasto familiar)²⁸⁸. En Italia quien no consta como titular pero ha pagado parte de la contraprestación para adquirir un bien, singularmente la vivienda familiar, puede también, al amparo del art. 2041 de su Código civil, interponer una demanda basada en el enriquecimiento injusto con el objetivo de que le sea reconocido un derecho de crédito²⁸⁹. Mención a parte merece Inglaterra y Gales donde, como veíamos en la segunda parte del capítulo primero, los *implied trusts* resuelven la mayoría de las disputas patrimoniales relacionadas con el cese de la convivencia²⁹⁰.

²⁸⁶ Vid. a mayor abundamiento, DETHLOFF, Nina / MARTINY, Dieter / ZSCHOCHE, Mirjam, “Question 46”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, p. 835.

²⁸⁷ Vid. el art. 1371 del Código civil francés.

²⁸⁸ Vid. FERRAND, Frédérique y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, “Question 34”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, pp. 703 a 705.

²⁸⁹ Vid. PANFORTI, Donata, “Question 28”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, pp. 627 y 628.

²⁹⁰ Vid. para una visión comparada de las soluciones que se aplican en Inglaterra y Gales, Alemania y Canadá tras el fin de la relación afectiva entre convivientes, SANDERS, Anne, *Cohabitants in private law: trust, frustration and*

En el caso de *Stack v Dowden*, por ejemplo, el Sr. Stack y la Sra. Dowden convivían en pareja estable desde 1975. En 1983, la Sra. Dowden adquirió un bien inmueble y lo inscribió a su nombre. Para costear la adquisición contrajo un préstamo hipotecario, que pagó junto con los otros gastos familiares. Posteriormente, vendió la propiedad y compró otra donde el Sr. Stack también constaba como titular. Ambos contribuyeron a sufragar el coste de la adquisición, aunque de forma desigual: la Sra. Dowden aportó 129.000 libras (que había obtenido de la venta de la primera vivienda) más 38.435, en concepto de amortización de la hipoteca. El Sr. Stack contribuyó con 27.000 libras. Tras la ruptura, surge el problema de qué derechos corresponden a cada uno. Para solucionarlo, la *House of Lords* se sirve del *common intention constructive trust* y cuantifica el *beneficial interest* de las partes de forma desigual. En este sentido, reconoce a la Sra. Dowden un 65% del mencionado interés mientras que al Sr. Stack reserva el 35% restante.

En *Jones v Kernott*, también un caso de adquisición conjunta, el Sr. Kernott y la Sra. Jones se conocieron en 1981. En 1984, compraron una casa y la inscribieron a nombre de ambos. Para financiar la adquisición, contrajeron un préstamo hipotecario. Ambos contribuyeron a amortizar sus cuotas. Adicionalmente, la Sra. Jones ayudó a pagar parte de la contraprestación con fondos propios derivados de la venta de una autocaravana de su propiedad. En 1993, el Sr. Kernott abandonó a la Sra. Jones y a los dos hijos que habían tenido en común. Desde entonces, ésta se hizo cargo de la hipoteca y de la mayoría de los gastos familiares. En 2006, tras una continuada escalada de los precios inmobiliarios, el Sr. Kernott solicitó que se le reconociera el *beneficial interest* que, según él, tenía en la mencionada propiedad. La Sra. Jones se opuso. La *Supreme Court* resuelve el litigio entendiendo que al Sr. Kernott corresponde solamente el 10% de la propiedad. El tribunal se aparta de las máximas de “equality is equity” y de “equity follows the law” y, dado que el Sr. Kernott no vivía con la Sra. Jones, estima que la voluntad de las partes era “compartir” la vivienda de manera desigual.

unjust enrichment in England, Germany and Canada, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 62, núm. 3, British Institute of International and Comparative Law, 2013, pp. 629 a 665.

4.4. EL ANIMUS DONANDI COMO CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL

La tercera forma de resolver aquellos casos donde un conviviente adquiere con dinero del otro pasa por entender que la causa de la atribución patrimonial que una parte A realiza a favor de otra B es el ánimo de liberalidad de la primera. Algunas veces los tribunales catalanes han resuelto en esta dirección, utilizando la lógica de la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat²⁹¹. De hecho, en algún caso la sentencia así mismo lo explicita:

Caso IX: SAPT, 3ª, 12.3.2010 (JUR 2010\176676); *MP:* Manuel Galán Sánchez: Los litigantes mantuvieron una relación sentimental de cuatro años aproximadamente, hasta agosto de 2007. El 17.10.2005 A suscribió un préstamo por un importe de 12.000 euros de los cuales 10.250 se utilizaron para la compra de un vehículo. Solamente B figuraba como titular.

El 20.3.2008, esto es, ocho meses después de la ruptura, A reclama a B la devolución íntegra de la cantidad a la que ascendió el préstamo por él solicitado.

La AP de Tarragona desestima la petición de A y entiende que existe donación de éste hacia B. En sus fundamentos jurídicos expone lo siguiente: “[p]artiendo (...) de la existencia de esa relación sentimental *more uxorio*, y teniendo presente (...) el artículo 39 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (...), así como que “[l]a aplicación de dicho precepto a las parejas que conviven *more uxorio* fue admitida por el TSJ de Catalunya en S. de 22 de Mayo de 2003 (rec16/03)...” (SAP de Girona de 10 de Febrero del 2005, citada por nuestra sentencia de 16 de julio de 2.009, rollo 494/2008), puede concluirse que, al establecerse una presunción de donación, a quien afirme la onerosidad del negocio corresponderá la carga de su prueba (ex. artículo 217 de la L.E.C.).

²⁹¹ *Vid.* en este sentido, el ATSCJ 11.3.2010 (JUR 2010\184472); *MP:* José Francisco Valls Gombau; las SSAPB, 16ª, 5.2.2015 (JUR 2015\115376); *MP:* Jordi Seguí Puntas; 19ª, 17.6.2005 (JUR 2006\265801); *MP:* Mª Asunción Claret Castany o la SAPG, 2ª, 6.4.2011 (JUR 2011\295167); *MP:* Jaime Masfarre Coll.

Expresándolo en otros términos, correspondía al Sr. Marcos [A] acreditar que prestó el dinero para la adquisición del vehículo a quien era su pareja de hecho la Sra. María Consuelo [B], lo que en modo alguno ha conseguido con la necesaria suficiencia” (FJ 1º).

En mi opinión, extender la mencionada presunción de donación a las parejas estables mediante la implementación de una regla similar a la del art. 232-3, apdo. 1, CCCat, es, de las tres soluciones apuntadas en este apartado cuarto, la que quizá tiene más sentido.

Es cierto que, como comentaba en páginas anteriores, la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat, tiene sus propios problemas. Así, es posible que: (a) no siempre beneficie al cónyuge económicamente más débil / que ha realizado el trabajo doméstico; (b) no presenta ningún límite y (c) las normas del Libro quinto que regulan la donación (art. 531-7 y ss.) no siempre encajan bien en el contexto familiar. Asimismo, cuando en 1993 el legislador catalán consideró que era necesario introducir correctivos al régimen de separación buscaba, entre otras cosas, proteger al cónyuge económicamente más vulnerable²⁹². Sin embargo, la actual convivencia en pareja estable presenta unas características distintas²⁹³ y, aún en este contexto, es posible que, tras la ruptura, uno de los convivientes pueda reclamar al otro la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar (art. 234-8 CCCat); una compensación económica por razón de trabajo (art. 234-9 CCCat) o

²⁹² Vid. el apdo. 2.5.1 b) del presente capítulo.

²⁹³ Como señala el preámbulo del Libro segundo: “[e]l modelo de regulación de la pareja estable diseñado por el libro segundo es el más apropiado para la sociedad catalana actual. (...) [E]studios recientes constatan que en parejas jóvenes [la convivencia no matrimonial] se presenta como un fenómeno bastante diferente al matrimonio, a partir de indicadores como la duración, la estabilidad, la fecundidad o el grado de compromiso recíproco manifestado en actos como la puesta en común de bienes o cosas similares. Predomina la modalidad que la concibe como un matrimonio a prueba, bien porque la pareja se rompe o bien porque se transforma en matrimonio. Este hecho justifica prescindir de un estatuto jurídico de la convivencia estable en pareja, que es muy difícil de armonizar con la gran variedad de situaciones que presenta esta realidad”. [III, letra c), párr. 24].

una prestación alimentaria (art. 234-10 CCCat). Además, el art. 234-3, apdo. 1, CCCat dispone que “[l]as relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia”, con lo que puede parecer contrario a esta norma presumir donación de A hacia B cuando B adquiere un bien con dinero de A.

Por otro lado, desde la perspectiva comparada no es usual solucionar controversias patrimoniales surgidas en sede de convivencia en pareja estable con normas similares a las del régimen económico matrimonial²⁹⁴. Así, en Inglaterra y Gales, por ejemplo, no se utilizan las soluciones previstas en la *MCA 1973*. Aún a pesar de los intentos de la *Law Commission* en esta materia²⁹⁵, no hay ninguna norma que, siendo aplicable a los cónyuges, se haya extrapolado también a la convivencia en pareja estable²⁹⁶.

²⁹⁴ En Francia, para determinar a quién pertenecen los bienes adquiridos durante la relación se atiende al título legal de adquisición. *Vid.* FERRAND, Frédérique y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, “Questions 3 and 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, pp. 113 a 114 y 763 a 764, respectivamente. En relación con Italia o Alemania no existe, como sabemos, una regulación específica sobre las consecuencias de la convivencia en pareja estable, especialmente en lo que se refiere a su extinción. Sobre Italia, *vid.* PANFORTI, Donata, “Question 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, p. 767. En relación con Alemania, *vid.* DETHLOFF, Nina / MARTINY, Dieter / ZSCHOCHE, Mirjam, “Question 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, p. 765.

²⁹⁵ *Vid.* la nota 124.

²⁹⁶ *Vid.* a mayor abundamiento, BARLOW, Anne y LOWE, Nigel, “Question 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp -Portland, 2015, pp. 761 y 762.

No obstante, creo que la misma razón que justifica presumir la existencia de donación en las adquisiciones onerosas entre cónyuges puede también predicarse de la convivencia en pareja estable. A pesar de que matrimonio y la convivencia en pareja estable no son instituciones equivalentes²⁹⁷, definiendo que, como norma general, cuando A, conviviente, paga pero en el contrato de compraventa / escritura pública también aparece B, su pareja, como adquirente es porque A quiere que B sea considerado como copropietario (*Escenario II*). La lógica es la misma si A y B pagan la contraprestación para adquirir un bien pero solo B consta como propietario (*Escenario I*). El *animus donandi* puede responder a varias razones. Lo fundamental es tener en cuenta que los convivientes no son extraños entre sí; comparten una vida en común y en sus decisiones tienen gran incidencia los afectos mutuos. Asimismo, aunque es cierto que durante la convivencia las relaciones patrimoniales de las partes se rigen por los acuerdos que han alcanzado entre sí, no lo es menos que esta eventual presunción de donación normalmente tiene consecuencias tras -y no durante- la relación. Así, puede incardinarse en la misma lógica que la de los efectos del cese de la convivencia [compensación económica por razón de trabajo (art. 234-9 CCCat), prestación alimentaria (art. 234-10 CCCat), etc].

Esta solución permite familiarizar las controversias patrimoniales relacionadas con la adquisición de bienes durante la convivencia al

²⁹⁷ Ya en 1990, el TC señalaba que: “[E]n la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio” [STC 15.11.1990 (RTC 1990\184); MP: *Jesús Leguina Villa* (FJ 3º)].

mismo tiempo que es coherente con la que, entiendo, ha sido una de las mayores preocupaciones del legislador catalán en sede de parejas estables: atribuir efectos tuitivos a la convivencia (de ahí, por ejemplo, las mencionadas disposiciones relativas a los efectos de la extinción de la pareja). Con todo, no excluye que A siempre tenga la posibilidad de alegar que la causa de la atribución patrimonial es distinta a la de la donación, esto es, que no hubo *animus donandi*, a los efectos de solicitar, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho a reembolso.

CAPÍTULO TERCERO

Negocios fiduciarios celebrados entre cónyuges o convivientes

1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos precedentes he analizado la incidencia de los sistemas de separación de bienes -particularmente el catalán y el inglés- en las relaciones patrimoniales entre cónyuges o convivientes. También he estudiado qué sucede con las adquisiciones realizadas durante la convivencia, centrándome sobre todo en el impacto que sobre ellas tiene la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. En este capítulo examinaré cómo se resuelven aquellos casos en los que los cónyuges o convivientes realizan transacciones o celebran negocios que, en la terminología acuñada por Federico DE CASTRO, son “anómalos”, es decir, que adolecen de “una deformación de la figura negocial, querida por quienes lo crean y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios, de la prevista y ordenada por las leyes”²⁹⁸. A continuación expongo algunos escenarios ejemplificativos:

Escenario I: A y B adquieren un inmueble mediante contrato de compraventa pero en la escritura pública solamente A consta como titular. Paralelamente, A y B firman un documento privado en el que se reconoce que ambos son propietarios de dicho bien²⁹⁹.

²⁹⁸ *El negocio jurídico*, cit., pp. 329.

²⁹⁹ *Vid.* por ejemplo, la STSJC 19.1.2004 (RJ 2004\1789); *MP: Antonio Bruguera Manté* o las SSAPB, 13^a, 1.2.2008 (JUR 2009\33163); *MP: Isabel Carriedo Mompín*; 17^a, 28.5.2007 (JUR 2007\295084); *MP: Amelia Mateo Marco*.

Escenario II: A adquiere un bien mediante contrato de compraventa. Sin embargo, la contraprestación procede tanto de su patrimonio como del de B. Este último alega que A actúa como fiduciario³⁰⁰.

Escenario III: A adquiere un bien. El precio de compra va a cargo de su patrimonio privativo. Después, vende todo o parte de él a B. A no recibe contraprestación alguna por parte de B³⁰¹.

El número de potenciales situaciones conflictivas derivadas de la celebración de negocios jurídicos o de transacciones entre cónyuges o convivientes en pareja estable es elevado. Solo con los tres escenarios anteriores ya podemos observar que la realidad es mucho más compleja de lo que, *a priori*, puede parecer. Y, en esta línea, igualmente de complejas y casuísticas han sido las soluciones que nuestros tribunales han dado para resolver los conflictos planteados; soluciones no unitarias que han ido desde la aplicación de la presunción de donación (ya sea tácita o basada en el art. 232-3, apdo. 1, CCCat), a la simulación contractual o al reconocimiento de negocios fiduciarios, generalmente *cum amico*.

³⁰⁰ Vid. por ejemplo, las SSAPB, 19^a, 25.6.2014 (JUR 2014\234934); MP: José Manuel Regadera Sáñez; 1^a, 18.12.2012 (JUR 2013\66139); MP: Ramón Vidal Carou; 17^a, 30.10.2006 (JUR 2007\195758); MP: Amelia Mateo Marco. En relación con la incidencia del pago de la contraprestación a la hora de determinar la existencia de un negocio fiduciario, *vid.* también, aunque con una estructura ligeramente distinta, la STSJC 7.6.2010 (RJ 2010\3750); MP: José Francisco Valls Gombau; las SSAPB 14^a, 15.12.2011 (AC 2012\239); MP: Marta Font Marquina; 1^a, 21.9.2005 (JUR 2006\30318); Laura Pérez de Lazarraga Villanueva; 14^a, 4.11.2003 (JUR 2004\4484); MP: María Eugenia Alegret Brugués, o las SSAPT 1^a, 27.7.2010 (JUR 2010\387717); MP: Maria Pilar Aguilar Vallino; 1^a, 1.7.2004 (JUR 2004\219651); MP: Maria Pilar Aguilar Vallino; 3^a, 14.11.2003 (JUR 2004\4484); MP: Juan Carlos Artero Mora.

³⁰¹ Vid. por ejemplo, la STSJC 22.5.2003 (RJ 2003\5396); MP: Guillermo Vidal Andreu; la SAPG, 1^a, 25.11.2010 (AC 2011\709); MP: Fernando Ferrero Hidalgo o la SAPB, 1^a, 7.10.2008 (AC 2009\34); MP: José Luis Barrera Cogollos. En relación con este escenario, aunque con una estructura ligeramente distinta, *vid.* también la SAPB, 11^a, 21.5.2007 (JUR 2007\260797); MP: José Antonio Ballester Llopis.

En relación con esos últimos, en el contexto del Derecho de familia y, más concretamente, de los cónyuges regidos por la separación de bienes o de los convivientes en pareja estable, es bastante habitual que una de las partes alegue la existencia de fiducia para cuestionar el derecho real de propiedad de quien consta como titular. Eso genera algunos interrogantes importantes entre los que destaca, por ejemplo, el relativo a la validez o no validez del negocio fiduciario presuntamente celebrado. Mi posición aquí, conviene avanzar, es que siempre que sea posible demostrar la fiducia, ésta debe considerarse como válida y eficaz³⁰². Parto de una concepción de la autonomía de la voluntad amplia en virtud de la cual los cónyuges o convivientes pueden celebrar toda clase de negocios entre sí o con terceros; en su mano está escoger entre negocios jurídicos típicos regulados en el Código civil o configurar un negocio total o parcialmente atípico. Además, también pueden “amoldar los viejos tipos a las necesidades o conveniencias nuevas y para cuya subvención aquéllos no estaban pensados”³⁰³.

En las páginas siguientes analizaré los escenarios enunciados (*I, II y III*) tomando precisamente como base la existencia o inexistencia de relación fiduciaria entre cónyuges o convivientes. El objetivo que persigo es doble: por un lado, identificar qué derechos pretende adquirir el demandante, sea cónyuge o conviviente en pareja estable, respecto del patrimonio del demandado; por el otro, estudiar el razonamiento de los tribunales en lo que se refiere a la apreciación (o no) de fiducia.

³⁰² Ello sin perjuicio, claro está, de tener que cumplir los requisitos esenciales para la validez de los contratos (art. 1261 CC), especialmente el relativo al consentimiento (arts. 1265 a 1270 CC).

³⁰³ SALVADOR, Pablo, “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, en Pablo SALVADOR y Jesús María SILVA, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999, p. 25.

El capítulo se construye a partir de una exposición doctrinal sobre la fiducia (concepto, características y problemas que ha suscitado) que va interrumpiéndose para intercalar algunos casos prácticos de Derecho de familia donde ésta se invoca. En los últimos epígrafes comparo las similitudes y diferencias que hay entre la fiducia y los *implied trusts* para, después, valorar hasta qué punto estos últimos pueden ayudar a adaptar mejor la fiducia, un negocio jurídico con su propia lógica y particularidades, al hecho familiar. En este sentido, discuto sobre la posibilidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico algunos criterios del Derecho de equidad inglés y, especialmente, del *common intention constructive trust*.

2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

2.1. CONCEPTO

El negocio fiduciario es una construcción jurídica que no ha sido regulada en el Código civil. Es más, salvo las Leyes 163 y 466 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra³⁰⁴, ninguna disposición legal del vigente derecho español define o hace expresa referencia a qué debemos entender por fiducia. Ello ha provocado numerosas discusiones acerca de su encaje en nuestro ordenamiento jurídico -y, particularmente, sobre sus efectos en la transmisión de la propiedad- desde finales del siglo XIX hasta la actualidad.

Ferdinand REGELSBERGER afirma -según expone DE CASTRO- que el negocio fiduciario (*fiduciarische Geschäfte*) “(...) se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico cuyos efectos jurídicos -como ellas saben- exceden de aquél fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito,

³⁰⁴ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible³⁰⁵. Esta definición, que por mucho tiempo había “venido considerándose la expresión fidedigna de la naturaleza intrínseca de la [fiducia]”³⁰⁶, destaca -entre otras cosas- por enfatizar la modalidad *cum creditore* del negocio fiduciario y por asumir la existencia de una transmisión plena y efectiva de la propiedad.

En España tanto doctrina como jurisprudencia mantienen una posición más ecléctica que la de Regelsberger³⁰⁷. ALBALADEJO, por ejemplo, define el negocio fiduciario como “aquél por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (...) el fin perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe, a usar de ella solo dentro de los límites que aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido”³⁰⁸. En una línea similar, aunque desde un punto de vista más amplio, SALVADOR entiende que “en la fiducia, el fiduciante atribuye al fiduciario una posición jurídica, que éste deberá ejercer en nombre propio y en la medida preestablecida en el

³⁰⁵ *El negocio jurídico*, cit., 381.

³⁰⁶ *Idem*, p. 380.

³⁰⁷ Sin embargo, ello no siempre fue así. A mediados del s. XX, por ejemplo, JORDANO decía, en sintonía con Regelsberger, que “[e]n la fiducia de tipo romano se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado (titularidad plena y definitiva); personalmente, sin embargo, se obliga a retransmitir al fiduciante o a otra persona por éste indicada el bien transmitido, una vez alcanzado el fin propuesto” (*El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 27).

³⁰⁸ *Derecho civil I. Introducción y parte general*, 17ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 690.

propio negocio fiduciario, en interés del fiduciante”³⁰⁹. Por otro lado, LACRUZ señala que “[e]l negocio fiduciario supone la utilización abierta de una figura típica para conseguir unos efectos distintos y, por lo general menores” para, acto seguido, apuntar que el régimen de estos negocios “(...) necesariamente ha de componerse en cada caso por lo querido por las partes y los efectos propios de la figura constructual adoptada”³¹⁰. Y, aún a título ejemplificativo, DÍEZ-PICAZO considera que “[e]l negocio jurídico fiduciario se caracteriza, ante todo, por una desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar (...). [Además], el fiduciario obrará siempre de acuerdo con la finalidad que se ha convenido alcanzar y nunca seguirá una conducta contraria abusando de la confianza en él depositada (...)”³¹¹. Con todo, es quizá el pronunciamiento hecho por la jurisprudencia el que mayor repercusión y aceptación ha tenido. En este sentido, de acuerdo con la STS, 1ª, 29.11.2007 (RJ 2007\8454); *MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*: “el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista”³¹².

³⁰⁹ “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, cit., p. 56.

³¹⁰ *Elementos de Derecho civil I: parte general*, Vol. 3, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 204 y 205.

³¹¹ y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Vol. 1, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 518

³¹² Esta sentencia se hace eco de lo que, en su día, ya señaló la STS, 1ª, 2.12.1996 (RJ 1996\8784); *MP: Román García Varela* y que, después, se reiteró en otras muchas; por ejemplo, las SSTS, 1ª, 7.6.2002 (RJ 2002\4875); *MP: Pedro González Poveda*; 26.7.2004 (RJ 2004\6633); *MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez* o 27.7.2006 (RJ 2006\6144); *MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta*.

2.2. CARACTERÍSTICAS Y CLASES DE FIDUCIA

2.2.1. Rasgos distintivos

El negocio fiduciario en España se inspira en el modelo de la fiducia romana, un “negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en un determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste”³¹³, y se aleja de la fiducia germánica, donde “el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia *erga omnes*, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo *ipso iure* el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio del tercer adquirente”³¹⁴. Asimismo, también se distancia de los denominados negocios de confianza, como el mandato o el depósito. Si en la fiducia el fiduciante se apoya exclusivamente en la confianza que deposita al fiduciario, los mencionados negocios de confianza son, por un lado, negocios típicos cuyo incumplimiento está regulado en la ley y, por el otro, gozan de proporcionalidad en cuanto al medio jurídico empleado por las partes y el fin que éstas pretenden conseguir. Además, estos negocios en ningún caso crean una apariencia engañosa sobre el propósito real de las partes.

Si retomamos la definición de negocio fiduciario formulada por Regelsberger, observamos que la fiducia presenta dos características principales: la desproporción (elemento objetivo) y la confianza, (elemento subjetivo). A continuación haré hincapié en cada una de ellas:

³¹³ D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997, p. 526.

³¹⁴ CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 654, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, p. 1770.

En relación con la primera, consiste, como decía anteriormente, en una divergencia “entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar (...). Así, por ejemplo, para garantizar a B que le devolverá el dinero prestado, A le transfiere la propiedad de su casa; para evitar a A la persecución de sus bienes como consecuencia de responsabilidades políticas o por sus acreedores, se los cede a B”³¹⁵. La jurisprudencia, sirviéndose de expresiones similares a las usadas por la doctrina, también ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la citada “desproporción” afirmando que ésta es un requisito necesario para la existencia de la fiducia³¹⁶.

Acerca de la segunda, ALBALADEJO destaca que la confianza es el elemento central del negocio fiduciario. Así, afirma, “[s]e califica de fiduciario al negocio (...) porque se basa en la confianza o *fiducia* que se deposita en la persona a la que, mediante el negocio, se le hace la atribución patrimonial”³¹⁷. En sintonía, DíEZ-PICAZO añade que “para alcanzar aquel fin [el que las partes hayan fijado], el transmitente o fiduciante *confía* en el adquirente o fiduciario (...). La confianza es la base de aquella transmisión. El fiduciante estima que el fiduciario no abusará de la propiedad de la cosa o del crédito con que ha sido investido; que usará de la misma para los fines

³¹⁵ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 518. *Vid.* en el mismo sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, cit., p. 690. *Vid.* también la crítica que Giuseppe Mesina realiza a Luigi Cariota -Ferrara en DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 384. Mientras que el segundo subraya la importancia de la desproporción en el negocio fiduciario, el primero considera que “la afirmada desproporción entre fin económico y medio jurídico empleado no es un dato absolutamente seguro, sino más bien una afirmación de la construcción, una valoración de la doctrina fiduciaria”.

³¹⁶ *Vid.* por ejemplo, la STS, 1ª, 17.9.2002 (RJ 2002\8558); *MP: Clemente Auger Liñan*. En la misma dirección, *vid.*, entre otras, las SSTs, 1ª, 5.4.1993 (RJ 1993\2791); *MP: Francisco Morales Morales*; 13.2.2003 (RJ 2003\1046); *MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez* y 26.7.2004 (RJ 2004\6633); *MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez*.

³¹⁷ *Derecho civil I. Introducción y parte general*, cit., p. 690.

estipulados entre ambos (...) y que, una vez alcanzados, se la restituirá^{318 319}.

Ambos elementos -objetivo y subjetivo- están entrelazados entre sí y no es posible hablar de uno sin tener también presente el otro. En el caso de la fiducia *cum amico*, que veremos en el siguiente apartado, la desproporción entre el medio y el fin a alcanzar solamente puede explicarse desde la confianza entre las partes y, más concretamente, desde la idea de que el fiduciario no actuará de forma distinta a lo acordado con el fiduciante³²⁰.

2.2.2. Clases

Atendiendo a la finalidad perseguida por las partes, podemos distinguir entre dos clases de fiducia: la *cum creditore* y la *cum amico*³²¹. Ambas modalidades hunden sus raíces en el Derecho romano, donde la *fides* actuaba como sustrato de algunas figuras jurídicas (p. ej. los fideicomisos) de las cuales actualmente aún somos beneficiarios. Sin embargo, y sin perjuicio de las *Instituciones* de Gayo, son pocas las fuentes clásicas que hacen expresa referencia a la fiducia debido al abandono que progresivamente ésta fue experimentando. Como señala CÁMARA, “[l]a decadencia de la fiducia se produjo al caer en desuso los antiguos modos formales de transmisión (*mancipatio* e *in iure cesio*) y no poder ser empleada la *traditio* para las transmisiones

³¹⁸ *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 518.

³¹⁹ Sobre el riesgo de abuso por parte del fiduciario, vid. la STS, 1ª, 22.2.1995 (RJ 1995\1700); MP: Antonio Gullón Ballesteros. Vid. también, desde la perspectiva doctrinal, CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1769.

³²⁰ Vid. en el mismo sentido, MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 31.

³²¹ Vid. GAYO, *Instituciones*, II, 60, que fija la distinción entre las dos clases de fiducia. En palabras del texto original: “[s]ed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint”.

fiduciarias porque la *causa fiduciae* no era una de las *iustae causae traditionis*³²². Posteriormente, tampoco fue utilizada por los compiladores justinianos, de modo que hubo que esperar hasta el siglo XIX para que, de la mano de las interpretaciones pandectísticas, volviera a ser redescubierta.

En la actualidad, la jurisprudencia define la fiducia *cum creditore* como “un negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite (...) un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de restituirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*)”³²³ (FJ 3º). En relación con la fiducia *cum amico*, me remito a la definición de la STS, 1ª, 29.11.2007 (RJ 2007\8454); MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, ya expuesta en el apdo. 2.1, sin perjuicio de añadir que en esta modalidad de fiducia “el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero beneficiario”³²⁴

Aunque tradicionalmente ambas modalidades de fiducia se incluían dentro de una misma categoría, actualmente hay un tratamiento diferenciado del negocio fiduciario. Ello es así debido esencialmente a dos razones: la primera, ya apuntada por DE CASTRO, es que “resulta antinatural incluir bajo la misma rúbrica la [fiducia *cum creditore*], en la que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, y la ‘fiducia *cum amico*’, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante”³²⁵. Además, el grado de confianza existente entre las

³²² *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1768.

³²³ STS, 1ª, 30.1.1991 (RJ 1991\349); MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

³²⁴ Vid. en el mismo sentido las SSTS, 1ª, 5.3.2001 (RJ 2001\3972); MP: Román García Varela; 31.10.2003 (RJ 2003\7977); MP: Pedro González Poveda.

³²⁵ *El negocio jurídico*, cit., p. 408.

partes es distinto, siendo mayor en la modalidad *cum amico*³²⁶. La segunda razón es que las consecuencias que presenta una y otra modalidad son distintas, particularmente respecto al fraude, los efectos registrales y la titularidad que del negocio fiduciario se deriva³²⁷.

2.3. EL *ESCENARIO I*: DISCORDIANCIA ENTRE LO QUERIDO POR LAS PARTES Y LO PLASMADO POR ESCRITO

Como ya apuntaba al inicio de este segundo apartado, son pocas las cuestiones relacionadas con el negocio fiduciario exentas de controversia. Entre ellas está la forma en como se estructura. Aunque no existe un tipo unívoco de fiducia, la práctica indica que normalmente ésta se compone de dos planos distintos: uno interno, *inter partes*, y otro externo, *erga omnes*³²⁸. Para articularlos, uno de los métodos más habituales viene siendo la realización de dos actos jurídicos distintos y separados entre sí: por ejemplo, las partes otorgan una escritura pública (digamos de compraventa) y después firman un documento privado en el que plasman su voluntad real. Con todo, es perfectamente posible constituir un negocio fiduciario utilizando fórmulas alternativas; por ejemplo, la “transmisión en documento privado [con un] acuerdo de retransmisión verbal; [la] transmisión en escritura pública [con un] pacto fiduciario de

³²⁶ Vid. CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1791.

³²⁷ *Ibidem*. Este autor apunta que “el Tribunal Supremo no suele declarar la nulidad del negocio fiduciario realizado con el objeto de vulnerar normas fiscales o administrativas, para lo cual es frecuente emplear modalidades de fiducia *cum amico* o *nomen commodat*. En cambio, no tolera tan fácilmente (...) la elusión de la normativa civil sobre el fraude a los acreedores, la prohibición de los préstamos usurarios, la interdicción del pacto comisorio, o el abuso del derecho, que constituyen importantes límites, sobre todo, para la fiducia *cum creditore*”.

³²⁸ Vid. en un sentido similar, MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, cit., p.43.

carácter verbal [y la] transmisión en escritura pública [con un] acuerdo de retransmisión también otorgado, pero separadamente, en otra escritura pública”³²⁹.

En la introducción del capítulo exponía tres escenarios ejemplificativos que, sin ánimo de exhaustividad, pretendían ilustrar los potenciales conflictos derivados de la celebración de negocios jurídicos entre cónyuges o convivientes en pareja estable. Entre otros, citaba el *Escenario I*. La jurisprudencia ha resuelto en más de una ocasión conflictos cuyo elemento de discordia es la contradicción entre lo realmente querido por las partes y lo que acaban plasmando por escrito; conflictos que se relacionan con la forma en que se estructura el negocio. Utilicemos dos ejemplos:

Caso I: STSJC, 19.1.2004 (RJ 2004\1789); *MP:* Antonio Bruguera *Manté:* En 1976, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Hasta 1995, los ingresos de la pareja provenían exclusivamente del marido y, después, la mujer se incorporó al mercado laboral como veterinaria. En fecha desconocida, las partes adquirieron un local comercial en Barcelona y abrieron una cuenta bancaria a plazo. Tanto en un caso como en el otro, la única titular que constaba era la mujer. El 4 de noviembre de 1997, las partes firmaron un documento privado en el que reconocían que el local y la cuenta bancaria se consideraban de ambos cónyuges por mitades iguales. En 1999, se produjo la separación del matrimonio.

El marido demanda a la ex mujer y solicita que tanto el local comercial como la cuenta bancaria sean declarados propiedad por mitad y proindiviso de los ex cónyuges.

Caso II: SAPB, 17ª, 28.5.2007 (JUR 2007\295084); *MP:* Amelia Mateo *Marco:* En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. El 11 de mayo de 1991, los cónyuges suscribieron un contrato privado de compraventa sobre un inmueble y una plaza de aparcamiento por un total de 9.750.000 pesetas, al que se tenía que añadir el 6% de IVA. El 20 de

³²⁹ MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, cit., pp. 47 y 48.

mayo de 1992, se otorgó la escritura pública de compraventa. Sin embargo, en dicha escritura figuraba que el precio de la adquisición de la finca y el aparcamiento era de 7.900.000 pesetas. Además, a diferencia del contrato privado, solamente la mujer constaba como adquirente. En todo caso, el pago de la contraprestación fue a cargo de ambos. El 30 de mayo de 2004, la esposa falleció, siendo sus herederos los dos hijos que había tenido en una relación anterior. Un mes después, dichos herederos enviaron un burofax al viudo en el que le instaban a abandonar el piso.

El viudo demanda a los herederos de su fallecida esposa y, mediante una acción declarativa de dominio, solicita ser declarado como copropietario del piso que, hasta la muerte de su cónyuge, había constituido la vivienda familiar. Alega la existencia de una fiducia *cum amico* entre él y su esposa. Según su versión, el inmueble era de ambos puesto que lo adquirieron y pagaron conjuntamente. En la escritura pública solamente constaba la mujer por exigencias de la entidad bancaria, que les tenía que conceder un préstamo hipotecario. En este sentido, el hecho de que por aquél entonces el demandante tuviera 64 años y su esposa 52 obraba en perjuicio de la concesión del crédito.

El art. 1225 del Código civil señala que el documento privado tiene entre los que lo suscriben y sus causahabientes el mismo valor que la escritura pública³³⁰. Asimismo, el art. 1230 CC, estrechamente relacionado con el 1219, reconoce a las partes la posibilidad de que puedan alterar lo dispuesto en escritura pública mediante un documento privado sin perjuicio de reconocer también que ello no tendrá efecto frente a terceros.

En casos donde existe discordancia entre lo manifestado en un documento público y en otro de privado, los tribunales resuelven de acuerdo con la que, según ellos, ha sido la verdadera intención de

³³⁰ *Vid.* en relación con este artículo, MEZQUITA DEL CACHO, José L., “Comentario al art. 1225 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis Díez-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. De acuerdo con este autor, la equiparación entre documentos tiene sentido dentro “del estricto marco de la prueba del aspecto obligatorio del negocio”, pero no fuera de él. Así, un documento privado nunca podría tener “por ejemplo los efectos reales traditorios del art. 1462 II” (p. 357).

las partes (art. 1281, párr. 2, CC)³³¹. Aunque en una escritura pública conste A, si el juzgador llega a la conclusión de que, en realidad, la voluntad de los litigantes era B, se atiende a la intención de los contratantes aunque ello sea contrario a lo expresado en el mencionado documento público. Dicha intención puede verse reflejada por escrito o también deducirse de los actos realizados por las partes coetáneos y/o posteriores al contrato (art. 1282 CC). Con todo, esta voluntad no puede ser interna, esto es, algo incognoscible, sino que debe expresarse de algún modo; por ejemplo, a través de un documento privado. Así, en el *Caso I*, el TSJC resuelve inaplicando lo dispuesto por el antiguo art. 39 CF y parece que reconoce, aún sin pronunciarse expresamente, la existencia de una fiducia *cum amico* en virtud de la cual la mujer gestiona y custodia parte de unos bienes que le son ajenos (los del marido). El tribunal lo expresa de la forma siguiente:

“(…) [A]mb aquell document [refiriéndose al firmado el 4.11.1997] els cònjuges van voler deixar constància que tots els béns que havien adquirit durant el matrimoni els pertanyien per meitat en haver-los adquirit amb els ingressos familiars comuns. (...) [F]ront la presumpció de la propietat de l'esposa amb base a la titularitat formal d'aquells béns, el document privat esmentat demostra la titularitat compartida dels ara litigants sobre aitals béns, la qual cosa determina la titularitat real dels dits béns superant la titularitat formal” (FJ 5º).

(…)

“[En relación con el documento privado, éste] no és un contracte, sinó un simple reconeixement pels dos consorts que aquells béns que relaciona el

³³¹ En relación con el origen de este artículo, que opta por un criterio subjetivista, *vid.* PAULO y CICERÓN. El primero señala que “*quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*” (D. 32, 25, 1), mientras que el segundo apunta que “*semper autem in fide, quid senseris, non quid dixeris, cogitatum*” (*De officiis*, 1, 13). A mayor abundamiento, comentando el art. 1281 CC, JORDANO, Juan Bautista., “Comentario al art. 1281 CC”, en Cándido PAZARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dir.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 509 a 511.

document i que havien adquirit durant el matrimoni, els havien adquirit amb diners procedents del ingressos d'ambdós i no pas d'un sol d'ells; amb la qual cosa no s'altera (...) el règim econòmic del matrimoni sinó que purament i simplement es reflect[eix] la realitat de l'adquisició conjunta d'ambdós d'aquells béns concrets [refiriéndose al local comercial y a la cuenta bancaria]” (FJ 7º).

El documento privado revelaría la existencia de un pacto fiduciario en el momento de otorgar los contratos anteriores, con lo que el art. 39 CF no operaría porque *de facto* habría sido excluido por las partes en su declaración posterior (de 4.11.1997).

En relación con el *Caso II*, donde las partes celebran un contrato privado pero, al elevarlo a escritura pública, modifican su contenido, el art. 1224 CC señala que “[l]as escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste *expresamente* la novación del primero”³³². Consecuentemente, en caso de discordancia entre ambos documentos, debemos acudir de nuevo a la voluntad de las partes e intentar averiguar cuál fue su intención sin perjuicio de que, como apunta la SAPB, 17ª, 28.5.2007 (JUR 2007\295084); MP: *Amelia Mateo Marco*, sea “lícito *presumir* [la cursiva es mía], cuando la escritura se aparta del contrato previamente perfeccionado, la voluntad de modificar lo inicialmente pactado” (FJ 3º).

³³² Sobre ello NÚÑEZ-LAGO señala -según expone RODRÍGUEZ ARADOS- que “[u]n fuerte sector doctrinal sostiene que entre las partes y sus causahabientes, la escritura tiene (...) eficacia dispositiva, fundamentalmente en virtud de la *renovatio* del contrato anterior, o de la fijación o *ascertamento* de la situación jurídica precedente [“Comentario al art. 1224 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis Díez-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 353]. En la misma dirección se pronuncia la STS, 1ª, 14.5.1987 (RJ 1987\3443); MP: *Jaime Santos Briz*.

Nótese que mientras que el artículo requiere que la novación conste de forma expresa, la sentencia aboga por presumirla. Esta es la posición que con idénticas palabras defiende Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: “[l]a primacía del convenio sobre escritura o de ésta sobre aquél es algo que depende de la voluntad de las partes. Es lícito presumir, en tanto la escritura se aparta del contrato previamente perfeccionado, la voluntad de modificar lo inicialmente pactado. Pero esta presunción solo puede valer como presunción *iuris tantum*, nunca como presunción *iuris et de iure*”³³³.

Y, en esta línea, el tribunal resuelve el citado *Caso II* entendiendo que las partes novan el contrato (art. 1203 y ss. CC) con la escritura pública -que no es de reconocimiento sino dispositiva- y que, como resultado de ello, la difunta esposa es la única propietaria del inmueble. En palabras utilizadas por la propia sentencia:

“[T]iene trascendencia (...) que en el contrato privado constasen como compradores ambos cónyuges, y en la escritura pública solo la esposa. *La novación modificativa en este caso resulta evidente amén de que en la escritura pública ni siquiera se hace referencia al contrato privado* [la cursiva es mía], por lo que no nos hallamos ante una escritura de reconocimiento (...) sino ante una escritura de carácter dispositivo, acogida por tanto al art. 1218 CC” (FJ 3º).

En lo que respecta a la fiducia, aquí, en contraste con lo que sucede en el *Caso I*, el juez *ad quem* la desestima:

“La existencia de un negocio simulado, o fiduciario si se quiere, porque el simulado tiene una nota de fraudulencia que no tiene el fiduciario, exige en todo caso un motivo o razón. No se indica como adquirente una persona distinta de aquella para la que se quiere la adquisición (en este caso de la mitad indivisa), si no es por alguna razón, que aquí no se ha probado en absoluto.

Por otra parte, una vez formalizada la compraventa mediante escritura pública, nada impedía un nuevo negocio jurídico entre los esposos para

³³³ “El Notario latino y su función”, *Revista de Derecho Notarial*, 1972, p. 300.

traspasar la propiedad de la mitad indivisa al marido, si esa hubiera sido en realidad su voluntad, porque la existencia de una carga hipotecaria sobre la vivienda no cierra en absoluto los libros del Registro, y nada de eso se hizo, a pesar de que Doña Valentina [la mujer] no murió hasta el año 2004, es decir, 12 años después del supuesto negocio fiduciario, que hubo tiempo más que suficiente de deshacer si verdaderamente hubiera tenido tal carácter” (FJ 4º).

El *pactum fiduciae* debe probarse para que, efectivamente, sea posible reconocer la existencia de fiducia *cum amico* entre las partes. En este caso no se consigue al no ser suficiente el contrato privado de compraventa donde ambos cónyuges constan como adquirentes. Tampoco hay un documento, acuerdo o entendimiento coetáneo o posterior que desmienta el documento público. Por otro lado, aunque la sentencia no lo enfatice, dado que la contraprestación fue pagada por ambos cónyuges pero solamente la mujer constaba como titular formal en la escritura pública, entiendo que debería ser de aplicación el art. 39 CF (actual art. 232-3, apdo. 1, CCCat). A pesar de que no conste en la sentencia, la solución de presumir la donación de la parte del precio que pagó el marido -con la consecuente compensación a la mujer casada en separación de bienes- seguramente también ayudó al tribunal a descartar la solución fiduciaria.

3. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

3.1. PLANTEAMIENTO

Uno de los principales retos que plantea la fiducia, independientemente de su modalidad, es el de determinar su eficacia respecto de la transmisión de la propiedad. En efecto, la naturaleza y alcance de las facultades de disposición que el negocio atribuye al fiduciario -ya sea a través de una propiedad o de una

titularidad fiduciaria- ha sido históricamente un punto controvertido en el que podemos hallar desde teorías que defienden una transmisión absoluta de la propiedad del fiduciante al fiduciario (teoría del doble efecto) hasta aquellas que niegan cualquier clase de transmisión; desde aquellas que predicen una transmisión temporal de la propiedad hasta aquellas que entienden que solo se transmite una titularidad formal. A continuación desarrollo brevemente algunos de los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales más destacados en relación con esta cuestión.

3.2. LA TEORÍA DEL DOBLE EFECTO

Desde su introducción en España en la primera mitad del siglo XX, el negocio fiduciario se explicó a través de la denominada teoría del doble efecto, inicialmente formulada por el pandectismo alemán y, después, adoptada por el ordenamiento jurídico italiano -causalista- de la mano de Luigi Cariota-Ferrara. Esta teoría, dominante hasta mediados de los años sesenta, *grosso modo* defendía que el negocio fiduciario “se caracteriza por su naturaleza compleja en [la] que confluyen dos contratos independientes: uno real, de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en la forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico”³³⁴. Así, afirma DE CASTRO, “el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste de utilizar la titularidad

³³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 518 y 519, en remisión de la STS 18.2.1965.

adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado”³³⁵.

Con el tiempo, la mencionada teoría fue evolucionando. Si bien como he dicho inicialmente se entendió que en la fiducia confluían dos negocios distintos e independientes -uno real positivo y otro obligacional negativo- en el que el segundo estaba subordinado al primero³³⁶, posteriormente le se caracterizó como un único negocio jurídico de estructura compleja; complejidad justificada por los efectos reales *erga omnes* e obligacionales *inter partes* que emanaban de su celebración. Además, se le asignó una causa (*causa fiduciae*), construida en base al art. 1274 CC, para fundamentar la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario. Partiendo de la base que “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, se dijo que, en la fiducia, “la prestación es la que realiza el fiduciante (transmisión de la cosa) a cambio de la promesa de un servicio por el fiduciario: [emplear] la *res fiduciae* para el uso convenido”³³⁷. Dicho en otras palabras, la causa “consist[e] en el juego de [una] atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la cosa y de restituirla posteriormente al fiduciante o a un tercero”³³⁸.

A pesar de la transformación en el enfoque de la teoría del doble efecto, lo cierto es que sus consecuencias seguían siendo las mismas, esto es, conferir al fiduciario una propiedad plena que le facultaba para disponer sin restricciones, con lo que el fiduciante quedaba relegado a una posición asimétrica y de gran debilidad. Entre muchos de los problemas y de las injusticias materiales que

³³⁵ *El negocio jurídico*, cit., p. 381.

³³⁶ *Vid.* la STS, 1^a, 18.2.1965. En esta misma línea se pronuncia también ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, cit., p. 691.

³³⁷ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 519.

³³⁸ *Ibidem*.

ello provocaba, señala CÁMARA, destaca la intervención de los terceros acreedores sobre el patrimonio del fiduciario. En este sentido, en caso de que el fiduciario quebrara, el fiduciante “no tendría derecho a separar los bienes confiados en fiducia respecto de la masa de la quiebra, puesto que responderían de las deudas de su actual propietario, el fiduciario; con lo cual, al fiduciante solo le asistiría un derecho de crédito en concurso con el resto de los acreedores del fiduciario”³³⁹.

Como respuesta a esta y a otras cuestiones problemáticas de la teoría del doble efecto, DE CASTRO efectuó una importante crítica que, básicamente, acabó con la hegemonía y el prestigio de la citada teoría. Entre otros aspectos señaló que las consecuencias a las que llevaba su aplicación eran injustas y que iban en contra de lo querido por las partes. También apuntó que la duplicidad de efectos del negocio fiduciario casa mal con el sistema civil español, de tradición causalista.

Más concretamente, se cuestiona si “es normal, [si] es siquiera verosímil que el fiduciante haya querido transmitir, y de una manera definitiva, la propiedad de la cosa que confía al fiduciario”³⁴⁰. En su opinión, “[s]i se atienden a los datos que ofrece la práctica de los tribunales, la contestación habrá de ser negativa. Quien hace una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado, quiere conseguir el préstamo y, porque no puede otra cosa, pasa por aquella imposición. Ni dice ni cabe presumir que quisiera desprenderse definitivamente de su propiedad (...)”³⁴¹. Además, dado que a diferencia de Alemania, en España se desconocen los negocios abstractos, DE CASTRO apunta que “para la existencia de cada contrato se requiere una causa propia y adecuada (arts. 1261, 1274). La transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva), mediante la tradición (art. 609). Aplicando estas reglas, por ejemplo, a la venta de garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la venta) carece de su causa propia, al no haber precio (art.

³³⁹ *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1776.

³⁴⁰ *El negocio jurídico*, cit., p. 385.

³⁴¹ *Ibidem*.

1445) y que no tiene otra causa, porque no puede servir de tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los dos negocios, el transmisivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria”³⁴². En caso de defender la existencia de una *causa fiduciae* en el negocio fundada en el art. 1274 CC, DE CASTRO se pregunta donde se encuentra la reciprocidad de prestaciones característica de los contratos onerosos (los gratuitos quedan excluidos ya que no es verosímil imaginar al fiduciante como bienhechor o con ánimo de liberalidad frente al fiduciario). Concretamente, apunta, “[a] la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio (...). Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un ‘quid pro quo’. El fiduciante *no ha recibido* nada por lo que ha dado. Las obligaciones del fiduciario harán tan solo que su beneficio sea inferior del que lo sería por una donación simple, por la que se adquiere plena y definitivamente la propiedad, sin abonar el precio (...)”³⁴³.

3.3. LA TEORÍA DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA

Debido al descrédito de la teoría del doble efecto, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia redefinieron su postura en relación con el negocio fiduciario y los efectos por él producidos, particularmente en relación con la transmisión de la propiedad³⁴⁴. Es en esta nueva etapa donde empieza a cuajar la denominada teoría de la transmisión formal, actualmente predominante. De acuerdo con este enfoque, el derecho real de propiedad se divide en dos planos distintos: (a) el formal, correspondiente al fiduciario, y (b) el material, correspondiente al fiduciante. Desde una perspectiva interna el fiduciante continua siendo el verdadero dueño de la cosa

³⁴² *Idem*, pp. 406 y 407.

³⁴³ *Idem*, p. 408.

³⁴⁴ *Vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis, “Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios”, *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, p. 35. En relación con la jurisprudencia, *vid.* las SSTS, 1ª, 19.5.1982 (RJ 1982\2580); *MP: Cecilio Serena Velloso* y 2.6.1982 (RJ 1982\3402); *MP: Jaime De Castro García*. A éstas les siguieron, entre muchas otras, las SSTS, 1ª, 8.3.1988 (RJ 1988\1607); *MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes* y 30.1.1991 (RJ 1991\349); *MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes*.

y, por lo tanto, sigue ostentando un poder de goce sobre el bien a la par que hace suyos todos los frutos, accesiones y mejoras³⁴⁵. Además, puede reclamar la cosa mediante la acción reivindicatoria (art. 348 CC), sin que el fiduciario pueda esgrimir su condición de titular formal. No obstante, en caso de que no se hubieren cumplido aún las finalidades que motivaron la celebración del negocio fiduciario, el fiduciario puede negarse a retransmitir el bien³⁴⁶. Desde una perspectiva externa, el fiduciario se considera el propietario de la cosa. En caso de que terceros de buena fe, confiando en la apariencia de que el fiduciario es auténtico dueño, adquieran el bien sobre el que recae la fiducia, quedan protegidos por la ley y, por lo tanto, el fiduciante no puede dirigirse contra ellos. Con todo, en estos casos, puede reclamarse una indemnización de daños y perjuicios al fiduciario alegando incumplimiento del pacto de fiducia.

La idea de desdoblamiento de la propiedad en dos categorías distintas, donde en la relación interna el fiduciante es el auténtico propietario y en la relación externa el fiduciario aparece ante terceros como titular dominical, tiene, entre otros méritos, evitar las consecuencias injustas derivadas de la aplicación de la teoría del doble efecto. No obstante, también presenta puntos controvertidos. Por un lado, como señala DE CASTRO, “[i]mplica la creación de un tipo especial de derecho real, lo que [va] contra la tendencia al cierre del número de derechos reales”³⁴⁷. Por el otro, dividir la propiedad en dos planos -material y formal- es algo que encaja mal con la tradición de nuestro ordenamiento jurídico, que parte de una concepción unitaria del Derecho de propiedad. Para algunos autores, ello “constituye una categoría desconocida en nuestro Derecho, y no compatible con los principios de nuestro sistema jurídico (...). [L]a

³⁴⁵ Vid. CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1778.

³⁴⁶ Vid. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 521.

³⁴⁷ *El negocio jurídico*, cit., p. 409.

propiedad solo existe y vale frente a todos; una posición intermedia, una posición de propietario solamente nominal frente a determinadas personas no es admisible (...) [puesto que] fuerza, hasta llegar a desarticular, los conceptos técnicos tradicionales”³⁴⁸.

A pesar de todo, las críticas no son insalvables. Así, en relación con la primera puede objetarse que “la eficacia de un derecho real típico puede quedar debilitada conforme al título que lo constituye y que no es aceptable la concepción extremadamente rígida sobre los tipos de derechos reales”³⁴⁹. En lo que se refiere a la segunda, parece que el verdadero obstáculo es más bien nominal. Señala el propio DE CASTRO en relación con la propiedad formal que, “si fuera posible sustraerse al prejuicio que pesa sobre la doctrina (...), sería preferible hablar sencillamente de una *titularidad fiduciaria*”³⁵⁰. Si se observa con detenimiento, parece que lo que en realidad propone el insigne jurista es un cambio de nombre “para conseguir los efectos de la propiedad formal sin mancillar la venerable designación de propiedad”³⁵¹.

La corriente mayoritaria de la jurisprudencia del TS avala la distinción entre estas dos clases de propiedad y los efectos que de ello se derivan, a saber: “el derecho de retención del fiduciario; su preferencia en el cobro garantizado con la fiducia; un poder limitado por el disfrute del fiduciante; la obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados; la imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario; la garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia creada [o] el derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del

³⁴⁸ MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, cit., p. 94.

³⁴⁹ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 422, en cita a las posiciones defendidas por Juan Vallet de Goytisolo.

³⁵⁰ *Idem*, p. 423.

³⁵¹ CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1779.

fiduciario”³⁵², esto es, su derecho a sacar la cosa de la masa patrimonial del fiduciario cuando éste está en fallida³⁵³. Constituye muestra de ello, por ejemplo, la STS, 1ª, 30.5.2008 (RJ 2008\3190); *MP: Clemente Auger Liñan*, en la que se afirma, en relación con la fiducia *cum creditore*, que “[e]l fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad (...).El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia” (FJ 1º). En el mismo sentido, pero en relación con la fiducia *cum amico*, el TS afirma que “[e]n esta modalidad (...) el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza”³⁵⁴.

3.4. LA TEORÍA NEGADORA DE CUALQUIER TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

En coexistencia con la teoría de la transmisión formal, algunos autores y un sector (minoritario) de la jurisprudencia opinan que el negocio fiduciario no produce, *per se*, efectos transmisivos de la propiedad. Para esta corriente, la fiducia no es más que un caso de simulación relativa: bajo la apariencia de un negocio de cobertura existe otro de disimulado, que satisface lo realmente querido por las

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Sobre la posibilidad de separar bienes de la masa activa del concurso, *vid.* el art. 80 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003). En relación con la (escasa) importancia que actualmente tiene el concurso de persona física, *vid.* GÓMEZ, Fernando, “Comentari a l’article 231-12”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 111.

³⁵⁴ STS, 1ª, 13.7.2009 [RJ 2009\4466]; *MP: Jesús Corbal Fernández*.

partes. Así, “solo caben dos alternativas, transmisión o no transmisión de la propiedad. Si se opta por la existencia de transmisión de la propiedad, ésta debe ser plena, si se opta por negar la existencia de transmisión, no debe haberla de ningún tipo. En consecuencia, no cabe hablar de transmisión [material], ni formal, ni temporal”³⁵⁵.

Destaca dentro de este bloque la figura de ALBALADEJO, quien defiende el carácter simulado de la fiducia. Para él el negocio fiduciario reviste de una apariencia exterior no querida por las partes y excesiva para el fin perseguido mientras que, por dentro, existe el llamado negocio obligacional, que limita los poderes del fiduciario. Ante esto destaca que, “a poco que se piense, se cae en la cuenta de que este segundo negocio [el interno], al que no se da difusión, no es ni más ni menos que un negocio realmente querido y disimulado, y que el primero [el externo] es uno no querido y simulado”³⁵⁶. Igualmente, aunque en relación con la fiducia *cum creditore*, autores como REGLERO CAMPOS o BADOSA entienden que no se produce una efectiva transmisión de la propiedad; en todo caso, señala éste último, lo que se transmite es la posesión³⁵⁷.

Por otro lado, algunas sentencias del TS, pese a distinguir entre la propiedad material y formal, entienden ésta última en el sentido de “aparente”. Consideran que el negocio fiduciario no provoca una transmisión de la propiedad formal y que solamente da lugar a una de ficticia. En este sentido, relacionan estrechamente la fiducia con la simulación.

³⁵⁵ MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, cit., p. 98.

³⁵⁶ *Derecho civil I. Introducción y parte general*, cit., p. 695.

³⁵⁷ Vid. BADOSA, Ferran, “Examen de tres ‘esquemas fiduciarios’ en el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular”, en Antonio CABANILLAS *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 1, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 226-228 y REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El pacto comisorio, *Aranzadi Civil 1/2007*, p. 1930.

Ejemplo de ello lo es la STS, 1ª, 23.6.2006 (RJ 2006\4610); *MP: Vicente Luis Montes Penades* o la STS, 1ª, 17.7.2001 (RJ 2001\6860); *MP: Jesús Corbal Fernández*. En esta última, acerca de un caso de fiducia *cum creditore*, se afirma que “la aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente operó prácticamente con una función fiduciaria (...). Al acuerdo simulatorio, en el que se aparenta una operación jurídica –inválida por no querida– que oculta otra figura jurídica con función económico-social o práctica distinta –existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz, si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico– (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario (...)” (FJ 3º).

De acuerdo con mi punto de vista, y como veremos en el apartado 4.2 al hablar de simulación, el negocio fiduciario y el simulado son distintos. Aunque, como sabemos, en la fiducia algunas veces existe una aparente contradicción entre lo querido por las partes y lo plasmado por escrito (*Escenario I*), el hecho de que pueda haber algo de simulación en la fiducia no implica que todo negocio fiduciario sea simulado. Diluir a ambos en una sola categoría y negar que la fiducia pueda tener incidencia en la transmisión de la propiedad implica adoptar un posicionamiento excesivamente restrictivo del principio de la autonomía de la voluntad que no comparto. Como decía en la introducción del capítulo, abogo porque el negocio fiduciario, aún ser atípico, sea considerado como válido y eficaz para desdoblar la propiedad entre una titularidad formal (fiduciario) y otra material (fiduciante). Y ello sin necesariamente menoscavar las bases del Derecho patrimonial español.

De hecho, en relación con la posibilidad de distinguir entre dos titularidades distintas -formal y material- sobre un mismo bien, en 2002 se discutió en Cataluña acerca de un anteproyecto de ley que regulaba los patrimonios fiduciarios. Aunque finalmente esta iniciativa no prosperó y, por lo tanto, no fue incorporada en el Libro quinto, la

regulación catalana se fundamentaba sobre tres pilares que, en esencia, son los mismos que los del *trust*: (a) voluntad de constituir un patrimonio fiduciario; (b) efectiva afectación de bienes y (c) determinación de los beneficiarios (art. 514-1 y ss. del anteproyecto)³⁵⁸.

3.5. EL *ESCENARIO II*: LA INCIDENCIA DEL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Estrechamente ligada al desafío que plantea la fiducia en relación con la transmisión de la propiedad, está la controversia de si el que paga la contraprestación para adquirir un bien pero no consta como propietario puede luego solicitar el reconocimiento de una titularidad fiduciaria sobre el mencionado bien. Aunque como sabemos el art. 232-3, apdo. 1, CCCat, resuelve esta cuestión haciendo prevalecer la titularidad formal, la jurisprudencia demuestra que son frecuentes los casos donde se suscita una problemática de este tipo; de hecho, éstos constituyen el número más voluminoso de litigios sobre fiducia en el ámbito familiar que llegan a los tribunales.

Dado que la base sobre la que se asienta la reclamación de la titularidad fiduciaria es la contribución económica para la adquisición de un bien, se produce un solapamiento entre el negocio fiduciario y la regla del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. Sirvámonos de algunos ejemplos:

Caso III: STSJC, 7.6.2010 (RJ 2010\3750); *MP*: José Francisco Valls Gombau: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. El 22 de diciembre de 1995, los cónyuges adquirieron una parcela y, posteriormente, edificaron la vivienda familiar sobre ella. Tales operaciones fueron a cargo del patrimonio del esposo, quien tenía un próspero negocio que originaba importantes beneficios no siempre

³⁵⁸ *Vid.* a mayor abundamiento sobre esta cuestión, ARROYO, Esther, “Por qué el *trust* en Catalunya?”, en Sergio NASARRE y Martín GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 526 a 532.

declarados a Hacienda. Sin embargo, solamente la esposa constaba como propietaria de la finca. En fecha desconocida, las partes se divorciaron.

El ex marido demanda a su ex mujer y solicita ser declarado como titular real de la vivienda familiar. Alega la existencia de un negocio fiduciario *cum amico* en la compraventa de 22 de diciembre de 1995 y en la posterior declaración de obra nueva del inmueble edificado. De acuerdo la versión del demandante, la finalidad perseguida con la exclusiva puesta a nombre a favor de la esposa era la de eludir el fisco por la existencia de dinero no declarado.

Caso IV: SAPT, 1ª, 1.7.2004 (JUR 2004\219651); MP: Maria Pilar Aguilar Vallino: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. Durante la convivencia, el marido negoció el contrato de compraventa de un inmueble y aportó dinero propio para su adquisición. Sin embargo, en la escritura pública solamente la esposa constó como propietaria de la finca. Tras la compra, fue el cónyuge el que se hizo cargo de las labores de gestión y administración del inmueble así como el que sufragó todos los gastos de mantenimiento. En fecha desconocida, se produjo la ruptura matrimonial.

El ex marido demanda a su ex mujer y, mediante una acción reivindicatoria, solicita ser declarado como exclusivo propietario de la finca. Alega la existencia de una fiducia *cum amico* entre las partes para salvar los inconvenientes fiscales del marido para adquirir (éste era de nacionalidad húngara).

Caso V: SAPT, 3ª, 14.11.2003 (JUR 2004\27423); MP: Juan Carlos Artero Mora: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Durante la convivencia, la mujer adquirió un inmueble con el objetivo de que ésta que sirviera como segunda residencia. Sin embargo, la contraprestación fue pagada por el marido. De acuerdo con la versión del esposo, existía un acuerdo entre las partes en virtud del cual la mujer constaría como titular formal puesto que así era posible obtener una subvención pública en materia de intereses respecto del préstamo hipotecario que los cónyuges tenían que solicitar. En fecha desconocida, se produjo la ruptura matrimonial.

El ex marido demanda a su ex mujer y ejercita una acción declarativa de dominio sobre la mitad del inmueble en cuestión [el actor no reclama la totalidad puesto que: (a) no le es posible acreditar documentalmente el

pago de toda la contraprestación y (b) valora -almenos según su versión- el trabajo de la esposa para la casa (FJ 1º)].

Caso VI: SAPB, 19ª, 25.6.2014 (JUR 2014\234934); *MP:* José Manuel Regadera Sáenz: El 7 de noviembre de 1988, las partes, que mantenían una relación afectiva entre sí, adquirieron una vivienda de protección oficial. Sin embargo, en el contrato de compraventa, posteriormente elevado a escritura pública, solamente constaba el nombre de la mujer. Para el pago del inmueble se entregaron 1.025.000 pesetas, de las cuales 320.000 procedían de los padres de la mujer y 746.060 de una cuenta común. Además, ambos suscribieron un préstamo hipotecario que fue abonado y amortizado con cargo a una cuenta conjunta. En octubre de 1990, las partes contrajeron matrimonio. Se separaron en febrero de 2007, dictándose sentencia de divorcio en 2010, en la que no se tomó decisión alguna sobre la titularidad de la vivienda.

El ex esposo demanda a su ex mujer y solicita ser declarado como copropietario por mitades iguales del inmueble adquirido en 1988. El actor defiende la existencia de una simulación o de un negocio fiduciario *cum amico* entre las partes. En este sentido, señala el demandante, si el inmueble figuró únicamente a nombre de la demandada fue porque era una vivienda de protección oficial que no podía adquirir al no cumplir con los requisitos económicos al efecto.

La jurisprudencia no siempre resuelve los casos que encajan en el *Escenario II* en un mismo sentido. Si bien los hechos y pretensiones de los demandantes pueden parecer similares –en general lo que pretenden es acreditar que son los verdaderos propietarios del bien objeto del litigio mediante el reconocimiento de una titularidad fiduciaria-, lo cierto es que las soluciones basculan entre el reconocimiento de un negocio fiduciario y su denegación, normalmente por entender que existe un *animus donandi* entre las partes (si éstas están casadas, es suficiente con hacer valer la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, *in fine* CCCat).

En el *Caso III*, el demandante razona la existencia de fiducia *cum amico* en base a tres argumentos distintos: (a) la existencia de una relación afectiva entre las partes; (b) la falta de capacidad

económica de la demandada y (c) el pago de la contraprestación para la adquisición de la parcela y posterior edificación del inmueble. Sin embargo, el TSJC desestima la demanda de la parte actora y entiende, por un lado, que demostrada la titularidad de un bien adquirido onerosamente durante el matrimonio debe aplicarse el art. 39 CF; por el otro, que en el caso no ha quedado constancia probatoria de la concurrencia de la *causa fiduciae*. En el *Caso IV*, la AP de Tarragona también desestima las alegaciones del ex marido. En opinión del tribunal, el hecho de que una parte realice gestiones de compra y sufrague gastos de mantenimiento no es un dato revelador de la propiedad puesto que, durante la convivencia, es habitual que uno de los cónyuges o convivientes se encargue de estas cuestiones. Además, argumenta la Audiencia, la aportación de dinero para adquirir un bien puede responder a distintas razones, entre ellas la del ánimo de liberalidad, sea por afecto o por querer distribuir el patrimonio que se va adquiriendo durante la vida en común.

Por el contrario, en el *Caso V* el juez *ad quem* estima la demanda del actor y concluye que el ex esposo es también propietario de la mitad del inmueble, y ello a pesar de que solo la mujer constaba como titular. La AP de Tarragona justifica su decisión en base a tres razones: (a) el dinero para la adquisición provenía del patrimonio del esposo; (b) el actor hizo varios actos de gestión y administración de la vivienda y (c) queda acreditado que únicamente poniendo el bien a nombre de la esposa era posible acceder al subsidio para los intereses del préstamo hipotecario. Esta última es, quizá, la única razón que justifica la existencia de fiducia. El *Caso VI* sigue la misma lógica que el anterior. El tribunal estima la existencia de una fiducia *cum amico* y declara al ex esposo como copropietario de la vivienda. Según la AP de Barcelona, la intención de las partes fue la de adquirir el inmueble de forma conjunta. El hecho de que solamente la mujer constase como propietaria no se justifica por un ánimo de liberalidad sino porque el actor, por sus circunstancias

económicas, no cumplía con los requisitos de acceso a la protección oficial.

A pesar de que las soluciones de estos cuatro casos difieren (en dos de ellos se rechaza la fiducia y en los otros dos se aprecia), es preciso subrayar que estas decisiones no son necesariamente contradictorias entre sí. Como he explicado en apartados anteriores, los tribunales buscan averiguar cuál es la intención de las partes y, en función de ello, resuelven. Las circunstancias concretas de cada litigio influyen, y mucho, en la toma de la decisión final, y es como consecuencia de ellas -y no por discrepancias en torno a cómo debe articularse la construcción jurídica del negocio fiduciario- que los resultados a los que llega la jurisprudencia son heterogéneos; en algunos casos se considera probada la causa fiduciaria y en otros no.

En el ámbito del Derecho de familia y, más concretamente, de las adquisiciones en separación de bienes, el artículo 232-3, apdo. 1, CCCat es, como sabemos, la regla principal a la que los cónyuges deben atenerse. Su finalidad es “preservar el sistema general de adquisición de titularidades reales en aquellos supuestos en que la contraprestación procede del cónyuge no adquirente”³⁵⁹. Sin embargo, el principio de titularidad formal y la presunción de donación admiten prueba en contrario. En este sentido, si una de las partes alega la existencia de fiducia y puede acreditar que una actúa como fiduciaria de la otra, el art. 232-3, apdo. 1, CCCat debería verse desplazado. Así lo explica la la SAPT, 3ª, 14.11.2003 (JUR 2004\27423); *MP: Juan Carlos Artero Mora*, en coherencia con lo que anteriormente había expuesto la SAPB, 15ª, 24.7.1998 (AC 1998\6190); *MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel*, aunque mezclando el negocio simulado con el fiduciario:

³⁵⁹ ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, cit., p. 2.

“[E]xiste una excepción a este planteamiento [refiriéndose a que en el régimen de separación de bienes catalán opera el principio de titularidad formal, y no el de subrogación real], que vendría dada (...) por la presencia de una simulación en el negocio de adquisición del bien, en el sentido de que los cónyuges, aun pretendiendo adquirir el mismo conjuntamente, hayan hecho aparecer a uno solo de ellos como titular por razones fiscales o de otra índole, actuando de común acuerdo (...). Y *si tal situación queda demostrada, no sería de aplicación (...) el artículo 39 del Código de Familia* [la cursiva es mía] (...), toda vez que dicha norma establece unas presunciones sobre el origen de la contraprestación partiendo de la titularidad indiscutida de uno de los cónyuges sobre el bien, y el supuesto que nos ocupa es precisamente la discusión de dicha titularidad -en cuanto que la formal no se corresponde con la real-, con lo que desaparece la premisa de las citadas presunciones” (FJ 1º).

Dicha excepción se da atendiendo únicamente a la voluntad de las partes y a los medios de prueba por los que ésta se acredita, o lo que es lo mismo, no viene necesariamente condicionada por el pago de una contraprestación o por la aportación dineraria que un cónyuge haya podido hacer en el patrimonio del otro. Aunque hay un importante número de litigios en los que una de las partes alega la existencia de una titularidad fiduciaria a su favor, es importante remarcar que en las adquisiciones onerosas bajo separación de bienes la fiducia no nace como un remedio de la ley sino como un negocio jurídico que puede haberse celebrado o no y que, en cualquier caso, corresponde a quien lo alega probar su existencia³⁶⁰.

4. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS

4.1. UNA CUESTIÓN COMPLEJA

³⁶⁰ Como veremos en el apartado 5 de este capítulo, ello se diferencia de los *implied trusts*, que emergen cuando un cónyuge o conviviente en pareja estable contribuye económicamente a la adquisición de un bien.

En los apartados anteriores me he acercado al negocio fiduciario a través, por un lado, de definir sus características, clases y estructura; por el otro, mediante la exposición de los efectos que éste tiene sobre la transmisión de la propiedad. Sin embargo, al estudiar la fiducia, a menudo lo que parece claro desde una perspectiva teórica se vuelve incierto en la práctica. Imaginemos el siguiente escenario:

“A aparenta la venta de sus bienes a B, para que éste, durante la vida de A, los administre por su cuenta con mayor libertad y como si fuera su dueño, y para que B a la muerte de A los herede, frustrando así los derechos que en ellos puedan corresponderles a la mujer e hijos de A”³⁶¹.

Como podemos comprobar, en este caso existen elementos de complejidad que difícilmente se resuelven bajo el paraguas de una única figura negocial. Es cierto que hay componentes, como la administración por parte de B de los bienes de A, que hacen pensar en la existencia de una fiducia *cum amico*. No obstante, aunque correcto, el análisis resulta incompleto si no vamos más allá de este punto; no puede obviarse que en el ejemplo también se simula una compraventa o que existe el ánimo de defraudar los derechos legales sucesorios de la mujer e hijos de A.

Mi posición parte de dos premisas distintas:

La primera es que el negocio fiduciario y la simulación presentan, cada uno de ellos, características y singularidades propias³⁶². Es por ello que, sin perjuicio de poderlos agrupar, no los podemos mezclar en un *totum revolutum*. Aún con todas las similitudes que se quieran, entiendo que no es lo mismo el negocio fiduciario que la

³⁶¹ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 330.

³⁶² En el mismo sentido, *vid.* SALVADOR, Pablo, “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, cit., p. 24; PANTALEÓN, Fernando, “Negocio fiduciario”, *EJB*, III, Madrid, 1995, pp. 4408 y 4409, o LACRUZ, José Luis, *Elementos de Derecho civil I: parte general*, cit., p. 205 entre otros.

simulación, igual que, como veremos en el apartado 4.3 de este capítulo, no es lo mismo la representación indirecta que la fiducia *cum amico*.

La segunda es que dichos negocios (en la terminología de DE CASTRO, anómalos), no se excluyen entre sí. Como señala este autor, “es inadecuado, y causa de peligrosas confusiones, el empeño de enfrentar disyuntivamente los negocios anómalos (...). Lo cierto es que se trata de anomalías que pueden recaer conjuntamente sobre un mismo negocio jurídico, el que por tanto merecerá la correspondiente plural calificación”³⁶³.

A continuación destaco, *grosso modo*, las diferencias que existen entre el negocio fiduciario y otras figuras afines (simulación y representación indirecta) para, después, exponer algunos casos relacionados con *Escenario III*, vinculado a este tercer bloque.

4.2. SIMULACIÓN

Tradicionalmente amparada en el art. 1276 CC, “la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (...), ya sea el propio de otro tipo de negocio (...)”³⁶⁴.

De la definición anterior se desprende la existencia de dos clases de simulación: la absoluta y la relativa. La primera tiene lugar en aquellos casos en que “los interesados afirman haber celebrado un negocio cuando [en realidad] no han cerrado trato alguno”³⁶⁵. Ejemplo de este tipo de simulación es cuando A vende un

³⁶³ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 330.

³⁶⁴ *Idem*, p. 334.

³⁶⁵ “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, cit., p. 19.

determinado bien inmueble a B pero: (1) no recibe ninguna contraprestación a cambio, y (2) existe un acuerdo entre ambos por el cual A seguirá siendo el dueño a pesar de constar B como propietario.

La segunda se da en aquellas situaciones donde las partes manifiestan “haber celebrado [un negocio] cuando, en realidad, han concluido otro total o parcialmente distinto”³⁶⁶. Dicho en otras palabras, en la simulación relativa “la declaración falsa viene a encubrir otro contrato, en el que, este sí, tiene una causa verdadera. (...).[Lo simulado] es relativ[o] a la causa expresada y no a la existencia de causa”³⁶⁷. Por ejemplo, A vende un inmueble a B pero éste no recibe contraprestación alguna ya que lo que quiere es donarle el bien. En este caso, hay una venta simulada y una donación disimulada.

Dejando a un lado las cuestiones relativas a los límites de la simulación y a la prohibición (o no) de simular negocios jurídicos, lo cierto es que, históricamente, la jurisprudencia del TS ha distinguido entre los negocios fiduciarios y los simulados. Se ha negado que en la fiducia exista simulación, ni absoluta ni relativa, puesto que la transmisión con causa fiduciaria constituye un negocio querido por las partes. Así, ya en la STS, 1ª, 28.10.1988 (RJ 1988\7746); *MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa*, se dijo que “[n]o obstante las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los negocios fiduciarios de los simulados, cabe conceptuar a los primeros como aquellos en que existe una *divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado* [la cursiva es mía], de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego; y a los segundos, como aquellos otros en que concurre *una declaración de voluntad no real*, emitida

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 334.

conscientemente y con acuerdo de las partes *para producir*, con fines de engaño, *la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente realizado* [la cursiva es mía]” (FJ 5°).

A continuación la sentencia señala tres diferencias que, a su juicio, permiten distinguir los negocios fiduciarios de los simulados. Estas son:

“(a) el simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal;

(b) el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos, y

(c) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido” (FJ 5°). En relación con esta última característica es importante precisar que la mencionada nulidad únicamente se aplica a la simulación absoluta; en la relativa solo se anula el negocio simulado, siendo el disimulado perfectamente válido.

LACRUZ también entiende que la fiducia “[n]o es un negocio simulado, aunque se le parezca, porque aquí está ausente la idea de fraude; el propósito fiduciario del contrato no se oculta, como la simulación, sino que puede ser público y notorio; y la figura negocial que se celebra se quiere realmente (...) aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos de los que de ordinario comporta; por haber una real voluntad de celebrar un verdadero

negocio, el fiduciario no es nulo, como el simulado”³⁶⁸. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO apunta que “[e]l negocio fiduciario es un negocio realmente querido, no hay ninguna simulación absoluta en él, ni esconde otro negocio como en la simulación relativa. Lo que ocurre es que la causa típica del negocio que se realiza no es la de transmitir la propiedad a fin de que B la adquiriera, sino otra distinta que se recoge en el acuerdo o pacto fiduciario”³⁶⁹.

Con todo, si bien la distinción entre fiducia y simulación continúa siendo aceptada tanto por la doctrina (mayoritariamente) como por la jurisprudencia del TS³⁷⁰, lo cierto es que los rasgos distintivos entre uno y otro negocio, aplicables por completo a la simulación absoluta, son matizables en lo que respecta a la simulación relativa. Acerca de ésta última, señala CÁMARA, “[e]l resultado es que si se prueba la existencia y la validez del acto disimulado, éste será válido y solo se anulará el acto simulado (...). De igual manera (...) en el negocio fiduciario, lo que se declara en el negocio externo (querer la transmisión real) no responde a la voluntad verdadera, que es solo la que recoge el negocio interno (garantizar, gestionar, etc.)”³⁷¹. A mi juicio, quizá el elemento distorsionador -que complica, y mucho, los casos de fiducia- radica en que el sistema español carece de causa abstracta en los contratos. Ello “obliga a recurrir, simuladamente, a algunos de los contratos típicos que justifican una transmisión dominical [*ex art. 609 CC*]”, cosa que justifica en buen parte esta conexión / mezcla entre fiducia y simulación³⁷².

³⁶⁸ *Elementos de Derecho civil I: parte general*, cit., p. 205.

³⁶⁹ *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 518.

³⁷⁰ *Vid.* por ejemplo la STS, 1ª, 17.9.2002 [RJ 2002\8558]; *MP: Clemente Auger Liñán*.

³⁷¹ *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1816.

³⁷² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 521 y 522.

En cualquier caso, entiendo que equiparar por completo fiducia y simulación relativa equivaldría a vaciar de contenido el negocio fiduciario. Y, sin contenido, se condena a esta categoría negocial a la falta de autonomía, a subsumirse dentro de la categoría de los negocios simulados; en definitiva, a desaparecer. Esta posición, muy controvertida doctrinalmente, ha tenido poca repercusión en la jurisprudencia de nuestros tribunales, los cuales siguen distinguiendo entre una y otra clase de negocio y admiten que los fiduciarios son susceptibles de transmitir la propiedad a través de un desdoblamiento de la titularidad que distingue entre la real y la formal o fiduciaria³⁷³.

4.3. REPRESENTACIÓN INDIRECTA

En las páginas anteriores he partido de la base que, en el negocio fiduciario, el fiduciante -propietario o titular de un derecho- realiza una concreta atribución patrimonial a favor del fiduciario -no propietario- para conseguir un determinado fin, normalmente de garantía o de gestión. No obstante, junto a este escenario, también cabe la posibilidad de que el fiduciario, cumpliendo con las órdenes dadas por el fiduciante, adquiera un determinado bien de un tercero ajeno al negocio. Por ejemplo, A autoriza a B para que adquiera e inscriba en el Registro de la propiedad una finca perteneciente a C.

La representación indirecta, regulada en el art. 1717 CC, “consiste en que el mandatario o agente contrata con terceros en su propio nombre y sin darles a conocer que el acto jurídico realizado se produce por cuenta o en interés de otra persona”³⁷⁴. A pesar de que en ocasiones tanto doctrina como jurisprudencia han mezclado este

³⁷³ Vid. entre muchas otras, las SSTs, 1ª, 13.2.2003 (RJ 2003\1046); MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; 27.7.2006 (RJ 2006\6144); MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; 13.7.2009 (RJ 2009\4466); MP: Jesús Corbal Fernández o 4.10.2011 (RJ 2011\6835); MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

³⁷⁴ CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1818.

negocio con el fiduciario³⁷⁵, donde también se puede actuar en nombre propio y, por lo tanto, ocultando la identidad del fiduciante, definiendo que éstas no son figuras análogas o equivalentes entre sí.

Como sabemos, el negocio fiduciario es una construcción jurídica que no se encuentra regulada en el Código civil y que no reviste de tipicidad negocial. Por el contrario, la representación indirecta tiene un carácter regulado y típico, y el comitente goza de protección legal³⁷⁶. Además, el representante no hace suya la cosa sino que pasa directamente del dominio del representado a los terceros o viceversa³⁷⁷.

Por otro lado, en la relación entre representante y representado las diferencias entre ambos negocios también son notables. Según la teoría de la representación indirecta, “el representante -una vez ha actuado- está obligado a transmitir inmediatamente al representado los derechos creados a favor de este último por el acto o negocio representativo”³⁷⁸. Ello contrasta con el negocio fiduciario, donde “de acuerdo con las estipulaciones existentes entre las partes, el representante o fiduciario debe no solo adquirir, sino también conservar la cosa en titularidad o a su nombre, hasta que se cumplan las finalidades de la fiducia”³⁷⁹. Dicho en otras palabras, es necesario que la titularidad “que adquiere el representante, y que ha de conservar en su poder durante un cierto período de tiempo, quede afectada a una finalidad fiduciaria”³⁸⁰. De aquí que sea posible

³⁷⁵ Señala DE CASTRO que “[l]a práctica judicial muestra ser frecuente el que en una compraventa el comprador haya adquirido por cuenta y para fines de otro; las cuestiones que originan han sido vistas unas veces como correspondientes a la dogmática del negocio fiduciario y otras como propias del mandato o de la representación indirecta”. *El negocio jurídico*, cit., p. 425.

³⁷⁶ Vid. los arts. 256 y 258 del Código de comercio.

³⁷⁷ Vid. CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1818.

³⁷⁸ DíEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 524.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibidem*

constatar dos diferencias más: por un lado, que “la representación (...) suele darse para comprar o vender, y no para administrar, como ocurre en la fiducia”³⁸¹; por el otro, que “[e]n la pura representación indirecta el representante actúa siempre por cuenta del representado y en interés de este último, [mientras que], [e]n una situación fiduciaria, el fiduciario actúa no solo por cuenta e interés del fiduciante, sino también por cuenta e interés propios”³⁸². Esta última diferencia, sin embargo, solamente es predicable de la fiducia *cum creditore*.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos anteriores, éste no es un debate cerrado. Tanto por el tratamiento que los tribunales han hecho sobre esta cuestión como por el posicionamiento de algunos autores³⁸³, entiendo que, aún con los mencionados criterios, no siempre es fácil discernir cuando una determinada relación jurídica debe ser considerada como representación indirecta y cuando como negocio fiduciario³⁸⁴.

4.4. EL ESCENARIO III: EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA SIMULACIÓN CONTRACTUAL

4.4.1. La importancia de la prueba y de las presunciones en la apreciación de fiducia o de donación

En algunos litigios es frecuente que se entremezclen negocio fiduciario y simulación contractual con el fin de conseguir

³⁸¹ GARRIGUES, Joaquín, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, pp. 52 y 53

³⁸² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 524.

³⁸³ Vid. por ejemplo, CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1819.

³⁸⁴ Vid. por ejemplo, las SSTs, 1ª, 30.4.1992 (RJ 1992\4474); MP: *Matías Malpica González-Elipe*; 21.3.1995 (RJ 1995\2051); MP: *José Almagro Nosete*; 4.7.1998 (RJ 1998\5413); MP: *Francisco Morales Morales*.

resultados distintos; entre ellos, defraudar los derechos de terceros acreedores. Sirvámonos de algunos ejemplos que, en mayor o menor medida, coinciden con la estructura del *Escenario III*:

Caso VII: STSJC, 22.5.2003 (RJ 2003\5396); *MP*: *Guillermo Vidal Andreu*: En 1985, las partes decidieron iniciar una relación de convivencia en pareja estable. La mujer, que un año atrás había enviudado, gozaba de una cómoda posición económica. Asimismo, el hombre era médico de profesión. A principios de 1986 nació un hijo en común, si bien la mujer tenía ya dos hijas de una relación anterior. En el mismo año, la conviviente adquirió un terreno en Cadaqués por un precio de 6.000.000 de pesetas y sobre él hizo construir una casa unifamiliar. El 29 de marzo de 1988 se otorgó escritura pública en virtud de la cual la mujer vendía la mitad indivisa de la propiedad en Cadaqués a su pareja. Sin embargo, no recibió contraprestación a cambio. La convivencia cesó en 1999.

La mujer demanda a su ex pareja y solicita que se declare la nulidad de la escritura de compraventa por simulación absoluta.

Caso VIII: SAPG, 1ª, 25.11.2010 (AC 2011\709); *Fernando Ferrero Hidalgo*: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Entre los años 1988 y 1990, el marido tenía varias deudas y procedimientos judiciales abiertos como consecuencia de su morosidad. El 4 de abril de 2001, el esposo adquirió un inmueble por la cantidad de 64.909,31 euros, de los que pagó 186,07. El resto lo financió mediante un préstamo hipotecario de 64.723,23 euros. El 27 de enero de 2003, el marido vendió a su esposa el inmueble por la totalidad del importe del préstamo hipotecario que lo gravaba. Desde entonces, y hasta la disolución del matrimonio, el dinero para pagar la hipoteca procedía del patrimonio privativo del vendedor.

El ex marido demanda a su ex esposa y solicita ser declarado como titular real del inmueble que vendió a su esposa. Alega la existencia de una fiducia *cum amico* que tenía por finalidad eludir el pago de sus deudas frente a sus numerosos acreedores. Alternativamente, solicita el reintegro de las cantidades pagadas para satisfacer el préstamo hipotecario de la vivienda.

Caso IX: SAPB, 11ª, 21.5.2007 (JUR 2007\260797); MP: José Antonio Ballester Llopis: En fecha desconocida, las partes mantenían una relación afectiva. Durante la convivencia, el actor puso a nombre de la demandada varias participaciones sociales de empresas inmobiliarias de su propiedad puesto que figuraba en una lista de morosos. En fecha desconocida, cesó la convivencia.

El actor demanda a su ex compañera sentimental y solicita que se le reconozca como exclusivo propietario de las participaciones sociales transmitidas a la demandada en base a la existencia de una fiducia *cum amico*. Subsidiariamente, pide que se le declare copropietario de tales participaciones.

Las soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia en casos como los planteados no son unánimes: mientras que en algunas sentencias los tribunales estiman la fiducia *cum amico*, en otras se entiende que hay simulación relativa y que debajo de la apariencia de una compraventa en realidad se halla una donación. Dado que las consecuencias de inclinarse por una u otra opción son distintas para las partes -y especialmente para el demandante, que normalmente reclama la propiedad sobre un bien que en apariencia pertenece al demandado- cobran especial importancia los medios de prueba y las presunciones.

En el caso del negocio fiduciario, declarar su existencia depende de que quien lo esgrime pueda fundar su pretensión en alguno de los medios que establece el art. 299 de la LEC. Paralelamente, el juez también puede acudir a la conducta y a los actos propios de cada parte (art. 111-8 CCCat) para averiguar sus pretéritas intenciones. Y, a falta de prueba suficientemente clara, la jurisprudencia ha señalado algunas orientaciones que pueden contribuir a esclarecer si hay fiducia o no. En este sentido, la SAPB, 1ª, 7.10.2008 (AC 2009\34); *MP: José Luis Barrera Cogollos* declara lo siguiente:

Para paliar esta dificultad de probanza [refiriéndose a la fiducia], el Tribunal Supremo ha recomendado acudir a las presunciones, poniendo

de manifiesto una serie de orientaciones que básicamente se concretan en las siguientes:

a.- Negocio concluido en un círculo de directo parentesco que facilita la confianza mutua y propicia el buen fin de la operación.

b.- Mantenimiento por el titular del control de los bienes aparentemente transmitidos (...).

c.- Precio confesado (...), [entendiéndose por éste una determinada cantidad del dinero que A paga para adquirir un bien respecto al cual es teóricamente fiduciante] (FJ 3º).

Desde esta lógica, el parentesco y el pago parcial o total de contraprestación [orientaciones (a) y (c)] son elementos que indican que el negocio celebrado por las partes responde a la lógica de la fiducia y, especialmente, de la *cum amico*. La no salida de los bienes de la esfera de control personal [orientación (b)], aún poder ser indicativo de fiducia, creo que es una característica más propia de la simulación. Por el contrario, si no existe prueba suficiente o no se puede acudir a ninguna de las orientaciones anteriores, la autoridad judicial tiende a resolver: (a) desestimando, claro y simple, la fiducia alegada y/o (b) apreciando, como decía, donación de un cónyuge/conviviente al otro.

En el *Caso IX*, por ejemplo, el tribunal se centra únicamente en el negocio fiduciario y evita pronunciarse acerca de otros posibles negocios jurídicos. Tampoco aborda la puesta a nombre del otro (*nomen commodat*) y el posible fraude a terceros acreedores (art. 1291, apdo. 3, CC). La sentencia solo pone de manifiesto que no queda probada la existencia de un contrato entre las partes que ampare el negocio fiduciario y que, en caso de haberlo, éste carecería tanto de consentimiento como de causa lícita. La AP de Barcelona desestima la pretensión de la parte actora y confirma a la demandada como excusiva propietaria de las participaciones.

En otros escenarios, no obstante, los tribunales sí analizan (y, eventualmente, reconocen) la posibilidad de que un negocio de compraventa sea considerado como una donación si se demuestra la existencia de simulación relativa. Y ello aunque no haya expresa aceptación del donatario (art. 531-12, apdo. 1, CCCat). Como apuntaba en el capítulo segundo, en litigios de Derecho de familia en los que un cónyuge vende un bien al otro (*Caso VII*), el TSJC adopta un posicionamiento menos restrictivo que la actual postura del TS y permite salvar la donación de la declaración de nulidad siempre que haya escritura pública y conste también la aceptación del negocio disimulado³⁸⁵. En este sentido, sigue el razonamiento de la STS, 1ª, 10.3.1978 (RJ 1978\811); *MP: Federico Rodríguez Solano y Espín* y declara que “cuando una donación se disimula bajo la apariencia de una compraventa, *la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad* [la cursiva es mía], sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar la contratantes y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica”. Sin embargo, destaca el tribunal, “hay que probar que la aceptación emitida [es] para el negocio simulado, y no para el aparente (...)”³⁸⁶.

³⁸⁵ Vid. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., pp. 76 y 77.

³⁸⁶ STSJ, 1ª, 6.2.1995 (RJ 1995\4463); *MP: Jesús Corbal Fernández*, (FJ 3º). Esta línea jurisprudencial se ve reflejada en otras sentencias del TS, entre las que destacan las SSTS, 1ª, 13.12.1993 (RJ 1993\9615); *MP: Jaime Santos Briz*; 22.1.1991 (RJ 1991\306); *MP: Pedro González Poveda*; 23.9.1989 (RJ 1989\6352); *MP: Pedro González Poveda* o 19.11.1987 (RJ 1987\8408); *MP: Jaime Santos Briz*. Con todo, en la actualidad la postura del TS es contraria a aceptar la validez de las donaciones realizadas a través de un contrato simulado de compraventa por entender que la aceptación y la causa que concurren en ella no se ajustan a la donación. Vid. en este sentido, la STS, 1ª, 20.6.2007 (RJ 2007\5574); *MP: Encarnación Roca Trías*.

Partiendo de este razonamiento, en el *Caso VII* el TSJC desestima la pretensión de la demandante y entiende que hay donación de la esposa a favor del marido. En palabras del tribunal:

“La común convivencia, el afecto mutuo y la existencia de un hijo son hechos relevantes a la hora de presumir la puesta en común de la adquisición de una segunda vivienda y, por tanto, de la donación al conviviente y padre del hijo, de la mitad de aquel inmueble. Que tal donación se encubriera bajo la apariencia de un contrato de compraventa aparece entonces lógico si se conecta con una futura integración de la masa hereditaria. Con ello queda cumplido el requisito de la prueba del *animus donandi* y, por supuesto, se da también el instrumento formal de la escritura pública, quedando tan solo la expresión implícita de la aceptación del donatario. (...). [T]ras analizar las dos posturas jurisprudenciales en torno a los requisitos exigidos para declarar la existencia y validez del negocio disimulado (...)[e]ste Tribunal Superior se inclina por la solución más flexible y menos formalista” (FJ 8º).

En el *Caso VIII*, la AP de Girona también declara la existencia de donación. Sin embargo, a diferencia del escenario anterior, el tribunal resuelve en base al antiguo art. 39 CF:

“[P]artiendo de que la titularidad formal prevalece sobre la subrogación real, debe empezarse diciendo que la Sra. Milagrosa [demandada] es la propietaria de la vivienda objeto de reclamación y que, aunque el precio pagado a través de la subrogación en la hipoteca hubiera sido abonado con dinero del vendedor, ello resultaría indiferente, pues se presumiría la donación, pero solo sobre este dinero, no sobre el bien adquirido.

Evidentemente, la titularidad formal o la presunción de donación del dinero para la adquisición del bien puede ser destruida con prueba en contrario, por ejemplo, acreditando que el negocio fue simplemente un negocio fiduciario, en este caso, para sustraer el bien a la reclamación de los acreedores. Y como muy bien señala la parte recurrente demandada, corresponde a la parte que alega el negocio fiduciario la prueba de su existencia, (...) no pudiendo basarse su existencia en las meras alegaciones de parte.

(...)

[S]orprende es que si tantas deudas tenía el demandante y existía el peligro de que le embargaran sus bienes, aceptara adquirir tal bien, poniéndolo e inscribiéndolo a su nombre. Pero lo cierto es que las deudas y procedimientos judiciales relacionados con las mismas se remontan a los años 1988 a 1990, sin que se acredite ninguna deuda, procedimiento judicial o embargos coetáneos a la realización de la compraventa efectuada a favor de la demandada, y sin que exista prueba alguna, salvo la declaración del Sr. Iván [demandante], de que realmente se efectuara dicho negocio con la finalidad de sustraer tal bien a la acción de los acreedores.

Por lo tanto, no acreditándose el carácter fiduciario de la compraventa y prevaleciendo la titularidad formal sobre la subrogación real, debe revocarse la sentencia y declararse que la titular de la vivienda es la Sra. Milagrosa” (FJ 3°).

La razón que explica que ambos casos -muy similares en cuanto a la estructura de los hechos- utilicen dos procedimientos distintos para llegar a un mismo resultado es simple: la presunción de donación entra en vigor con la reforma de la CDCC de 1993, pero no antes. Consecuentemente, puede operar en el *Caso VIII*, donde la transmisión patrimonial se produce en 2003, pero no en el *Caso VII*, donde el contrato (simulado) de compraventa se perfecciona en 1988. Con todo, lo cierto es que en alguna ocasión el TSJC ha desplazado la regla *tempus regit actum*. Así, en el debate de la validez de las donaciones entre cónyuges, el tribunal extendió la aplicación de los arts. 20 y 21 de la CDCC de 1984 a casos que acontecieron antes de su entrada en vigor y consideró válidas donaciones que, por razón del derecho temporal aplicable (art. 20 de la CDCC), no deberían haberlo sido³⁸⁷.

³⁸⁷ Vid. las SSTSJ, 16.7.1992 (RJ 1992\10278); MP: *Lluís Puig i Ferriol* y 15.12.1994 (RJ 1995\489); MP: *Lluís Puig i Ferriol*). En la primera de ellas, el tribunal manifiesta que “quan el contingut de la relació jurídica el predetermina la Llei, amb independència de la voluntat dels interessats, (...) s'ha d'entendre que la Llei nova regula també aquelles relacions jurídiques que ja existien en el moment de la seva entrada en vigor i que encara subsisteixen, perquè la nova Llei persegueix establir un règim general i uniforme, que sols pot

4.4.2. Consecuencias frente a terceros de la categorización del negocio jurídico

Desde la perspectiva de terceros, la calificación de un negocio como fiduciario o simulado carece de demasiada trascendencia práctica puesto que, independientemente de cuál sea el efectivo negocio jurídico celebrado, los derechos de terceros adquirentes normalmente se hallan amparados por nuestro ordenamiento jurídico.

DE CASTRO señala que si se estima la existencia de fiducia la norma general es que “[l]os terceros que traten y contraten con el fiduciario no podrán ser perjudicados por confiar en la plena eficacia de la titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario, sin exteriorizar su limitada condición de fiduciario”³⁸⁸. Sin embargo, es importante matizar que esta protección solo se extiende a los terceros que sean de buena fe y que, además, hayan adquirido a título oneroso³⁸⁹.

En caso de adquisición de un bien inmueble *a non domino* se requiere el cumplimiento de dos requisitos más para que el tercero goce de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria, a saber: (a) que adquiera de quien figura como propietario en el Registro de la Propiedad y (b) que una vez realizado el contrato, se inscriba la adquisición en el Registro. Si no se cumpliera alguno de los requisitos anteriores y el fiduciante reclamase el bien, el tercero debería restituírselo sin perjuicio que después pudiera hacer valer contra el vendedor fiduciario su derecho al saneamiento por evicción (art. 1475 y ss. CC).

tenir si se li dóna aquest abast general” (FJ 10º). En la segunda, el razonamiento del TSJC es mimético al anterior: “el régimen jurídico de las donaciones entre cónyuges lo establece la ley (...) y por esto se debe entender que la ley nueva regula también los efectos de las donaciones entre cónyuges que ya se habían otorgado antes de su vigencia y que aún subsisten” (FJ 3º).

³⁸⁸ *El negocio jurídico*, cit., p. 435.

³⁸⁹ *Ibidem*. Vid. en el mismo sentido CÁMARA, Sergio, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1797.

En caso de que el bien sea mueble, la adquisición haya sido onerosa de buena fe y el vendedor fiduciario tenga la posesión de la cosa libremente cedida por su dueño (fiduciante), debemos remitirnos a las normas generales de protección de la posesión (art. 522-8 CCCat). En este caso, el fiduciante no podría reclamar la cosa al tercero adquirente, aunque sí podría solicitar al fiduciario una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

De haber simulación, ésta se presume absoluta *ex art.* 1276 CC y, por lo tanto, el negocio jurídico celebrado es nulo. Con todo, es perfectamente posible demostrar que la simulación no tiene carácter absoluto sino relativo; que en realidad existe un negocio disimulado con una causa verdadera y lícita³⁹⁰. Este es el caso de, por ejemplo, una compraventa realizada entre cónyuges que esconde una donación. En tal caso, como comentaba en el apartado 2.6 del capítulo precedente, los acreedores perjudicados podrían hacer valer sus derechos mediante la aplicación del art. 531-14 CCCat, sobre la inoponibilidad de las donaciones.

Aunque para los terceros distinguir entre fiducia y simulación no es especialmente relevante por cuanto sus intereses generalmente siempre estarán tutelados por la ley, es importante remarcar que para los cónyuges o convivientes calificar algo como de negocio fiduciario o simulado sí que conlleva resultados distintos. En el primer caso, el negocio es querido y válido; por lo tanto, es eficaz para desdoblarse la propiedad entre la titularidad formal o fiduciaria y la material. En el segundo, el negocio no es válido por ser simulado, con lo que no hay transmisión real de la propiedad. Con todo, el caso de la simulación relativa presenta, como sabemos, más dudas puesto que el negocio disimulado es querido por las partes y puede ser válido.

³⁹⁰ DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, cit., p. 352.

5. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LOS *IMPLIED TRUSTS* ANGLOSAJONES

5.1. PLANTEAMIENTO

Vistos el concepto, las características y los problemas que ha suscitado la fiducia así como los casos en los que es más frecuente que una de las partes aluda a su existencia, en este apartado compararé el negocio fiduciario con los *implied trusts* de Inglaterra y Gales (especialmente, con el *common intention constructive trust*) con el objetivo de estudiar los paralelismos, similitudes y diferencias que, en el contexto de las adquisiciones constante convivencia, hay entre ambas figuras.

En la introducción del capítulo decía que es habitual que cónyuges o convivientes celebren negocios jurídicos atípicos entre sí. Señalaba también que las soluciones que hasta la fecha han adoptado nuestros tribunales han sido casuísticas y complejas: a veces estimando la titularidad fiduciaria sobre un bien; otras negándola o aduciendo la existencia de una simulación relativa con la donación como negocio disimulado. Es desde esta perspectiva que el estudio comparado de las soluciones que ofrece un sistema como el inglés, perteneciente a la tradición del *Common Law*, puede contribuir a tener más elementos de juicio para estimar o desestimar la existencia de fiducia en el contexto familiar.

Los conflictos en los que A alega ser el propietario real de un bien argumentando que B únicamente ostenta la titularidad fiduciaria de la cosa son, como hemos visto, frecuentes. Siguiendo una lógica similar a la que podemos hallar en Inglaterra y Gales en el caso del *trust*, a menudo se intenta dividir la propiedad en dos planos -el formal y el material- con el fin de argumentar que el verdadero propietario del bien es quien lo reclama. Y ello tanto en el terreno

del matrimonio regido por la separación de bienes como de la convivencia en pareja estable.

A continuación recapitularé algunas de las características principales tanto de la fiducia como de los *implied trusts* para, después, valorar hasta qué punto estos últimos pueden ayudar a adaptar mejor la fiducia, un negocio jurídico con su propia lógica y particularidades, al hecho familiar.

5.2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA FIDUCIA Y LOS *IMPLIED TRUSTS*

5.2.1. Recapitulación de algunas características de ambas figuras

A diferencia de lo que sucede con el *express trust*, donde ha sido abundante la doctrina que lo ha comparado con la fiducia intentando destacar sus similitudes y diferencias así como su eventual reconocimiento en sistemas de *Civil Law* (como el español)³⁹¹, los estudios que han confrontado el negocio fiduciario con los *implied trusts* han sido poco habituales, y menos aún desde la perspectiva familiar.

Como señalaba en el apartado segundo de este capítulo, la fiducia básicamente “consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un

³⁹¹ Vid. Entre muchos otros, DE ARESACOCHAGA, Joaquín, *El trust, la fidúcia y figures afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000; CÁMARA, Sergio, *Trust a la francesa*, cit. o, desde una perspectiva más internacional – privatista, CHECA, Miguel, *El trust angloamericano en el Derecho espanyol*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista³⁹². Los *implied trusts*, a diferencia de los que tienen carácter expreso, normalmente son establecidos por la ley, con independencia de la voluntad de las partes. Kevin y Susan GRAY lo exponen de la siguiente manera:

“[I]mplied trusts arise by operation of the law, *albeit against the background of the parties’ actual or presumed intentions* [la cursiva es mía] (...). The documentary requirements normally imposed by statute on the creation and operation of trusts have no application (...). Claims of resulting and constructive trust feature in those cases where parties are unable to found their allegation of beneficial entitlement on any enforceable express trust, their hopes of success being relegated, therefore, to the contention that an implied trust of some variety has been generated in their favour³⁹³.

Asimismo, como sabemos, dentro de los *implied trusts* podemos distinguir entre dos modalidades: la del *resulting* y la del *constructive trust*. El primer caso se da, decía en el capítulo primero, cuando un sujeto compra un determinado bien y lo inscribe a nombre de otro o cuando realiza una contribución pecuniaria para la adquisición de una cosa cuyo titular es distinto al que ha satisfecho, total o parcialmente, la contraprestación³⁹⁴. El segundo tiene lugar cuando hay un acuerdo o entendimiento entre dos sujetos en virtud del cual ambos convienen en compartir el *beneficial interest* de un determinado bien³⁹⁵.

Tanto el negocio fiduciario como los *implied trusts* son figuras que se construyen fuera del texto de la ley. En este sentido, son la doctrina y sobre todo la jurisprudencia quienes se encargan de

³⁹² STS, 1ª, 29.11.2007 (RJ 2007\8454); MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

³⁹³ *Land Law*, cit., p. 326.

³⁹⁴ Vid. la nota 138. En idéntico sentido, VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., p. 244.

³⁹⁵ Vid. VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, cit., p. 295. A mayor abundamiento, vid. el apdo. 6.5 del capítulo primero.

definirlos y de señalar sus características y parámetros. También de hacerlos evolucionar (p. ej. en el caso de la fiducia, pasando de la teoría del doble efecto a la de la titularidad fiduciaria o, en el caso de los *trusts* sobre la vivienda familiar, priorizando el *common intention constructive* por encima del *presumed intention resulting*)³⁹⁶. Con todo, no es menos cierto que mientras que en España el negocio fiduciario es una construcción jurídica que no se regula en el Código civil -si bien normalmente se relacionan con ella los arts. 1255 y 1277 CC-, los *implied trusts* sí que encuentran arraigamiento legal -a pesar de no entrar en cuestiones de contenido- en la *Law of Property Act 1925* [secc. 53 (2)], que debe ponerse en relación con la sección 14 de la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, de carácter procesal.

Desde el punto de vista de su formación, el negocio fiduciario se perfecciona con el consentimiento (art. 1258 CC), sin que sea necesario documentarlo de ninguna manera en concreto puesto que impera la libertad de forma (art. 1278 CC). Sin embargo, dado que los pactos verbales en la práctica son difíciles de probar, es recomendable utilizar documentos escritos que amparen la efectiva existencia de fiducia. En el caso de los *implied trusts*, la situación es distinta: mientras que el *presumed intention resulting trust* emerge de forma automática, sin necesidad de probar la voluntad de las partes, solo porque A contribuye económicamente a la adquisición de un bien o lo pone a nombre de B, el *common intention constructive trust* surge cuando se cumple alguno de los dos criterios de la fase de adquisición descritos en el caso *Lloyds Bank v Rosset* y conocidos como “*Rosset 1*” y “*Rosset 2*”. Así, decía en el capítulo primero, es necesario: (a) que las partes expresen un acuerdo o voluntad en común (*express common intention*) de compartir el *beneficial interest* sobre un determinado bien y que, como consecuencia de ello, una de las partes haya actuado en contra

³⁹⁶ Vid. por ejemplo los casos de *Stack v Dowden* y de *Jones v Kernott*.

de su propio interés (*detrimental reliance*) (“*Rosset 1*”) o (b) que este acuerdo o voluntad en común pueda inferirse atendiendo a la conducta de las partes y, más específicamente, a las contribuciones económicas directas realizadas para el pago de la contraprestación o amortización del préstamo hipotecario (“*Rosset 2*”)³⁹⁷.

5.2.2. Similitudes

De lo expuesto en el apartado anterior se desprende que tanto la fiducia como los *implied trusts* tienen algunas características en común. A grandes rasgos nosotros observamos un mínimo de seis, tres de las cuales (primera, segunda y tercera) también se aplican a los *express trusts*:

La primera es que ambas figuras dividen el derecho real de propiedad en dos planos distintos: en uno A consta como titular formal/legal respecto de un determinado bien; en otro es B quien ostenta, total o parcialmente, la propiedad real de la cosa. En la fiducia esta distinción, aunque controvertida, se canaliza reconociendo al B una titularidad fiduciaria respecto del bien que está en poder de A. En los *trusts* esta división de la propiedad distingue entre el *legal* y el *beneficial interest*³⁹⁸.

La segunda es que tanto en la fiducia como en los *implied trusts* hay una suerte de patrimonio de afectación que no se integra en la masa patrimonial del fiduciario o del *trustee* y que queda a salvo de las reclamaciones de los terceros acreedores³⁹⁹. En el caso de la fiducia *cum amico* este patrimonio de afectación es muy claro: aquello que el fiduciante entrega al fiduciario para los fines que ambos

³⁹⁷ Vid. para una explicación más detallada sobre la fase de adquisición del *common intention resulting trust*, el apdo. 6.5.2 del capítulo primero.

³⁹⁸ Vid. a mayor abundamiento sobre este punto, el apartado 6.1 del capítulo primero.

³⁹⁹ En relación con el concepto de “patrimonio de afectación”, vid. CÁMARA, Sergio, *Trust a la francesa*, cit., pp. 8 y 9.

acuerdan. En lo que respecta a los *trusts*, aunque quizá la terminología de “patrimonio de afectación” no es la más adecuada, lo cierto es que el *trustee* custodia un bien o bienes cuyo *beneficial interés* no le corresponde, o como mínimo no enteramente. De ahí que, como sucede en *Lloyds Bank v Rosset*, a menudo el *beneficiary* pretenda que se le reconozca un interés basado en la equidad en casos de *single ownership* donde su pareja, único titular legal del bien, resulta insolvente.

La tercera es tanto el fiduciario como el *trustee* deben gestionar o administrar un patrimonio que les es ajeno. En el primer caso, dice CÁMARA, “[l]a titularidad fiduciaria [*cum amico*] (...) es un instrumento en interés y beneficio total del fiduciante. Su carácter temporal y transitorio viene delimitado por la duración de la causa de gestión, custodia o administración del bien”⁴⁰⁰. En el segundo, aunque las partes no acuerden expresamente, lo cierto es que el que consta como titular legal del bien y lo administra realizando, por ejemplo, tareas de gestión ordinaria como el pago de facturas o impuestos, está custodiando y administrando también (aunque sea indirectamente) la *beneficial ownership* del que no lo es.

La cuarta es que la voluntad de las partes es un elemento esencial para ambas figuras si bien, en relación con los *implied trusts*, ésta solo tiene incidencia cuando hablamos del *common intention constructive trust*. El negocio fiduciario se fundamenta básicamente en la confianza y en la voluntad de los que lo celebran. Como hemos podido ver en los *Escenarios I, II y III*, los tribunales siempre buscan averiguar cual es la intención de las partes y, en función de ésta, resuelven. El *common intention constructive trust* nace también de una declaración de voluntad, expresa o tácita, de las partes. En este sentido, la *common intention* es, como sabemos, fundamental para superar la fase de adquisición y que pueda ser

⁴⁰⁰ *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, cit., p. 1810.

reconocido un interés basado en la equidad a la parte que lo solicita⁴⁰¹.

La quinta es que no es necesario documentar ni la fiducia ni los *implied trusts* de ninguna forma en concreto; de hecho, estos últimos se caracterizan precisamente por la ausencia de forma escrita. En otro caso estaríamos ante un *express trust*. En el caso del negocio fiduciario, entendido éste como autónomo de la simulación y perfectamente válido en nuestro ordenamiento jurídico, solamente se requiere, como sabemos, del consentimiento de las partes (art. 1258 CC), sin que sea necesario que conste por escrito (art. 1278 CC).

Finalmente, y ligado con el párrafo anterior, tanto en el negocio fiduciario como en los *implied trusts* suele haber importantes dificultades a la hora de acreditar su existencia. Durante el matrimonio o la convivencia en pareja estable las partes no suelen poner por escrito los acuerdos a los que llegan o la voluntad que tienen a la hora de realizar un determinado negocio jurídico⁴⁰². Por ello, tanto en el *common intention constructive trust* como en la fiducia determinar el querer de los cónyuges o convivientes es una tarea que puede llegar a ser extremadamente complicada.

5.2.3. Diferencias

Pese a que entre la fiducia española y los *implied trusts* anglosajones existen notables semejanzas, lo cierto es que también

⁴⁰¹ *Vid.* en relación con la *common intention*, el apartado 6.5.2, letra a), del capítulo primero.

⁴⁰² La situación es idéntica antes de la celebración del matrimonio. Los futuros consortes acostumbran a tener una visión excesivamente optimista de su futuro en común. Y eso, entre otros factores, propicia que sean pocos los que opten por hacer capitulaciones matrimoniales. Sobre este particular, en Inglaterra y Gales el carácter vinculante (o no) de los denominados *pre-nuptial agreements* ha sido fuente de importantes controversias. *Vid.* a mayor abundamiento sobre este particular, THE LAW COMMISSION, *Marital Property Agreements*, cit.

hay algunas diferencias. Al margen de que ambas figuras tienen su propia lógica y pertenecen a dos familias legales distintas -*Civil Law* y *Common Law*-, pueden destacarse un mínimo de tres:

La primera es que el negocio fiduciario nace como consecuencia del ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), el cual “(...) implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autoreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas”⁴⁰³. Las partes pueden elegir, además del ordenamiento jurídico aplicable para resolver los conflictos, desde celebrar o no el negocio hasta el tipo y objeto negocial; desde los elementos naturales del negocio (desplazamiento de normas dispositivas) hasta los accidentales del mismo (imposición de condición, término y modo)⁴⁰⁴. En los *implied trusts* en cambio -con la excepción del *common intention constructive trust*- el querer de las partes queda en un segundo plano; como decía en el apdo. 5.2.1. del presente capítulo, éstos emergen como consecuencia de lo previsto en la ley y, más concretamente, de los principios que regulan el Derecho de equidad.

La segunda es que la fiducia se caracteriza, entre otras cosas, por: (a) la desproporción entre el medio jurídico utilizado y la finalidad práctica que las partes pretenden obtener y (b) la confianza hacia la persona que se hace la atribución patrimonial⁴⁰⁵. En los *implied trusts* -a diferencia de los *express trusts*, donde el patrimonio de afectación se halla ligado a la finalidad del *trust*-, la desproporción es un elemento ajeno; de hecho, éstos emergen justamente con el fin

⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, cit., p. 143.

⁴⁰⁴ Vid. SALVADOR, Pablo / AZAGRA, Albert / FERNÁNDEZ, Antonio, *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*, InDret 3/2004, p. 2 (www.indret.com).

⁴⁰⁵ Vid. acerca de estos dos elementos, el apdo. 2.2.1 del presente capítulo.

de evitar situaciones desproporcionadas y de manifiesta injusticia para una de las partes. La confianza sin embargo, aún no siendo un elemento característico de los *implied trusts*, sí que puede ser una variable a tener en cuenta, sobretodo en el contexto familiar. Así, por ejemplo, en el *common intention constructive trust* o incluso en el *proprietary estoppel*, se requiere de un *detrimental reliance*, perjuicio que solamente se explica por la confianza que una parte deposita en la otra.

La tercera es que, históricamente, en la fiducia *cum amico* no han existido presunciones concretas y ciertas -y menos aún en el ámbito familiar- para identificar cuando existe un negocio fiduciario. La tendencia ha sido desestimarlos cuando el *pactum fiduciae* no puede probarse por los medios establecidos en el art. 299 de la LEC. Con todo, como decía en el apdo. 4.4.1, parece que actualmente esta situación está cambiando y que, a falta de prueba suficientemente clara, los tribunales pueden ampararse en algunas orientaciones que, eventualmente, pueden contribuir a esclarecer si hay fiducia o no. En los *implied trusts*, por el contrario, las presunciones juegan un papel central. Así, respecto del *common intention constructive trust*, en la fase de adquisición se presume la *common intention* siempre que se satisfagan los requisitos de “*Rosset 2*”, mientras que en la de cuantificación con *joint ownership* operan las presunciones de “equality is equity” y “equity follows the law”. Cada parte ostenta por defecto la mitad de la *beneficial ownership* sobre el bien a menos que, por los hechos y circunstancias del caso, sea razonable apartarse de este criterio.

5.3. LA POSIBLE FAMILIARIZATION DEL NEGOCIO FIDUCIARIO MEDIANTE EL USO DE IMPLIED TRUSTS

5.3.1. La dificultad de acreditar el *pactum fiduciae*

En la introducción de este trabajo me cuestionaba acerca de si sería factible iniciar en Cataluña un proceso de *familiarization* en casos donde, ante la ausencia de normas específicas del Derecho de familia, se apliquen soluciones propias de otras ramas del Derecho civil patrimonial.

La fiducia, presente como hemos visto en controversias entre cónyuges o convivientes en pareja estable, es un negocio que tiene sus propias características y su propia dinámica. En ningún caso debe considerarse (como se intenta en algunos litigios) una suerte de remedio autónomo o paralelo al régimen de separación de bienes y a la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. La lógica del régimen económico matrimonial es una y la del negocio fiduciario otra, sin que este último deba alterar o desnaturalizar el primero. Con todo, como señalaba en el apdo. 3.5 de este capítulo, ello no impide que en algunos casos la fiducia sea una excepción a la regla de las adquisiciones onerosas, que intenta preservar el sistema de adquisición de titularidades reales.

A pesar de que la norma general es que el principio de titularidad formal prevalece por encima de cualquier otro, si se consigue probar la existencia de fiducia el mencionado principio debería quedar desplazado puesto que el que consta y actúa como propietario (por ejemplo, A) en realidad es fiduciario de su pareja, B. Aunque controvertido, defiendo el desdoblamiento de la propiedad en dos categorías distintas donde, en la relación externa, el fiduciario aparezca ante terceros como titular dominical mientras que, en la relación interna, el auténtico propietario sea el fiduciante.

El problema de fondo radica en que si bien a menudo se invoca la existencia de fiducia tras la ruptura del matrimonio o la convivencia, no siempre es fácil acreditar el previo *pactum fiduciae* entre las partes. Por lo general, los medios de prueba que establece la LEC (interrogatorio de las partes o testigos, periciales,

documentales, etc.) no se ajustan bien al hecho familiar debido a que los cónyuges o convivientes no suelen documentar por escrito sus acuerdos. Lo mismo sucede en Inglaterra y Gales, donde los *express trusts of land* son mucho menos habituales que los *implied trusts*. Sin embargo, que no pueda aportarse un documento público o privado en el que expresamente se reconozca la fiducia, no significa necesariamente que ésta no exista o que, en su momento, no fuera acordada entre las partes.

Los tribunales deben resolver, ante todo, atendiendo a la que fue la voluntad real de los litigantes. Es por ello que, ante la ausencia de unas pruebas que difícilmente se podrán aportar en el contexto familiar, las presunciones y demás criterios que permiten inferir el querer de las partes deberían tener un papel relevante. Como sucede en el *common intention constructive trust*, que progresivamente se ha ido imponiendo al *presumed intention resulting trust* por ser menos rígido y permitir una mayor discrecionalidad judicial, en casos donde se alega fiducia *cum amico* entre cónyuges o convivientes creo que la autoridad judicial debería poder estimar o desestimar su existencia amparándose en criterios expresamente diseñados para operar en el marco de las relaciones afectivas. En el subapartado siguiente indico algunos de los que, a mi juicio, podrían ser buenos indicadores para presumir la existencia de negocio fiduciario en el contexto familiar.

5.3.2. Criterios basados en el *common intention constructive trust* para familiarizar la fiducia

a. La contraprestación

El ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales y, más concretamente, el Derecho de *equity and trusts*, ofrece algunas soluciones que pueden ayudar en el proceso de *familiarization* del

negocio fiduciario. Entre ellas destacan las presunciones que se articulan entorno a la contraprestación.

Como veía en el capítulo primero, tanto en el *presumed intention resulting trust* como en la fase de adquisición del *common intention constructive trust* (“*Rosset 2*”), el desembolso de una determinada cantidad de dinero para adquirir un bien tiene una importante incidencia en el reconocimiento de la *beneficial ownership*. Aunque de forma imperfecta, éste es un punto de partida que permite presumir la voluntad o el propósito en común de las partes. A grandes rasgos la lógica es la siguiente: si alguien contribuye económicamente al pago total o parcial de la contraprestación -y se desprende, por lo tanto, de parte de su patrimonio- es porque cree tener garantizado un interés sobre el bien que se adquiere. Este modo de ver las cosas, sin embargo, no es compartido por otros sistemas donde también impera la separación de bienes durante la convivencia. Así, en Cataluña, el art. 232-3, adpo. 1, CCCat parte de una posición distinta y entiende que los pagos realizados por A para que B, su cónyuge, adquiriera un bien responden al ánimo de liberalidad del primero.

En un supuesto habitual (como exponía en el *Escenario II*) donde uno de los cónyuges o convivientes invoca la existencia de una fiducia *cum amico* y solamente alega para demostrarla el mencionado pago de la contraprestación, entiendo que la autoridad judicial debería desestimar el caso puesto que éste no puede ser el único criterio que permita el reconocimiento del negocio fiduciario. De ser así se acabaría vaciando de contenido la presunción de donación del art. 232-3, adpo. 1, CCCat, algo que a todas luces va en contra de lo querido por el legislador. No obstante, sí creo que demostrar el efectivo pago por parte de quien alega ser fiduciante

puede ser un primer e importante paso para inferir la existencia de fiducia *cum amico*⁴⁰⁶.

Defender que las personas -incluso los cónyuges o convivientes- no se desprenden gratuitamente de su patrimonio es un argumento que en algunos casos puede tener sentido. Si se realiza una contribución económica para adquirir un bien es porque, quizá, se espera obtener algo a cambio (p. ej. ostentar su propiedad). Aunque en el régimen de separación catalán esta lógica sea la opuesta -fundamentalmente porqué la norma intenta dar razón de la causa más probable que motiva las atribuciones patrimoniales entre cónyuges, esto es, el ánimo de liberalidad, así como mitigar el rigor del régimen económico a través de la suerte de compensación económica anticipada- ello no debe impedirnos considerar que el pago de la contraprestación puede ser también un indicio de fiducia: A paga ya que se sabe fiduciante del bien que constará a nombre de B. El problema es que, como ya apuntaba, este razonamiento choca con lo dispuesto por el art. 232-3, apdo. 1, *in fine* CCCat. Por esto defiendo que para inferir la existencia de fiducia es necesario acreditar la contraprestación, pero no solo. Además debe valorarse la concurrencia de otros criterios que, creo, podemos implementar del sistema de Inglaterra y Gales y, más concretamente, de la fase de cuantificación del *common intention constructive trust*.

b. Los criterios de Stack v Dowden

En la fase de cuantificación los tribunales ingleses no se centran en la contraprestación sino en el porcentaje del *beneficial interest* que corresponde a cada parte. Como decía en el apdo. 6.5.3. del capítulo primero, aunque en los casos de *joint ownership* se presume que cada conviviente ostenta el cincuenta por ciento del *legal* y del

⁴⁰⁶ En la misma línea, *vid.* el apdo. 4.4.1. de este capítulo. En él se citan algunas orientaciones que el TS ha establecido para el reconocimiento del negocio fiduciario.

beneficial interest, es posible desplazar esta presunción demostrando que el reparto por mitades equitativas no se corresponde con la realidad buscada o acordada por las partes. En este sentido, en el caso *Stack v Dowden* se señalan hasta diez variables que, combinadas entre sí, permiten al juzgador inferir la verdadera *common intention* de los convivientes y, por lo tanto, desmarcarse del citado reparto equitativo. Concretamente, el párrafo 69 de la sentencia enuncia:

“In law, "context is everything" and the domestic context is very different from the commercial world. Each case will turn on its own facts. Many more factors than financial contributions may be relevant to divining the parties' true intentions. These include:

- 1.- any advice or discussions at the time of the transfer which cast light upon their intentions then;
- 2.- the reasons why the home was acquired in their joint names;
- 3.- the reasons why (if it be the case) the survivor was authorised to give a receipt for the capital moneys;
- 4.- the purpose for which the home was acquired;
- 5.- the nature of the parties' relationship;
- 6.- whether they had children for whom they both had responsibility to provide a home;
- 7.- how the purchase was financed, both initially and subsequently;
- 8.- how the parties arranged their finances, whether separately or together or a bit of both;
- 9.- how they discharged the outgoings on the property and their other household expenses. (...)
- 10.- The parties' individual characters and personalities may also be a factor in deciding where their true intentions lay. (...).”

Pese a que algunos de estos criterios (p. ej. la variable núm. 6, acerca de la responsabilidad de proveer un hogar para los hijos) son completamente ajenos a la lógica del negocio fiduciario, otros sí que pueden ser relevantes para conocer la intención de las partes e inferir, si fuera el caso, la existencia de fiducia. Desde esta perspectiva, junto con el pago de la contraprestación, pienso que la autoridad judicial debería examinar también:

(a) Las manifestaciones o declaraciones entre las partes o entre éstas y terceros cuando, supuestamente, se celebró el negocio fiduciario (*Criterio 1*).

(b) La razón y/o el propósito por el que se adquirió el bien respecto al cual se reclama la titularidad fiduciaria y se puso a nombre del fiduciario (*Criterios 2 y 4*).

(c) El tipo de relación afectiva entre las partes así como su duración (*Criterio 5*).

Además sería interesante valorar, aunque ello no forme parte de las variables del párrafo 69 de *Stack v Dowden*, si el que aduce ser fiduciante mantenía bajo su control el bien respecto al cual solo su pareja constaba como titular. Como se indica en la SAPB, 1ª, 7.10.2008 (AC 2009\34); MP: José Luis Barrera Cogollos, ello puede ser un indicio para presuponer que las partes realizaron un negocio fiduciario entre sí. Con todo, como ya decía en el apartado 4.4.1 de este capítulo, seguramente esta última variable es más propia de simulación que de fiducia.

Estos tres criterios [(a); (b) y (c)] más el pago de la contraprestación deberían ser, en mi opinión, indicio suficiente para que la autoridad judicial pudiera inferir la existencia de un *pactum fiduciae* entre las partes aún no poderse aportar prueba documental por parte del cónyuge o conviviente que alegara ser fiduciante. Asimismo, las mencionadas variables también contribuirían a adaptar mejor la fiducia al ámbito familiar, aunque sin desnaturalizarla. En definitiva, a familiarizarla.

CAPÍTULO CUARTO

Gastos y mejoras realizados por un cónyuge o conviviente en el patrimonio del otro

1. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, durante la convivencia matrimonial o en pareja estable es habitual que surjan problemas relacionados con la adquisición de bienes o con la celebración de contratos y otros acuerdos de carácter fiduciario entre los miembros de la pareja. Sin embargo, las situaciones conflictivas no terminan ahí. Allí donde rige la separación de bienes, son también problemáticos los casos en los que un cónyuge o conviviente realiza inversiones en bienes que forman parte del patrimonio del otro (o en los bienes comunes, en caso de adquisición conjunta) con el objetivo de mejorarlos. Por lo general, tales inversiones no se circunscriben a un solo modelo; son variadas, presentan distinta naturaleza y no pueden abordarse desde una única norma. Así, solamente a título ejemplificativo, podemos encontrar los siguientes escenarios:

Escenario I: A paga con cargo a su patrimonio privativo la amortización de un préstamo hipotecario contraído para adquirir la vivienda familiar, propiedad de B⁴⁰⁷.

Escenario II: A trabaja en un establecimiento mercantil o profesional perteneciente a B. Gracias a la dedicación de A, el negocio prospera y aumenta de valor. Sin embargo, la

⁴⁰⁷ Vid. por ejemplo, la SAPT, 3ª, 7.2.2003 (JUR 2003\192895); MP: Juan Carlos Artero Mora o la SAPB, 14ª, 30.11.1998 (AC 1998\2451); MP: José Luis Jori Tolosa.

contraprestación que A percibe es inexistente o insuficiente (no se corresponde con su valor usual de mercado)⁴⁰⁸.

Escenario III: A invierte recursos de su patrimonio en mejorar un bien del que B es propietario / copropietario.⁴⁰⁹.

En este capítulo analizaré distintos casos de gastos y mejoras, ya sean por amortización del préstamo hipotecario, trabajo o por inversión de capital. Dadas las características de la convivencia en pareja estable o del régimen de separación de bienes que, como hemos visto, no reconoce a los cónyuges derechos reales ni de crédito sobre el patrimonio del otro por el mero hecho del matrimonio o la convivencia, es importante identificar a la luz de reglas propias del Derecho de familia y de otras normas del

⁴⁰⁸ Vid. por ejemplo, la STSJC 14.2.2013 (JUR 2013\171846); MP: Nuria Bassols Mundada o las SSAPB 18ª, 26.5.2014 (JUR 2014\179424); MP: Francisco Javier Pereda Gámez; 12ª, 24.7.2013 (JUR 2013\330782); MP: Joaquín Bayo Delgado; 12ª, 18.1.2008 (JUR 2008\106802); MP: Mª José Pérez Tormo; 12ª, 5.4.2012 (JUR 2012\180380); MP: Pascual Ortuño Muñoz. Vid. también, aunque más centradas en la aplicación de conocimientos de trabajo para realizar obras de mejoras en bienes inmuebles, la STSJC 6.10.2011 (RJ 2012\669); MP: Carlos Ramos Rubio; la SAPT, 1ª, 15.1.2007 (JUR 2007\133358); MP: José Luis Portugal Sainz o la SAPL, 1ª, 27.9.2001 (JUR 2001\275955); MP: Luis Fernando Ariste López. En Inglaterra y Gales *vid.*, por ejemplo, los casos *James v Thomas* [2007] EWCA Civ 1212; *Lloyds Bank v Rosset* [1990] UKHL 14, [1991] 1 AC 107 (HL); *Eves v Eves* [1975] 3 All ER 768 (CA); *Jansen v Jansen* [1965] 3 All ER 363 (CA) o *Appleton v Appleton* [1965] All ER 44 (CA).

⁴⁰⁹ Vid. por ejemplo, la STSJC 26.5.2005 (RJ 2005\6880); MP: María Eugenia Alegret Brugués; la SAPG, 2ª, 6.5.2002 (JUR 2002\186562); MP: Jaime Masfarré Coll o las SSAPB, 11ª, 21.9.2009 (JUR 2009\491983); MP: María del Mar Alonso Martínez; 12ª, 28.7.2009 (JUR 2009\416928); MP: Paulino Rico Rajo; 12ª, 27.11.2002 (JUR 2003\61835); MP: Pascual Ortuño Muñoz. En relación con este mismo escenario, pero introduciendo la variable de que las mejoras se realizan en una parcela sobre la que posteriormente se edifica un inmueble (por lo general, la vivienda familiar), *vid.* por ejemplo, la STSJC, 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: Jesús Corbal Fernández; la SAPG, 2ª, 23.2.2011 (AC 2011\947); MP: José Isidro Rey Huidobro o la SAPB, 12ª, 15.9.2004 (JUR 2004\292890); MP: Ana Jesús Fernández San Miguel. n Inglaterra y Gales *vid.*, por ejemplo, los casos *Drake v Whipp* [1996] 1 FLR 826 CA; *Midland Bank v Cooke* [1995] 2 All ER 562 (CA) o *Pettitt v Pettitt* [1970] AC 777 (HL).

Derecho civil patrimonial qué pretensiones pueden reconocerse a aquél que invierte para mejorar el patrimonio del otro. No obstante, previamente me referiré a los conceptos de “gasto” y “mejora” así como a la clasificación que de éstos puede hacerse.

2. GASTOS Y MEJORAS

2.1. CONCEPTO

Ni la sección primera del capítulo segundo (arts. 232-1 a 232-12) ni del capítulo cuarto (arts. 234-1 a 234-14) del título tercero del Libro segundo del CCCat contienen una disposición específica que defina qué debe entenderse por “gasto” o “mejora”. La actual legislación, siguiendo la senda de la CDCC de 1960 y sus posteriores reformas, rehúsa regular en sede de régimen económico de separación de bienes o de convivencia en pareja estable -a excepción de la compensación económica por razón del trabajo- aquellas situaciones en las que un cónyuge o conviviente contribuye a mejorar el patrimonio del otro o los bienes comunes. Sin embargo, ello no impide que pueda indagarse en el concepto de “mejora” y sus clases.

Remitiéndonos a las reglas generales del Derecho de propiedad, el Libro quinto establece, al regular la posesión, un conjunto de normas que determinan como debe procederse en sede de liquidación posesoria. Estas disposiciones, si bien actualmente tienen un ámbito de aplicación más reducido que antaño gracias a la aprobación de leyes específicas -como la LAU⁴¹⁰ o la LAR⁴¹¹- que las desplazan en sus respectivos ámbitos (*lex specialis derogat legi*

⁴¹⁰ Vid. los arts. 21 y ss. de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (BOE núm. 282, de 15 de noviembre de 1994).

⁴¹¹ Vid. los arts. 17 y ss. de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003).

generali), continúan siendo, a mi entender, el sustrato común o la base de la que debe partirse cuando, al finalizar una determinada relación jurídica (por ejemplo, vencimiento en la posesión por parte de un mejor poseedor), debe determinarse a quién pertenecen las inversiones que un sujeto ha hecho sobre un patrimonio ajeno o cómo se compensan, si procede⁴¹².

Tomando como referencia este marco jurídico, el CCCat distingue entre los conceptos de “gasto” y “mejora”. En este sentido, de la lógica del art. 522-4 CCCat se desprende que “gasto” equivale al coste total de la inversión, mientras que “mejora” es el valor que resulta de la mencionada inversión (y que puede no coincidir con el gasto).

Tal distinción tiene sentido. De hecho, y a pesar de que el CC no diferencie claramente entre ambos conceptos⁴¹³, esto es lo que tradicionalmente ha defendido la doctrina española. Como ya apuntaba MANRESA, “[g]asto equivale a desembolso, dispendio que se hace, cantidad que se invierte. Mejora es aumento de valor de la cosa, acrecentamiento de su utilidad, beneficio real, esencial o accidental, sobre lo que existía (...). Cosas distintas son el gasto y la utilidad que ese gasto puede proporcionar. Hay gastos que no producen mejora y viceversa, mejoras que no reclaman gasto”⁴¹⁴. En un sentido similar, DÍEZ-PICAZO señala que “parece que el gasto o impensa es un puro desembolso pecuniario que el poseedor ha hecho. La mejora, en cambio, consiste en un incremento patrimonial producto de una especial actividad que desemboca en un aumento

⁴¹² Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, 5ª ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 763.

⁴¹³ Vid. los arts. 453 y 454 CC, sobre los gastos necesarios, útiles y suntuarios.

⁴¹⁴ *Comentarios al Código civil español*, T. IV, 3ª ed., Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1910, p. 260.

de valor de la misma. Este aumento de valor puede ser debido al gasto, pero puede ser también independiente de él”⁴¹⁵.

Las mejoras presentan tres características fundamentales⁴¹⁶: (a) son resultado de la actividad humana, ya sea por la realización de un gasto pecuniario o por el desarrollo de una prestación de trabajo personal⁴¹⁷ -consecuentemente, entiendo que no cabe hablar de “mejoras provenientes de la naturaleza o el tiempo” (como lo hace por ejemplo el art. 456 CC) puesto que, propiamente, estos son casos de accesión⁴¹⁸-; (b) deben aumentar el valor, la utilidad o el rendimiento de la cosa a la que se incorporan y (c) deben ser perdurables en el tiempo o, como mínimo, deben subsistir en el momento en que se reclaman.

2.2. CLASES

Antes de la aprobación del CCCat, el legislador catalán hacía referencia en varias ocasiones a las mejoras. Y lo hacía atribuyéndoles en carácter de “necesarias” (art. 32.2 CF o art. 69 CS), “útiles” (art. 85 CS), “voluntarias” (disposición transitoria duodécima CCCat) o, simplemente, clasificándolas de “otras mejoras” (art. 32.2 CF). Actualmente la mayoría de estas

⁴¹⁵ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, cit., p. 767.

⁴¹⁶ Vid. para las dos primeras DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 1997, p. 6 y ss.

⁴¹⁷ Vid. en este sentido MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. VI, Edersa, Madrid, 1980, p. 295. Este autor señala que “el concepto de gasto viene a comprender, no solamente la inversión de capital o la adición de una cosa, sino también el empleo de trabajo”.

⁴¹⁸ Así parece haberlo entendido el legislador catalán, que no ha introducido en el CCCat un artículo como el 456 CC. Vid. en este sentido, y a mayor abundamiento, LAUROBA, Elena, “Comentario al art. 522-4”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008, p. 222.

disposiciones han sido reformuladas, excluyendo dichas menciones. Con todo, el art. 232-25 CCCat, incardinado en el régimen de asociación de compras y mejoras característico del campo de Tarragona, sigue distinguiendo, al margen de lo dispuesto en sede de liquidación de estados posesorios, entre “mejoras derivadas de impensas útiles” y “mejoras derivadas de la liberación de cargas y gravámenes”. Interpretando que, en este caso, “mejora” significa “aumento de valor de los bienes de cualquiera de los asociados”, las primeras incluyen “todos los aumentos de valor obtenidos por el trabajo, industria o inversiones realizadas en la cosa; se tiene en cuenta tanto la inversión realizada en forma de capital como hecha en forma de trabajo, entendiéndose trabajo en el sentido de actividad profesional del asociado [generalmente el cónyuge]”⁴¹⁹. Por el contrario, las segundas incluyen “la redención de censos o censales, a lo que se tiene que equiparar también cualquier extinción de derechos reales limitativos de dominio y el pago de deudas”⁴²⁰.

Tomando como referencia la clasificación establecida en el Libro quinto (art. 522-4 CCCat), es posible constatar que, básicamente, existen dos tipos de gastos o mejoras: las necesarias y las útiles. Ello difiere de la clasificación tripartita clásica (Dig. 50, 16, 79), en la que se distinguía entre gastos necesarios, útiles y suntuarios, y de la que se hace en el CC (arts. 453 y 454). La supresión de la tercera categoría se explica por dos razones: la primera es que, como ya señalan los trabajos preparativos del Libro quinto, “la distinción entre gastos útiles y suntuarios puede ser una fuente de problemas, por la dificultad de separarlos”⁴²¹. La segunda es que “los gastos

⁴¹⁹ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Comentari a l’article 232-25”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, p. 342.

⁴²⁰ *Idem*, p. 343.

⁴²¹ OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de*

suntuarios pueden seguir el mismo régimen que los gastos útiles, salvo en el derecho de retención”⁴²². En este sentido, conviene tener presente, por un lado, que el art. 569-4, letra a), CCCat, sobre las obligaciones que originan el derecho de retención, establece que solamente puede hacerse valer este derecho respecto los gastos necesarios y los gastos útiles. Por otro lado, que si bien históricamente el *ius tollendi*, esto es, “la facultad del poseedor de retirar las mejoras introducidas por él en una cosa ajena”⁴²³ se predicaba exclusivamente de los gastos suntuarios, en la nueva redacción del CCCat parece que también las mejoras útiles pueden ser objeto de separación⁴²⁴.

Seguidamente desarrollo -brevemente- los conceptos de “gasto necesario” y de “gasto útil” establecidos en el Libro quinto.

2.2.1. Los gastos necesarios

Tradicionalmente, los gastos necesarios se han considerado como aquellas inversiones cuya omisión da lugar a la pérdida de la cosa. Concretamente, señala el Digesto, son gastos necesarios *quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*⁴²⁵. Partiendo de esta base, MANRESA afirma que “no son otros que los hechos para la conservación de la cosa (...). Los gastos han de impedir que dicha cosa se empeore o se pierda (...). Conservación quiere decir aquí, por lo tanto, subsistencia de la cosa en sí misma”⁴²⁶. Para este autor, “[l]os gastos necesarios no se consideran como mejoras, no

Catalunya. *Els drets reals.*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Sant Salvador (Lleida), 2003, p. 59.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, cit., pp. 769 y 770.

⁴²⁴ Vid. en este sentido LAUROBA, Elena, “Comentario al art. 522-4”, cit., p. 218.

⁴²⁵ Dig. 50, 16, 79.

⁴²⁶ *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 262.

aumentan la cosa ni le dan más utilidad; solamente la conservan impidiendo que deje de ser útil (...). [É]stos tienen por objetivo evitar que la cosa se desmejore, más propiamente no la mejoran”⁴²⁷. En una línea muy parecida, DíEZ-PICAZO apunta que “[l]os gastos necesarios son aquellos que resultan indispensables para la conservación de la cosa. Comprenden las obras ordinarias de conservación y reparación, la custodia y el pago de las contribuciones y cargas inherentes al goce (...). [S]e deben entender incluidos también los desembolsos realizados para la obtención de los frutos, es decir, lo que en términos económicos se denominan costes de producción”⁴²⁸. Complementando la definición de gastos necesarios, aunque poniendo menos énfasis en el aspecto de la conservación, MARTÍN PÉREZ afirma que son gastos necesarios “los referidos al mantenimiento de la función económica de la cosa, ponderados según las circunstancias concretas e incluyendo los que se refieran a su libertad o disponibilidad jurídica, y excedan las atenciones normales de simple mantenimiento o aquellas que, jurídicamente, constituyan cargas que de modo normal y periódico recaen sobre la cosa”⁴²⁹.

A pesar de que los gastos necesarios admiten varias clasificaciones, la distinción más habitual se realiza entre gastos ordinarios y extraordinarios⁴³⁰. Los primeros “son aquellos que derivan habitualmente del uso y disfrute de la cosa, y se suponen cargas de goce y aprovechamiento de la cosa que el poseedor ha de soportar por ello”⁴³¹. Por el contrario, los segundos “son todos aquellos que exceden de la simple conservación o reparación de la cosa que se posee, y que, por lo tanto, no merecen el calificativo de ordinarios.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, cit., p. 767.

⁴²⁹ MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 297.

⁴³⁰ En derecho comparado esta distinción también ha cristalizado. Son ejemplo los §§ 994 y 995 del BGB o el art. 1150 del Código civil italiano.

⁴³¹ DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., p. 19.

Su necesidad no surge del simple uso y disfrute, sino de causas de mayor importancia y de carácter inhabitual⁴³². En el derecho catalán, tal distinción resulta especialmente clara en materia de usufructo. En este sentido, el art. 561-12, apdo. 1, CCCat establece que corren a cargo de los usufructuarios “los gastos de conservación, mantenimiento, reparación ordinaria y suministro de los bienes usufructuados, y los tributos y tasas de devengo anual”. Por el contrario, el apartado tercero señala que “[l]os gastos de reparaciones extraordinarias que no derivan de ningún incumplimiento de los usufructuarios corren a cargo de los nudos propietarios”.

En sede de liquidación de estados posesorios, el actual art. 522-4 CCCat dispone en su primer apartado que “[q]uien tiene un mejor derecho a poseer debe pagar los gastos extraordinarios de conservación hechos en el bien tanto por los poseedores de buena fe como por los de mala fe”. Los ordinarios no son reembolsables sin perjuicio de que, en caso de restitución de frutos, el poseedor de mala fe tenga “derecho al resarcimiento por los gastos necesarios que ha hecho para obtenerlos” (art. 522-3, apdo. 2, CCCat). La lógica subyacente es clara: el poseedor de buena fe debe soportar los gastos necesarios ordinarios puesto que puede hacer suyos los frutos de la cosa, esto es, “sus productos y los demás rendimientos que se obtienen de la misma de acuerdo con su destino” (art. 511-3, apdo. 1, CCCat). En cambio, el poseedor de mala fe no percibe ninguna utilidad al ser vencido en su posesión, por lo que si no se le abonaran los gastos necesarios se produciría un enriquecimiento injusto a favor del que tiene un mejor derecho a poseer⁴³³. Con todo, este criterio puede plantear algunas situaciones injustas que, como señalan DEL POZO, VAQUER y BOSCH, “solo podrán solucionarse

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, cit., p. 768.

forzando la interpretación de gastos extraordinarios, pues no siempre la cosa poseída habrá producido frutos, o su uso habrá generado algún beneficio a su poseedor”⁴³⁴. Ejemplo de ello, señalan estos autores, son los gastos de conservación de una obra de arte que no genera provechos a su poseedor.

Al margen del carácter ordinario o extraordinario, los gastos también pueden distinguirse según: (a) redunden en la conservación física de la cosa; (b) estén dirigidos al mantenimiento de su función o valor económico, o (c) sean gastos civiles. Los primeros, que encajan en la definición defendida por Manresa, impiden el deterioro o la pérdida material del bien, focalizándose en el aspecto físico de la cosa y siendo esenciales para su preservación. Los segundos se llevan a cabo para garantizar la productividad del bien en un futuro o, dicho de otro modo, para evitar que se perturbe su función económica. Los terceros son “los que se refieren al mantenimiento del *status* jurídico de la cosa”⁴³⁵. Son “[g]astos que la ley impone en relación a la condición jurídica de la cosa y que son necesarios, no para evitar que la cosa se deteriore o pierda, sino para que no se pierda para su poseedor. No porque se perturbe la actividad económica de una hacienda sino para que el poseedor pueda seguir aprovechándola”⁴³⁶.

2.2.2. Los gastos útiles

Los gastos útiles, regulados en el art. 522-4 CCCat, se caracterizan “por aumentar la rentabilidad o productividad de la cosa, y por ello aumentan su valor desde el punto de vista de la función económica a la que está destinada. También lo son los que aumenten su valor en venta si la cosa estaba destinada a ser vendida, aunque no

⁴³⁴ *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., p. 56.

⁴³⁵ MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 297.

⁴³⁶ *Idem*, p. 296.

aumenten su productividad⁴³⁷. Algunos ejemplos de esta clase de gastos son la ampliación de una edificación⁴³⁸, la instalación de un aire acondicionado o de escaleras de emergencia⁴³⁹, o la transformación de una masía en un restaurante⁴⁴⁰.

En opinión de MANRESA, “[l]os efectos de los gastos útiles o de mero recreo se llaman mejoras. Son mejoras útiles las que aumentan el producto o causan verdadero provecho o beneficio”⁴⁴¹. En la misma línea se manifiesta DÍEZ-PICAZO al afirmar que “[e]l concepto de gastos útiles (...) se relaciona con el de mejora introducida en la cosa por acción del hombre. Gastos útiles constituyen nuevas inversiones de capital. Por ejemplo, nuevas plantaciones, electrificación, obras de riego [o] nuevos servicios de una finca”⁴⁴².

Sin embargo, esta utilidad “ha de ser en absoluto para todos los que tengan la cosa, no relativa al poseedor u otras personas, esencial y no accidental. Un muro que circuncide una finca, una acequia abierta para el riego, la plantación de vides en un terreno inculto, la instalación del alumbrado, timbres eléctricos en un edificio [o] el hecho de poner ascensor en una casa son gastos útiles a la finca y a

⁴³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, “Comentario al art. 453 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Vol. 1, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1220. *Vid.* en el mismo sentido, LAUROBA, Elena, “Comentario al art. 522-4”, cit., p. 220, o DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., p. 56. Estos últimos autores señalan que son gastos útiles “(...) los que no siendo imprescindibles para la conservación de la cosa, le aportan alguna mejora e incrementan su valor (...)”.

⁴³⁸ *Vid.* la STS, 1^a, 5.4.1994 (RJ 1994\2936); *MP*: Antonio Gullón Ballesteros.

⁴³⁹ *Vid.* la STS, 1^a, 28.2.1991 (RJ 1991\1607); *MP*: José Almagro Nosete.

⁴⁴⁰ *Vid.* la STS, 1^a, 25.10.2005 (RJ 2005\8144); *MP*: José Antonio Seijas Quintana.

⁴⁴¹ *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 266.

⁴⁴² *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, cit., p. 767.

cuantos la posean”⁴⁴³. Dicho en otras palabras, “es preciso (...) independizar la noción de gasto útil de la concreta persona del propietario, para vincularlo a un tipo abstracto (...). Si sirve a este goce el gasto es jurídicamente útil, y no deja de serlo porque el reivindicante, por sus especiales condiciones concretas, no pueda aprovecharlo”⁴⁴⁴.

En relación con estos gastos se ha suscitado la cuestión de si los civiles forman parte (o no) de esta categoría⁴⁴⁵. Autores como MANRESA habían considerado que estos gastos no podían calificarse como útiles dado que la redención de un censo, por ejemplo, “ni tiende a la conservación de la cosa, ni aumenta su valor, porque lo mismo que valía el dominio directo y útil separados, valdrán juntos; ni aumenta la utilidad porque la finca seguirá produciendo lo mismo”⁴⁴⁶. Sin embargo, esta postura contradice la hoy dominante⁴⁴⁷, que entiende que los gastos invertidos “no en mejorar la cosa misma sino su *status* jurídico (...) [s]e incluirían en esta condición de gastos que Pothier llamó de *libération*, referidos a las hipotecas o a las cargas”⁴⁴⁸.

Identificados el concepto y las distintas clases de gastos y mejoras, a continuación procederé a analizar distintos supuestos problemáticos en los que un cónyuge o conviviente en pareja estable invierte parte de sus recursos, sean estos económicos o de otra índole, en el patrimonio del otro o en el común. Dividiré la exposición en tres apartados distintos, estos son: las contribuciones

⁴⁴³ MANRESA, José María, *Comentarios al Código civil español*, cit.

⁴⁴⁴ MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 305.

⁴⁴⁵ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 1220.

⁴⁴⁶ *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 264.

⁴⁴⁷ Vid. entre otros, MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 305; MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 1220 o DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., pp. 49 a 51.

⁴⁴⁸ MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, cit., p. 304.

asociadas al pago de deudas (*Escenario I*); las mejoras introducidas por razón de trabajo (*Escenario II*) y las mejoras por inversión de capital (*Escenario III*).

3. CONTRIBUCIONES ASOCIADAS AL PAGO DE DEUDAS. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La celebración del matrimonio conlleva, entre otras consecuencias, que los cónyuges deban contribuir a soportar las cargas familiares. El legislador catalán, consciente de esta realidad, ha regulado en los arts. 231-2 y ss. del CCCat lo que tradicionalmente se ha denominado régimen primario, esto es, los derechos y deberes que tienen los cónyuges en relación con las necesidades básicas de la familia y, en particular, respecto de la vivienda y de los gastos familiares⁴⁴⁹. Entre los supuestos más frecuentes están aquellos en que un cónyuge A destina parte de sus recursos a la amortización de un préstamo hipotecario contraído para la adquisición de una vivienda familiar cuando: (a) solamente el otro cónyuge, B, es propietario o (b) ambos cónyuges, A y B, lo son pero es A únicamente quien paga. De acuerdo con mi punto de vista, y aunque ello sea controvertido, estas situaciones pueden encajar dentro de la categoría de gastos o mejoras civiles útiles. Así se entiende también en la asociación de compras y mejoras, donde, como señalaba en el apartado 2.2 de este capítulo, el legislador incluye dentro del concepto de mejora “los aumentos de valor de los bienes de cualquiera de los asociados debidos (...) a la liberación de cargas y gravámenes” (art. 232-25, apdo. 5, CCCat). De ahí que analice estos supuestos sobre contribuciones asociadas al pago de deudas y, en particular, del préstamo hipotecario, en el presente apartado.

⁴⁴⁹ Vid. BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERA-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, cit., p. 16.

Utilicemos los hechos del siguiente par de casos para ilustrar la problemática a la que me refiero:

Caso I: SAPT, 3ª, 7.2.2003 (JUR 2003\192895); *MP:* Juan Carlos Artero Mora: Entre finales de 1991 y 1992, las partes empezaron una relación de convivencia. En 1992, la mujer adquirió un inmueble en virtud de un contrato de compraventa celebrado cuando el edificio aún se hallaba en construcción. Al principio, los pagos, de más de 2.500.000 pesetas, corrieron a cargo de la mujer. A mediados de 1994, se elevó el contrato a escritura pública, donde solamente la conviviente constaba como propietaria. En mayo de ese mismo año, se suscribió un préstamo hipotecario (no consta quién lo hizo) para el pago del resto del precio del inmueble. A partir de ese momento, el conviviente fue haciendo ingresos mensuales de 125.000 pesetas en una cuenta corriente conjunta donde estaban domiciliadas las cuotas del préstamo (de 60.000 pesetas), además de otros gastos comunes. Por otro lado, la mujer también fue realizando ingresos periódicos (se desconoce la cuantía) en dicha cuenta y en otra común para atender otros gastos familiares. El 7 de junio de 1997, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. En fecha desconocida, se produjo la ruptura matrimonial.

La mujer demanda a su ex cónyuge y solicita la separación judicial así como la atribución en exclusiva de la vivienda familiar. Por el contrario, el ex marido formula demanda reconvenzional y entiende que la vivienda debe ser considerada como copropiedad de ambas partes. Subsidiariamente, solicita la condena de la esposa a reintegrarle todos los pagos del préstamo hipotecario.

Caso II: SAPB, 14ª, 30.11.1998 (AC 1998\5451); *MP:* José Luis Jori Tolosa: El 17 de agosto de 1987, la demandada adquirió, mediante contrato de compraventa, un inmueble para que posteriormente sirviera de vivienda familiar. El 18 de marzo de 1988 el contrato se elevó a escritura pública y se constituyó una hipoteca de 3.700.000 pesetas cuyo pago se domicilió en una cuenta corriente abierta a nombre de la demandada y de su compañero sentimental, futura parte actora. Los fondos de dicha cuenta provenían del salario del demandante, y en ella se cargaban las amortizaciones del préstamo hipotecario contraído. El 8 de octubre de 1988, las partes se casaron bajo el régimen de separación de bienes. En fecha desconocida, los cónyuges abrieron otra cuenta

corriente conjunta que básicamente se nutría de la nómina de la esposa. Allí se cargaban todos los gastos para el mantenimiento de la familia. El 14 de febrero de 1995, las partes se separaron. Hasta entonces, el marido había amortizado un total de 1.814.656 pesetas.

El ex marido demanda a su ex esposa y ejercita una acción de reembolso. Reclama la cantidad de 2.395.376 pesetas, correspondiente a las amortizaciones del préstamo hipotecario constituido sobre la vivienda familiar (propiedad de la demandada) así como al importe de algunos bienes muebles, también adquiridos por el actor.

El art. 231-6, apdo. 1, CCCat señala que “[l]os cónyuges deben contribuir a los gastos familiares, de la forma que pacten, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios (...)”. Asimismo, el art. 231-5, apdo. 1, CCCat define qué debemos entender por “gastos familiares” partiendo de un elemento subjetivo, esto es, “la familia” y de un límite cuantitativo, “los usos y el nivel de vida familiar”⁴⁵⁰. También realiza una enumeración a título ejemplificativo en la que destacan: “los [gastos] originados en concepto de alimentos, en su sentido más amplio (...)” [letra a)]; “[l]os gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas o demás bienes de uso de la familia” [letra b)] y “las atenciones de previsión, las médicas y las sanitarias” [letra c)]. En todos estos gastos los cónyuges responden solidariamente ante terceros (art. 231-8 CCCat).

La principal innovación del art. 231-5 CCCat respecto de su predecesor, el art. 4 CF, ha sido la modificación de la disposición relativa a la vivienda familiar. En este sentido, ha eliminado (o dejado de considerar como gasto familiar) “los pagos de adquisición o mejora (...) de las viviendas u otros bienes de uso de la familia”.

⁴⁵⁰ *vid.* EGEA, Joan, “Article 4: Despeses familiars”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 96 a 99.

La explicación de este cambio legislativo la encontramos en el preámbulo del Libro segundo, que establece que:

“En cuanto a los gastos familiares, se excluyen los de adquisición y mejora de la vivienda familiar, ya que *son gastos de inversión que es preciso vincular a la titularidad del inmueble* [la cursiva es mía]. De hecho, el Código de familia ya los circunscribía a la parte correspondiente al valor de uso, pero eso tampoco se adecuaba al hecho de que esta misma obligación de contribución no se aplicase también si la vivienda ya pertenecía a uno de los cónyuges antes del matrimonio o bien si la había adquirido a título lucrativo durante este. Por otra parte, si la mencionada regla de contribución se ponía en relación con el régimen de responsabilidad por las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares, tampoco resultaba coherente que el cónyuge no titular pudiese acabar respondiendo de esta obligación de forma solidaria” [Apdo. III, letra c), párr. 4º].

Con esta decisión, el legislador ha intentado poner fin a una larga discusión jurisprudencial en la que los tribunales discrepaban acerca de si la amortización de un préstamo hipotecario contraído para la adquisición de la vivienda familiar debía incluirse en las cargas del matrimonio o no⁴⁵¹. La actual posición dominante defiende, en la línea apuntada por el preámbulo, que las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución (art. 233-23, apdo. 1, CCCat)⁴⁵².

⁴⁵¹ Cfr., por ejemplo, la SAPB, 12ª, 31.7.1998 (AC 1998\6186); MP: *Pascual Ortuño Muñoz*, que considera que el pago de un préstamo hipotecario no se incluye en las cargas del matrimonio, con la SAPB, 14ª, 30.11.1998 (AC 1998\5451); MP: *José Luis Jori Tolosa*, que estima que sí es una carga del matrimonio. A mayor abundamiento, vid. EGEA, Joan, “Article 4: Despeses familiars”, cit., p. 95.

⁴⁵² Vid. por ejemplo, SEUBA, Joan Carles, “Comentari a l’article 231-5”, cit., pp. 78 y 79. Vid. también la STSJC 27.9.2012 (RJ 2012\11149); MP: *José Francisco Valls Gombau*, que casa una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona y establece que, en caso de ruptura, el pago del préstamo hipotecario debe realizarse conforme al criterio del art. 233-23, apdo. 1, CCCat.

Con todo, el problema no ha desaparecido. Así lo ha puesto de relieve LAMARCA, quien señala que “la problemática se mantiene por la singularidad de la vivienda en la economía familiar. La contribución (moderada) del cónyuge no titular a la adquisición hecha por el otro parece que debería mantenerse en el ámbito de los gastos familiares (...), ya sea para negar una inverosímil donación o un préstamo tácito [se entiende que estas últimas serían las causas que justificarían la contribución económica del cónyuge no titular]. Cuestión diferente es la de la vivienda propiedad de ambos cónyuges pero con asunción del pago de las cuotas del préstamo solo a cargo de uno de ellos, que puede resultar excepcionalmente en una pretensión de reembolso (...)”⁴⁵³.

De acuerdo con mi punto de vista, después de la reforma introducida por el Libro segundo, es meridianamente claro que la voluntad del legislador pasa por contabilizar como gastos familiares solamente aquellos que, en liquidación de estados posesorios, se calificarían como “gastos necesarios”. Al margen de la idoneidad (o no) de la decisión, creo que, para resolver supuestos como los anteriormente planteados (*Caso I* y *Caso II*) a la luz del actual CCCat, debemos dejar a un lado las normas del régimen primario y centrarnos en las propias del régimen secundario de separación de bienes o, eventualmente, del Derecho de obligaciones⁴⁵⁴. Consecuentemente, entiendo que desde una perspectiva *ad intra*, esto es, de las relaciones entre cónyuges, básicamente existen dos posibles soluciones:

- (a) Reconocer un derecho de reembolso al cónyuge que amortiza total o parcialmente el préstamo hipotecario

⁴⁵³ “Comentari a l’article 232-3”, cit., pp. 220 y 221.

⁴⁵⁴ Sin embargo, debemos tener presente que los *Casos I y II* finalmente se resolvieron entendiendo que los pagos realizados para la amortización del préstamo hipotecario eran imputables a la obligación legal de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares. Ello se debe a que el derecho aplicable a los casos era el antiguo art. 4 CF.

cuando no está obligado a ello. En este sentido, si el mencionado préstamo es contraído solamente por A pero es B quien lo paga con su patrimonio privativo, la amortización puede considerarse como un pago por tercero (art. 1158 CC), con la posibilidad de que B reclame a A las cuotas de pago siempre que no haya actuado contra su expresa voluntad. Si son ambos, A y B, quienes contraen el préstamo pero es solamente B quien lo amortiza, puede reconocerse a B una acción de regreso frente A con el fin de que este último le satisfaga la parte que le corresponde de la deuda (art. 1145, párr. 2, CC).

(b) Considerar, en la línea del art. 232-3, adpo. 1, CCCat, que existe donación por parte del cónyuge que satisface las cuotas de pago a favor del otro.

En mi opinión la segunda opción es la que, en sede matrimonial, permite resolver mejor aquellos casos donde un cónyuge contribuye a amortizar el préstamo hipotecario contraído por el otro⁴⁵⁵. Aunque la primera solución encaja en la lógica del régimen de separación de bienes, lo cierto es que, a la luz de la actual normativa, resultaría cuanto menos extraño reconocer un derecho de reembolso al cónyuge que contribuye al pago de una hipoteca y, en cambio, presumir donación cuando, en el momento de la adquisición, el mismo cónyuge sufraga -total o parcialmente- la contraprestación. Creo que cuando A paga el préstamo que contrae B lo hace sin intención de reclamar después la cantidad desembolsada. Las

⁴⁵⁵ En relación con ello, *cfr.* ROCA TRIAS, Encarnación “Capítol XIII. Els efectes personals i patrimonials del matrimoni”, en ROCA TRIAS, Encarnación y PUIG I FERRIOL, Lluís, *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona i Dret de família*, Vol. 2, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 298. Aunque sobre el art. 4, adpo. 1, letra b), CF, esta autora considera que cuando ambos cónyuges participan en la adquisición de la vivienda familiar por la vía de los gastos familiares es posible que el que ha pagado aún no constar como titular pueda reclamar al otro un derecho de crédito o, eventualmente, alegar que es copropietario del bien.

razones que justifican esta presunta donación -que, como en el art. 232-3, adpo. 1, CCCat, debería admitir prueba en contrario- pueden ser varias. Así, por ejemplo, que A quiere compensar de forma anticipada a B, su cónyuge, por el trabajo que realiza para la casa o para él o que, en la línea del art. 4 CF, A paga las cuotas del préstamo hipotecario como forma de contribución a los gastos familiares. Además, si tras la ruptura A pudiese reclamar la totalidad de lo desembolsado, implícitamente estaríamos reconociendo que éste no experimenta ningún provecho económico por el hecho de vivir en casa de B, lo cual es discutible: aunque difícil de cuantificar, el derecho de uso tiene un valor; igualmente, de no vivir con B, A debería asumir los costes de, por ejemplo, un alquiler.

Si, por el contrario, el préstamo hipotecario se contrae a nombre de A y B pero es solamente A quien lo amortiza, entonces creo que la solución debería ser diferente a la del párrafo anterior y que A debería poder reclamar a B parte de lo desembolsado vía acción de regreso. La lógica de este razonamiento es simple: si son ambos miembros de la pareja los que se obligan, parece inverosímil que entonces sólo uno de ellos deba cumplir con la obligación. En otras palabras, no hay indicios suficientes para presumir *animus donandi* de A hacia B puesto que, si lo hubiera, seguramente no constarían ambos como deudores del préstamo, sino solo A. En cualquier caso debemos tener presente que, de haber adquirido conjuntamente, las cuotas de participación en la cotitularidad podrían ser diferentes de las de la contribución para con la amortización del préstamo. En este sentido, apunta EGEA, “la obligación de contribuir al pago de las cuotas de amortización lo es en proporción a los ingresos (no a la cuota de adquisición), pudiendo darse el caso que uno de los cónyuges contribuya con la aportación propia al trabajo doméstico”^{456 457}.

⁴⁵⁶ “Article 4: Despeses familiars”, cit., p. 102.

Desde la perspectiva de las parejas estables, creo que la solución debería ser la misma y que debería presumirse la existencia de donación cuando una parte amortiza las cuotas del préstamo hipotecario contraído por otra.

Es cierto que las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes mientras dura la convivencia (art. 234-3, apdo. 1, CCCat) y que, al margen de no ser instituciones equivalentes⁴⁵⁸, sus parámetros son distintos de los del matrimonio (p. ej. las relaciones suelen tener menor estabilidad y duración⁴⁵⁹, y se ponen menos bienes en común). Además, desde el punto de vista comparado, reconocer un derecho de reembolso a favor del conviviente que contribuye a la amortización del préstamo hipotecario es una solución habitual.

En Francia, por ejemplo, la ley permite que una parte ejercite contra la otra una acción *de in rem verso* basada en el enriquecimiento injusto para recuperar el dinero invertido en el pago de la hipoteca⁴⁶⁰. Respecto de Inglaterra y Gales, el Derecho de *equity and trusts* posibilita que el que realiza contribuciones para amortizar el citado préstamo pueda reclamar después un interés basado en la equidad sobre la propiedad mediante el uso del *presumed intention resulting trust* o a través del *common intention constructive trust*. En este último caso, para superar la fase de adquisición (“*Rosset 2*”) no es necesario que la contribución tenga una gran relevancia económica; es suficiente con pagar una pequeña parte de la hipoteca. Después el tribunal tiene discrecionalidad para determinar que parte de la *beneficial ownership* corresponde a cada uno.

⁴⁵⁷ En contra, ROCA TRIAS, que considera que el trabajo doméstico no puede ser una forma de contribución a no ser que genere un ahorro computable a las amortizaciones de la adquisición (“Capítol XIII. Els efectes personals i patrimonials del matrimoni”, cit. p. 298).

⁴⁵⁸ Vid. la nota 297.

⁴⁵⁹ Vid. el preámbulo del Libro segundo, apdo. III, letra c), párr. 24.

⁴⁶⁰ Vid. FERRAND, Frédérique y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, “Question 34”, cit., pp. 703 a 705.

Ejemplo de ello es el caso de *Midland Bank v Cooke*⁴⁶¹. En él se reconoce a la Sra. Cooke un interés respecto de una propiedad inmobiliaria adquirida solo por el marido y que constituía la vivienda familiar de la pareja⁴⁶². A pesar de la modesta aportación dineraria realizada por la Sra. Cooke en la amortización de la hipoteca (1.000 libras esterlinas), la *Court of Appeal* entendió que esta contribución ya era suficiente para adquirir un *beneficial interest* en la propiedad. En la fase de cuantificación el tribunal estimó que a la esposa le correspondía el cincuenta por ciento de la propiedad atendiendo a la máxima de “equality is equity”.

Con todo, en línea de lo que defendía en el capítulo segundo, en mi opinión la misma lógica que se aplica en sede matrimonial respecto de la presunción de donación en las adquisiciones onerosas o la amortización del préstamo hipotecario es también predicable de la convivencia en pareja estable: A, conviviente, puede tener los mismos motivos que A, cónyuge, para sugrafar -en todo o en parte- las cuotas de la hipoteca contraída por B, su pareja (compensación anticipada por las tareas familiares desarrolladas, compensación de afectos, contribución a las cargas familiares, voluntad de redistribuir la riqueza generada durante la convivencia, etc.). Además, esta contribución en relación con la vivienda históricamente no ha sido inusual entre convivientes. Prueba de ello los son los arts. 4 y 23 LUEP -para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente- que si bien no consideraban como familiares los pagos de adquisición de la vivienda, sí lo hacían respecto de sus gastos de conservación o mejora.

⁴⁶¹ [1995] 2 All ER 562 (CA).

⁴⁶² Nótese que aunque en este caso estamos hablando de dos personas casadas, la solución habría sido la misma de ser éstos convivientes en pareja estable. Las normas de la *Matrimonial Causes Act 1973* no son de aplicación al caso puesto que no existe ruptura matrimonial. Como en *Lloyds Bank v Rosset*, la determinación de la *beneficial ownership* se produce después de que *Midland Bank* solicitara la ejecución de la vivienda familiar por el impago de un préstamo hipotecario.

4. MEJORAS POR RAZÓN DE TRABAJO

4.1. LA COMUNIDAD DE VIDA Y LOS ACTOS DE COMPLACENCIA (*GEFÄLLIGKEITEN*)

Partiendo de la base que las mejoras pueden traer causa no solamente del desembolso pecuniario sino también del empleo de trabajo (como ya comentaba, a mi juicio lo fundamental es que provengan de actividad humana), los motivos que conducen a un cónyuge o conviviente a mejorar el patrimonio del otro (o, en su caso, los bienes comunes) mediante el trabajo son múltiples, pudiéndose entender, por ejemplo, que ello es una contribución a la comunidad de vida familiar o un acto de complacencia (*Gefälligkeiten* en la terminología alemana).

Como ya hacía el art. 1 CF, el actual art. 231-2, apdo. 1, CCCat regula algunos de los efectos del matrimonio relacionados con los derechos y obligaciones de las partes (respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo). Además, en el mismo artículo el legislador señala que “[e]l matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida”. El contenido de esta comunidad, objeto de toda relación matrimonial, se encuentra triplemente limitado por: (a) los deberes establecidos en el art. 231-2 y ss. CCCat; (b) las reglas sociales o morales, canviants y en constante evolución y (c) los acuerdos a los que las partes hayan llegado⁴⁶³. Partiendo de esta base, muchos de los actos cotidianos que durante la convivencia tienen lugar son susceptibles de ser calificados como de contribuciones a la comunidad de vida familiar, especialmente aquellos detallados en el art. 231-5 CCCat (p. ej. el mantenimiento

⁴⁶³Vid. SALVADOR, Pablo / RUIZ, Juan Antonio, “Article 1: El matrimoni” en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions conviencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 62.

o las reparaciones ordinarias de la vivienda). En tal caso, la parte que los lleva a cabo difícilmente puede reclamar después una compensación a la otra. Igualmente, tampoco es posible solicitar el cumplimiento específico de una obligación relacionada con los deberes asociados al matrimonio; la doctrina entiende que estas tienen carácter voluntario, con lo que su ejecución forzosa resulta inexigible⁴⁶⁴.

Por otro lado, las relaciones de complacencia “se basan en normas sociales, y se diferencian de las relaciones jurídicas en que no son jurídicamente vinculantes, en que no tratan de constituir un derecho subjetivo que permita ejercitar jurídicamente una pretensión dirigida al cumplimiento forzoso de lo acordado”⁴⁶⁵. En el ámbito familiar existen múltiples y muy diversos ejemplos de situaciones que, potencialmente, también pueden encajar en la categoría de los actos de complacencia. Así, por ejemplo, la reparación extraordinaria de un bien familiar o la ayuda en el negocio del otro cónyuge o conviviente.

Aunque desde un punto de vista teórico parezca relativamente sencillo distinguir las relaciones de complacencia de las jurídicamente vinculantes, lo cierto es que en la práctica no siempre lo es. Dado que normalmente no existirá un pacto que excluya expresamente la relevancia jurídica de lo acordado, la doctrina alemana entiende que debe realizarse “una tarea de interpretación jurídica para discernir si, en función de las circunstancias generales y del caso, así como de la situación de los intereses de las partes y tras una apreciación razonable con consideración a los usos del

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 44. *Vid.* también SEUBA, Joan Carles, “Comentari a l’article 231-2”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 71 y 72.

⁴⁶⁵ SALVADOR, Pablo / AGUILERA, Ariadna / DANIELS, Leah / GÁLVEZ, Sergi / MIRAMBELL, Miquel, *Unenforceability by Will. The Widening of Reciprocity in the Digital Environment*, *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 1, Iss. 2, Article 1, 2015, p. 6.

tráfico, hay que asumir o no una voluntad de vinculación jurídica⁴⁶⁶. En la medida de lo posible, además, deben utilizarse criterios objetivos. En este sentido, señala SALVADOR, algunos ejemplos son: (a) el tipo de relación; (b) su fundamento y finalidad; (c) su significado y alcance; (d) las circunstancias y expectativas generadas; (e) los riesgos; (f) los intereses en juego; (g) si se trata de una relación que normalmente es jurídica; (h) los costes para una y otra parte; (i) la naturaleza privada o pública de la invitación u oferta o (j) la distinción entre estilo de vida y medio de vida⁴⁶⁷.

Si puede demostrarse o inferirse que A y B acordaron que el primero mejoraría con su trabajo el patrimonio del segundo en base a un acto de complacencia (p. ej. A, arquitecto de profesión, promete que en su tiempo libre realizará un estudio para ampliar un inmueble propiedad de B) pero, finalmente, A no cumple con lo pactado, no es posible que posteriormente B reclame el cumplimiento de la obligación: como sucede con las obligaciones inherentes matrimonio, las relaciones de complacencia no son jurídicamente exigibles y, por lo tanto, los remedios previstos para el incumplimiento no les son aplicables.

4.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE MEJORAS POR RAZÓN DE TRABAJO

Sin perjuicio de los motivos señalado en el apartado anterior, esto es, que A mejore con su trabajo el patrimonio de B como una forma de contribución a la comunidad de vida familiar o un acto de complacencia, es también posible que A realice estas mejoras con otra intención y que, tras el fin de la relación, pida ser

⁴⁶⁶ *Idem*, p. 19 en referencia a LARENZ, Karl y WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., C.H. Beck, Munich, 2004.

⁴⁶⁷ *Vid. ---, Unenforceability by Will. The Widening of Reciprocity in the Digital Environment*, cit., pp. 22 a 26.

económicamente compensado por el esfuerzo realizado. Expongo tres ejemplos de ello⁴⁶⁸:

Caso III: STSJC 14.2.2013 (JUR 2013\171846); MP: Nuria Bassols Muntada: El 29 de diciembre de 1959, las partes contrajeron matrimonio en Terrassa. La convivencia duró cuarenta y ocho años y, durante ese período de tiempo, los cónyuges abrieron varios establecimientos de venta de frankfurts. Aunque a partir del nacimiento de los hijos la esposa se dedicó preferentemente al cuidado de la familia, también continuó trabajando a jornada completa en el negocio familiar. En este sentido, tanto el marido como la esposa eran considerados como jefes, siendo la mujer quien enseñaba al personal cuando se abría un nuevo frankfurt, quien realizaba cambios en la plantilla de trabajadores o quien participaba en las ferias que tenían lugar. Partiendo de las ganancias obtenidas de estos establecimientos, el marido inició una rápida carrera de inversiones de la que derivaron importantes beneficios económicos. En ellas no participaba o influía la esposa, que continuaba desarrollando su actividad profesional en el negocio familiar de los frankfurts⁴⁶⁹. El 30 de octubre de 2007, las partes se separaron de hecho. El patrimonio del marido ascendía a un total de 23.122.432 euros, mientras que el de la esposa se cifraba en 735.100.

El ex marido formula demanda de divorcio y solicita la atribución de la vivienda familiar. La demandada interpone demanda reconventional y reclama el uso de la dicha vivienda más una pensión compensatoria (se desconoce la cuantía) y una compensación económica por razón de trabajo (se desconoce la cuantía).

Caso IV: SAPT, 1ª, 15.1.2007 (JUR 2007\133358); MP: José Luis Portugal Sainz: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. Durante la convivencia, el marido, albañil de profesión, realizó mejoras en las propiedades inmobiliarias de la esposa: por un lado, reformó íntegramente la vivienda familiar; por el otro, construyó una nave habitable que la pareja utilizaba como segunda residencia. En

⁴⁶⁸ Estos supuestos se rigen por la misma lógica que inspira el *Escenario II* de la introducción del capítulo.

⁴⁶⁹ En los hechos del caso no se especifica si la mujer tenía un salario o participaba de los beneficios generados por el negocio.

el momento de la ruptura, el marido tenía una pensión de jubilación por un importe de 840 euros mensuales.

La ex esposa interpone demanda de separación y solicita que se le atribuya el uso y disfrute de las propiedades inmobiliarias de las que es titular así como una pensión compensatoria a su favor. El demandado reconviene y pide que se le reconozca el derecho a percibir una compensación económica por razón de trabajo (se desconoce la cuantía).

Caso V: SAPB, 18ª, 26.5.2014 (JUR 2014\226632); *MP:* *Francisco Javier Pereda Gámez* El 19 de marzo de 1985, las partes contrajeron matrimonio. Durante la convivencia, los cónyuges vivieron en una finca agropecuaria de la que la esposa era titular. Dedicados a la ganadería, el marido dirigía y explotaba la heredad de su mujer, de modo que, “(...) sin perjuicio de lo que pudiera retirar para su sustento, el fruto de su esfuerzo fundamentalmente revirtió en mejoras a la finca” (FJ 3º). También invirtió en ella sus ahorros así como los beneficios de la venta de unos campos de su propiedad. El negocio familiar, que en el momento de la ruptura contaba con sesenta vacas y cuatrocientas ovejas, tenía como titular administrativo el marido aunque siempre se desarrolló en la heredad propiedad de la esposa.

La ex esposa formula demanda de divorcio y solicita el uso de la vivienda familiar. En contestación, el demandado formula demanda reconventional y pide que se le atribuya el uso de la finca y sus anexos hasta la jubilación así como una compensación económica por valor de 300.000 euros. Posteriormente, rebajó la pretensión hasta los 178.553,91 euros.

Aunque los casos anteriores son distintos -expansión e incremento de valor del negocio en el primer caso; mejora de propiedades inmobiliarias en el segundo y mejoras mixtas de capital y trabajo en una finca que servía de negocio y vivienda en el tercero-, los tribunales han resuelto estos supuestos uniformemente y en base a una misma institución: la compensación económica por razón del trabajo (art. 232-5 y ss. y 234-9 CCCat). Como decía en el apartado 3.2. del capítulo primero, ésta puede llegar a tener hasta tres funciones distintas, a saber: restitutoria, participativa o indemnizadora.

En el *Caso III* el TSJC adopta una óptica más bien participativa, haciendo hincapié en la desigualdad patrimonial entre cónyuges a pesar de que ésta es la función que más desnaturaliza el régimen de separación. De acuerdo con el tribunal:

“[El objetivo de la compensación es] impedir o limitar que en cesar la convivencia quien ha ayudado y propiciado el mantenimiento y el desarrollo del negocio quede sin la capitalización de los esfuerzos mientras que el otro retenga el activo patrimonial íntegro; *se trata de conseguir un equilibrio patrimonial justo* [la cursiva es mía] (...) pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral (...) no remunerado o remunerado hasta entonces insuficientemente” (FJ 3º del recurso de casación).

El TSJC desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el marido y confirma la sentencia de la AP de Barcelona, condenando al demandante reconvenido al pago de una cuota mensual de 9.000 euros en concepto de pensión compensatoria y a una suma de 1.500.000 euros por compensación económica por razón de trabajo⁴⁷⁰.

En el *Caso IV* también se utiliza la compensación *ex art. 41 CF*. No obstante, no queda claro dónde se pone el énfasis, si en su carácter reparatorio o en su carácter participativo. De acuerdo con la AP de Tarragona en el litigio se habría producido un desequilibrio patrimonial a favor de la mujer, clara beneficiaria de las obras realizadas por el marido, que conlleva un enriquecimiento injusto. En palabras del tribunal:

“[D]e las pruebas practicadas se evidencia que el marido contribuyó con su trabajo de albañil a revalorizar las propiedades de la esposa (...), repercutiendo su trabajo sin remuneración en beneficio de la apelante,

⁴⁷⁰ Nótese que la cuantía de la compensación no fue más alta porque la esposa renunció expresamente al cómputo de las donaciones inmobiliarias que, en fecha desconocida, el marido hizo a favor de los hijos.

conforme se desprende de las pruebas practicadas; desde una perspectiva de justicia material, el esposo ha renunciado a la adquisición de un patrimonio (...), dedicando su trabajo a los bienes de su esposa, que no se ha visto en la necesidad de contratar un trabajador que hubiese realizado las tareas que llevó a cabo su esposo. [Ello genera] una *situación de desequilibrio entre ambos consortes*, ya que al marido, sus recursos solo se cuantifican en la pensión por jubilación por importe de 840.-euros mensuales, desigualdad patrimonial *que implica un enriquecimiento injusto de uno frente al otro* [la cursiva es mía] (...).

(...)

[N]o se pueden incardinar los trabajos realizados en el concepto de gastos familiares (...) ya que el trabajo realizado no puede interpretarse como doméstico ni de mantenimiento familiar, ya que el esposo ya contribuyó con la aportación de su salario profesional para la familia. Reiteramos que concurren los requisitos exigidos por el art. 41 Codi de Família y la jurisprudencia a los fines de la concesión de la compensación económica por razón del trabajo”. (FJ 2º).

La AP de Tarragona, siguiendo el criterio mantenido por el JPI nº 2 de Reus, condena a la mujer al pago de una cuota mensual de 120 euros en concepto de pensión compensatoria y de 70.000 euros por compensación económica por razón de trabajo. Sin embargo, en los fundamentos de derecho no se detalla cómo se realiza el cálculo⁴⁷¹.

Finalmente, el *Caso V* parece que vuelve a una concepción más estrictamente participativa. Las aportaciones realizadas por el marido quedan en un segundo plano puesto que, según la AP de Barcelona, lo que primordialmente debe tenerse en cuenta es la comparación entre los patrimonios de las partes. El tribunal lo expresa de la siguiente manera:

⁴⁷¹ Recordar que en el art. 41 CF, a diferencia del actual art. 232-6 CCCat, no contenía normas específicas que regularan el cálculo de la compensación. Ello puede justificar la ausencia de razonamiento en cuanto a la determinación de la cuantía de la compensación se refiere.

“A los efectos del art. 232-6 CCCat, *no hay que considerar las aportaciones económicas al negocio*, ni las cuentas de la explotación, *sino simplemente establecer la comparativa patrimonial* [la cursiva es mía], porque no estamos tratando de la liquidación de una empresa ni de la Sociedad Agraria de Transformación, ni de reclamaciones patrimoniales entre cónyuges, sino solo de que se ha producido un incremento patrimonial de la esposa por la dedicación y trabajo del esposo a la finca” (FJ 3°).

A la hora de cuantificar la compensación, la AP de Barcelona sigue los criterios establecidos en el art. 232-6 CCCat sin perjuicio de tener también en cuenta la duración e intensidad de la relación así como el hecho que, durante la convivencia, la mujer se hizo cargo del cuidado de la casa y de los hijos (art. 232-5, apdo. 3, CCCat):

“En suma, ella tiene 201.484,60 euros (203.762,39 - 63.847,79) y él tiene 61.570. La diferencia patrimonial es de 139.914,60 euros. No es admisible la cantidad reclamada como compensación económica (un 80% de las diferencias patrimoniales) y *para fijar el porcentaje de hasta el 25%, consideramos que el matrimonio ha durado 26 años, el esposo tiene 59 años y su dedicación en tiempo e intensidad ha sido grande, aunque la esposa cuidó de la casa y de los hijos* [la cursiva es mía]. La Sala entiende procedente un 15% de compensación económica, o sea, 20.000 euros” (FJ 3°).

4.3. ¿ES LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA UN MECANISMO ADECUADO PARA RESARCIR MEJORAS POR RAZÓN DE TRABAJO?

La compensación económica por razón de trabajo contribuye a mitigar el rigor de la separación de bienes y a adaptar el régimen a las exigencias del Derecho europeo⁴⁷². Para que proceda es necesario, como sabemos, que se den dos requisitos: por un lado,

⁴⁷² Vid. por ejemplo la sección III, apdos. 8 y 14, de la Resolución del Consejo de Europa (78)37, de 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad jurídica de los cónyuges. En relación con la compensación, *vid.* también el apdo. 3.2. del capítulo primero.

que A trabaje para la casa sustancialmente más que B, o para éste último sin retribución o con una retribución insuficiente; por el otro, que en el momento de extinción del régimen B haya tenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con lo establecido en las normas que regulan la separación de bienes (art. 232-5, apdos. 1 y 2, CCCat).

En el anterior apartado veíamos que los tribunales utilizan esta institución para, en sede de mejoras por razón de trabajo, compensar al que, de una forma u otra, contribuye al incremento del patrimonio del otro. Sin embargo, como se desprende de los *Casos III, IV y V*, las circunstancias de cada litigio son muy distintas. Así, por ejemplo, puede variar la duración o período de tiempo durante el cual se trabaja para el otro; el tipo de mejora o el momento y la intensidad de la contribución (si se hace a tiempo completo como si de una jornada laboral se tratase, a tiempo parcial y en horas de ocio...). Ello hace que me cuestione si la compensación se ajusta bien a todas y cada una de las situaciones anteriores o si, por el contrario, resulta forzado en algunos casos recurrir a ella.

Al contrario de lo que en un principio pudiera parecer, no es evidente a qué se refiere el legislador catalán cuando habla de “trabajo para el otro cónyuge”. En este sentido, señala RIBOT, “[m]uchas actividades, desarrolladas más o menos ocasionalmente por uno de los cónyuges, son al mismo tiempo trabajo para la casa y en interés del otro cónyuge (...)”⁴⁷³. Asimismo, según este autor “el trabajo de un cónyuge que tiene por objeto intereses exclusivos del otro, como ayudarlo en el desarrollo de aficiones no compartidas o en la conservación o mejora de bienes privativos de uso no familiar, tampoco se podría incluir como trabajo para el otro cónyuge en el sentido del precepto. La razón de esto no es que la colaboración tenga que ser no retribuida o insuficientemente retribuida (...). El

⁴⁷³ “Comentari a l’article 232-5”, cit., p. 241.

precepto se refiere únicamente a la actividad del cónyuge que se ha proyectado dentro de la actividad profesional o empresarial titularidad del otro cónyuge, como podría haberlo hecho un tercero al que se le pagase un salario o una retribución”⁴⁷⁴. En la misma línea, opina BAYO respecto del art. 232-5, apdo. 2, CCCat, “[s]e trata de un trabajo en la empresa o actividad profesional del otro cónyuge que si fuera prestado por un tercero sería remunerado o remunerado según parámetros del mercado de trabajo”⁴⁷⁵.

De acuerdo con esta posición doctrinal, es evidente que el *Caso III* encaja dentro del ámbito de la compensación económica por razón de trabajo. De hecho, “[e]s precisamente en matrimonios como el del caso que se analiza, en los cuales al finalizar el régimen la titularidad de la totalidad o de la gran mayoría de los bienes adquiridos durante la convivencia consta solo a nombre de uno de los cónyuges (...), donde la compensación (...) adquiere plena razón de ser”⁴⁷⁶. Sin embargo, los otros dos -y particularmente el segundo- no tienen un encaje tan claro.

Está fuera de toda discusión que tanto en el *Caso IV* como en el *Caso V* se trabaja para el otro cónyuge. Con todo, en estos escenarios: (a) las actividades que se realizan difícilmente pueden encajar dentro de la categoría de “trabajo doméstico” y (b) el esfuerzo no revierte (o, como mínimo, no exclusivamente) en la actividad profesional del otro. En mi opinión, si bien es cierto que determinar qué debe entenderse por “dedicación a la casa” y “trabajo para el otro” es una cuestión más bien social, que escapa de

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵“Comentario al artículo 232-5”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011, p. 697.

⁴⁷⁶ FARNÓS, Esther, *Separació de béns i compensació econòmica per la dedicació abnegada a la família i a l'empresa del marit: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2013*, Revista Catalana de Dret Privat, Vol. 14, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Barcelona, 2014, p. 162.

critérios propiamente jurídicos⁴⁷⁷, no lo es menos que aunque partamos de una concepción amplia de la figura de la compensación, parece forzado resolver estos supuestos mediante esta institución. Asimismo, el criterio de “la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia” al que hace referencia el párrafo tercero del art. 232-5 CCCat para modular el importe de la compensación tampoco parece ajustarse bien al caso de reforma de la vivienda familiar (por muy integral que ésta fuera, seguramente no precisó de demasiados años para su ejecución). De ahí que crea que pueden plantearse un mínimo de dos soluciones alternativas a la interpretación extensiva del art. 232-5 CCCat que han seguido nuestros tribunales:

(a) Considerar que las mejoras por razón de trabajo hechas por A en bienes muebles o inmuebles pertenecientes a B son una liberalidad y que, como sucede con las adquisiciones onerosas, debe presumirse la existencia de donación.

(b) Considerar que A tiene un derecho de reembolso en base a la doctrina del enriquecimiento injusto.

En los siguientes subapartados desarrollo -brevemente- cada una de las alternativas.

4.3.1. Las mejoras por razón de trabajo como liberalidad

Esta primera opción parte de la lógica que se aplica en el art. 232-3, apdo. 1, CCCat. Del mismo modo que el legislador catalán presume el *animus donandi* del cónyuge A que paga la contraprestación de un bien respecto del cual es B, su pareja, quien consta como titular, también puede presumirse que existe donación en aquellos casos donde A realiza mejoras útiles en el patrimonio del B gracias a su

⁴⁷⁷ JOU, Lluís, “Article 23”, cit., p. 202.

trabajo. Así, dice NASARRE, “el trabajar para el otro gratuitamente o con remuneración insuficiente puede entenderse como una liberalidad por parte del cónyuge o del miembro de la pareja que lo realiza voluntariamente”⁴⁷⁸.

Desde el punto de vista de la convivencia en pareja estable creo que, como en el matrimonio, tiene sentido presumir que el conviviente que realiza mejoras por razón de trabajo en el patrimonio del otro lo hace con ánimo de liberalidad. Esta clase de mejoras suelen ser difíciles de cuantificar y, además, como veíamos, es complicado establecer una línea divisoria clara entre aquellos actos que son contribuciones a la comunidad de vida familiar o que son actos de complacencia de aquellos que no lo son. En el derecho comparado, Inglaterra y Gales siguen una línea similar a la que aquí defiendo. Aunque en ningún momento se hable de presunción de donación, lo cierto es que el que trabaja para el otro realizando mejoras en su patrimonio no puede solicitar tras la ruptura que se le resarza por ello. La norma general es que las llamadas *non-financial contributions* no generan un derecho basado en la equidad⁴⁷⁹.

Con todo, en un escenario de *single ownership* dónde un conviviente realiza mejoras en los bienes del otro (p. ej. reformando, como ocurre en el *Caso IV*, algunas de sus propiedades inmobiliarias) es posible invocar las figuras del *proprietary estoppel* -siempre y cuando se satisfagan sus requisitos de constitución (*representation / assurance + reliance + detriment + unconscionability*)- o, en caso de haber una declaración de voluntad expresa, del *common intention constructive trust* (“*Rosset I*”) con el fin de obtener una compensación⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, cit., p. 248.

⁴⁷⁹ *Vid.* al respecto el caso *Burns v Burns* [1984] 1 All ER 244 (CA). Sin embargo, aquí la *non-financial contribution* se refería al cuidado de los hijos y no a mejoras por razón de trabajo.

⁴⁸⁰ *Vid.* en relación con el criterio de “*Rosset I*”, el apdo. 6.5.2. a) del capítulo primero.

4.3.2. Las mejoras por razón de trabajo como fundamento para una pretensión de enriquecimiento

Como señalaba en el apartado 4.3 del capítulo segundo, entiendo que procede hablar de enriquecimiento injusto siempre que una parte adquiera una ventaja patrimonial como consecuencia del empobrecimiento de la otra y sin que haya una causa concreta que lo justifique. El enriquecimiento puede producirse por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*) o por un aumento del mismo (*lucrum emergens*). La primera modalidad comprende “todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente. En este sentido puede decirse que la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso”⁴⁸¹. La segunda recae en aquellos casos que “se produce[n] por un aumento efectivo del patrimonio del interesado”⁴⁸².

La acción o pretensión de enriquecimiento, que tradicionalmente ha sido considerada como subsidiaria, es de carácter personal y compete al empobrecido. A pesar de no ser ésta la opción que defiende, en casos donde la contribución por razón de trabajo es fácilmente cuantificable, económicamente relevante y está claro que no existe *animus donandi* por parte del que realiza la mejora, entiendo que puede tener sentido que un cónyuge o conviviente haga valer la mencionada acción para resarcirse del “empobrecimiento” experimentado por haber trabajado en mejorar el patrimonio del otro. Sin embargo, dicho empobrecimiento debe ser real, esto es, debe haber una pérdida pecuniariamente aceptable. Si bien, como afirma Díez Pícazo, pérdida puede ser “la prestación de un servicio o la realización de un trabajo por el cual no se ha

⁴⁸¹ Díez-Pícazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, cit., p. 120.

⁴⁸² *Idem*, p. 119.

recibido retribución”⁴⁸³, opino que es obligado hacer un análisis caso por caso puesto que, en función de sus características concretas, el coste de oportunidad variará y, por lo tanto, también la “pérdida” soportada. En este sentido, y a título ejemplificativo, creo que no es lo mismo trabajar en la reforma de la vivienda familiar como si de una jornada laboral se tratase (con la consiguiente pérdida de los ingresos que se obtendrían si se trabajara en otra actividad profesional o en la misma pero para un tercero) que acometer la misma reforma en tiempo de ocio, donde el coste de oportunidad (como mínimodesde un punto de vista económico) es mucho menor.

El enriquecimiento injusto fue, hasta la aprobación del Libro segundo, el fundamento de la compensación económica por razón de trabajo. Así por ejemplo, en la STSJC 19.11.2009 (RJ 2010\1641); *MP: María Eugenia Alegret Brugués* se señala que⁴⁸⁴:

“[L]a finalidad del art. 41 CF es compensar desequilibrios pasados, comparando para ello los patrimonios de ambos cónyuges y corrigiendo el enriquecimiento injustificado de uno como consecuencia del trabajo no compensado del otro” (FJ 3º).

Actualmente el fundamento de compensación recae en el desequilibrio de las ganancias patrimoniales de las partes que se produce como consecuencia de la realización de trabajo⁴⁸⁵. No obstante, aunque el criterio no hubiera cambiado y se siguiera

⁴⁸³ *Idem*, p. 121.

⁴⁸⁴ En la misma línea, *vid.* también las SSTSJC 21.10.2002 (RJ 2003\698); *MP: Nuria Bassols Muntada*, 1.7.2002 (JUR 2002\228865); *MP: Guillermo Vidal Andreu* o 27.4.2000 (RJ 2000\4125); *MP: Guillermo Vidal Andreu*.

⁴⁸⁵ El preámbulo III, letra c), párr. 9º del Libro segundo apunta que: “(...) la nueva regulación abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto (...) y se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera”.

invocando el enriquecimiento injusto como razón para justificar la mencionada compensación, continuarían existiendo diferencias sustanciales entre canalizar una pretensión de reembolso por la vía de art. 232-5 y ss. CCCat o hacerlo a través de la vía de la acción de enriquecimiento. Destaco dos:

La primera es que en la compensación la cuantía que debe abonarse por parte del cónyuge deudor no viene determinada “por el valor del enriquecimiento injusto, sino [por] la diferencia de ganancias, lo que facultará al cónyuge débil [acreedor] a participar en las que ha obtenido de más el cónyuge fuerte (art. 232-6 CCCat)”⁴⁸⁶. En este sentido, debemos tener en cuenta en, en el caso de trabajar para el otro cónyuge, “no se abonará aquello que podría haber percibido si hubiera sido contratado, sino un importe equitativamente determinado en función de la diferencia patrimonial con el otro cónyuge. (...) [E]l cónyuge que colabora desinteresadamente en el negocio o empresa del otro lo hacer por el bien de la familia o de la pareja y por eso se asume que tiene más bien la condición de socio industrial que no la de trabajador”⁴⁸⁷.

El segundo es que en la compensación existe un límite cuantitativo que en sede de enriquecimiento injusto no tiene lugar. Concretamente, señala el legislador catalán, “[l]a compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 232-6” (art. 232-5, apdo. 4, CCCat). A pesar de que pueda parecer lo contrario, la idea de fondo es que el actual sistema, aún tener un límite cuantitativo, permite que el que ha trabajado para la casa o para el otro tenga derecho a una compensación mayor de la

⁴⁸⁶ NASARRE, Sergio, “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, cit., p. 249.

⁴⁸⁷ RIBOT, Jordi, “Comentari a l’article 232-5”, cit., p. 242.

que obtendría por la vía del enriquecimiento. Además, añadir que el mismo art. 232-5, apdo. 4, CCCat matiza que “si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía [refiriéndose a la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios]” (art. 232-5, apdo. 4 *in fine*, CCCat).

5. MEJORAS POR INVERSIÓN DE CAPITAL

5.1. CONTEXTUALIZACIÓN

El último punto sobre mejoras que abordaré en este capítulo son aquellas que se realizan por inversión de capital, esto es, cuando un cónyuge o conviviente destina parte de su capital privativo para mejorar un bien respecto del que no ostenta un derecho real de propiedad (o, como mínimo, no en exclusiva). Siguiendo la misma estructura que en los epígrafes anteriores, empezaré exponiendo tres casos ejemplificativos para, después, entrar en el análisis de la problemática.

*Caso VI: SAPB, 4ª, 30.11.2004 (JUR 2005\5737); MP: Mireia Ríos Enrich*⁴⁸⁸: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. En marzo de 1995, al marido le tocó un premio de la Lotería Primitiva y, después, inició una costosa reforma y construcción de la vivienda familiar, situada en Castelldefels, que pertenecía a ambos cónyuges por mitades indivisas. Después de la inversión, la casa pasó de tener una superficie construida de 64 m² a tener cuatro plantas, ascensor y 468 m² construidos. En fecha desconocida, las partes se separaron.

La mujer demanda a su ex marido y, ejercitando una acción de división de la cosa común, solicita la venta del inmueble y repartir el precio

⁴⁸⁸ *Vid.* la STSJC 26.5.2005 (RJ 2005\6880); *MP: Maria Eugenia Alegret Brugués*. En ella se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

obtenido por partes iguales. El demandado formula demanda reconvenzional y, entre otras cuestiones, pide que se condene a la actora a abonarle la cantidad de 64.339.770 pesetas, suma que representa la mitad de los gastos útiles y de mejora sufragados por él.

Caso VII: SAPL, 1ª, 14.2.2006 (JUR 2006\134188); *MP:* Antonio Robledo Villar: En fecha desconocida, las partes contrajeron matrimonio. Durante la convivencia, se realizaron obras de mejora en una finca sita en la localidad de Juneda, de la que el esposo era el único propietario. El dinero empleado para sufragar el coste de tales mejoras pertenecía a ambos cónyuges. Tras la realización de las obras, el inmueble experimentó un aumento de valor de 26.607 euros.

La esposa interpone demanda de divorcio y, entre otros puntos, insta al Juez a que le reconozca un derecho a ser indemnizada en la cuantía de 31.657,40 euros. Según su versión, esta suma representa la mitad del valor de las obras realizadas en la finca de Juneda

Caso VIII: SAPB, 12ª, 15.9.2004 (JUR 2004\292890); *MP:* Ana Jesús Fernández San Miguel: El 29 de mayo de 1975, las partes contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. El 24 de febrero de 1993, compraron al Institut Català del Sòl una parcela por mitades por un precio de 3.817.880 pesetas. 350.000 fueron pagadas como arras y 891.085 a la firma del contrato. El resto, que resultó aplazado, fue pagado exclusivamente por el marido. Dado que en la parcela en cuestión debía edificarse en un plazo mínimo de 18 meses, el cónyuge llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para iniciar las obras de construcción de una vivienda familiar, contratando un arquitecto, un aparejador y albañiles, solicitando la licencia de obras y comprando los materiales necesarios. El marido pagó a todos los que intervinieron en la obra así como la adquisición de los materiales. La memoria, proyecto y planos solamente iban a su nombre. En fecha desconocida, las partes se separaron.

El ex marido demanda a su ex cónyuge y solicita que ésta le pague 75.890,55 euros, la mitad del coste actualizado de los materiales y mano de obra invertidos en la edificación de la casa. Además, solicita el reembolso de 5.249,30 euros, la mitad del precio del terreno sobre el que se construyó el inmueble.

La solución que en estos casos ofrece la jurisprudencia del TSJC y de las Audiencias Provinciales catalanas no es homogénea debido básicamente a tres factores: (a) los supuestos, aún pertenecer al mismo ámbito, presentan matices y diferencias entre sí; (b) los jueces están condicionados por el principio de justicia rogada y, por lo tanto, no pueden resolver prescindiendo de lo que solicitan las partes y (c) no existe una norma específica dentro del régimen de separación de bienes que regule esta clase de mejoras. Así, los tribunales han resuelto bien concediendo un derecho de crédito por el valor de lo invertido⁴⁸⁹, bien entendiendo que hubo una donación tácita / aplicando la presunción de donación del art. 39 CF (actual art. 232-3, apdo. 1, CCCat)⁴⁹⁰. Alternativamente, también se ha planteado la duda de si la compensación económica por razón de trabajo puede extenderse a estos supuestos⁴⁹¹.

A continuación profundizaré en estas soluciones (derecho de crédito/donación), intentando dar cuenta del porqué de la disparidad de criterios existente. Sin embargo, antes abordaré brevemente la cuestión sobre la compensación.

5.2. LA INAPLICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO

La compensación económica por razón de trabajo es una institución que, como sabemos, tiene entre sus potenciales funciones la de

⁴⁸⁹ Vid. por ejemplo, el mismo *Caso VI*, las SSTSC 26.5.2005 (RJ 2005\6880); MP: *María Eugenia Alegret Brugués*, 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: *Jesús Corbal Fernández* o las SSAPB, 12ª, 28.7.2009 (JUR 2009\416928); MP: *Paulino Rico Rajo*, 12ª, 27.11.2002 (JUR 2003\61835); MP: *Pascual Ortuño Muñoz*.

⁴⁹⁰ Ejemplos de lo primero, esto es, de donación tácita, lo son la SAPB, 11ª, 21.9.2009 (JUR 2009\491983); MP: *María del Mar Alonso Martínez* y las SSAPG, 2ª, 23.2.2011 (AC 2011\947); MP: *José Isidro Rey Huidobro*, 2ª, 6.5.2002 (JUR 2002\186562); MP: *Jaime Masfarré Coll*. Ejemplo de la aplicación de la presunción de donación del art. 39 CF, lo es el *Caso VIII*.

⁴⁹¹ Vid. por ejemplo, el *Caso VII*.

restitución y/o la de participación⁴⁹². Partiendo de esta base podemos preguntarnos si ésta podría ser un mecanismo adecuado para resarcir al cónyuge o conviviente que invierte parte de su patrimonio privativo en mejorar un bien propiedad del otro. En la práctica esta cuestión, aún no suscitarse con demasiada frecuencia, ha llegado a nuestros tribunales.

En la SAPL, 1ª, 14.2.2006 (JUR 2006\134188); *MP: Antonio Robledo Villar*, cuyos hechos he expuesto en el *Caso VII*, la esposa, alegando que invirtió parte de su capital privativo en mejorar una finca de la que el esposo era exclusivo propietario, pretendía ser resarcida mediante la compensación económica del entonces vigente art. 41 CF. La estrategia procesal pasaba por demostrar la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges fundamentado en un enriquecimiento injusto a favor del marido. Dicho en palabras de la actora: “el hecho de que no se compense a la Sra. Dolores [demandante] con el importe correspondiente a la mitad de las obras realizadas (...) implica que se le está privando de unos bienes que -de no haberse realizado tales obras, que benefician únicamente al Sr. Andrés [demandado]- formarían parte de la masa a distribuir entre ambos. Se ha producido por tanto (...) un enriquecimiento injusto a favor del esposo” (FJ 3º). Sin embargo, la AP de Lleida desestima la petición de la demandante. En el fundamento de derecho tercero de la sentencia, el tribunal expone que:

“[E]l hecho de que el régimen económico matrimonial por el cual se regulaban las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges fuese el de separación de bienes y el hecho que a este se le pueda aplicar el artículo 41 del Codi de Família no comporta de ninguna manera, sin más, una participación de uno de los cónyuges en el patrimonio de su consorte, por más que el patrimonio de uno de ellos sea superior al de su cónyuge (...).

⁴⁹² *Vid.* FERRER, Josep, “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, cit., pp. 80 a 83.

(...)

[En el] supuesto que nos ocupa, es palmario que no se han formado las correspondientes masas patrimoniales al momento de la separación, sin que -por tanto- puedan ser objeto de comparación. Lo que determina que no pueda advertirse ni el necesario empobrecimiento de la apelante, ni el correlativo enriquecimiento injusto del apelado. A partir de ahí, ya no se puede entrar en si, la solicitante de la pensión contribuyó (...) a dicho enriquecimiento (...). Todo lo cual lleva a la Sala a confirmar la resolución impugnada, al no apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 41 CF para conceder una indemnización compensatoria solicitada”

El razonamiento que sigue la autoridad judicial en este asunto es simple: la compensación es una institución que no genera una suerte de derecho automático a ser compensado ante un desequilibrio patrimonial. Ésta solamente opera si se cumplen los requisitos que exige el art. 232-5 y ss. CCCat, por lo que, además de existir el mencionado desequilibrio, debe haber (como es obvio) alguna clase de trabajo de una parte a favor de la otra. Ello no sucede en supuestos como el *Caso VII* o los comprendidos en el *Escenario III* de la introducción del capítulo. Invertir capital en realizar mejoras en el patrimonio del otro cónyuge o conviviente no equivale, como es evidente, a trabajar para él. Consecuentemente, parece que la compensación no es la institución más adecuada para solucionar esta clase de pretensiones. Es necesario buscar alternativas.

5.3. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE CRÉDITO

5.3.1. Base jurisprudencial

Algunas resoluciones judiciales han reconocido un derecho de crédito al cónyuge que, con su patrimonio privativo, mejora bienes cuya propiedad no ostenta en exclusiva. Así, la SAPB, 4ª,

30.11.2004 (JUR 2005\5737); *MP: Mireia Ríos Enrich (Caso VI)* resuelve que el marido tiene derecho a reembolsarse la mitad del valor de las inversiones que realizó en la vivienda familiar, sin que éstas queden comprendidas en el antiguo art. 4.1, letra b), CF:

“[E]ntendemos acreditado que D. Matías ha desembolsado de su propio patrimonio personal para la cosa común la cantidad de 128.679.540 pesetas, por lo que *se le debe reconocer un crédito por la mitad de dicha inversión frente a la demandante* [la cursiva es mía] por importe de 64.339.770 pesetas, equivalentes a 386.689,81 euros” (FJ 3º).

“[L]as obras efectuadas en la vivienda y financiadas por el demandado exceden de lo que puede reputarse una mejora sobre una vivienda de titularidad conjunta, por lo que no nos hallamos ante el supuesto contemplado en dicho precepto legal [refiriéndose al art. 4.1.b) CF].

Así pues, no nos hallamos ante unos meros gastos de conservación o de mejora de la vivienda familiar, sino que sobre un bien de titularidad conjunta de ambos cónyuges (...) se ha realizado, una reforma tan importante de la misma que en realidad ha supuesto la construcción de una vivienda totalmente nueva, inversión financiada íntegramente con el patrimonio de D. Matías” (FJ 4º).

Dicho razonamiento fue luego confirmado en casación por la STSJC 26.5.2005 (RJ 2005\6880); *MP: Maria Eugenia Alegret Brugués*, que también entiende que no pueden aplicarse al caso los arts. 4.1, letra b), CF y 39 CF:

“[É]s clar que no ens trobem davant de despeses de conservació o millora d'un habitatge sinó d'una vertadera reconstrucció u obra nova que permetrà a ambdós propietaris en el moment de la venda de la casa obtenir-ne el resarciment corresponent, generant-se el crèdit exigít, atès que les obres van ser sufragades per un sol del cònjuges” (FJ 3º).

“[É]s clara la inaplicació al cas de les previsions de l'article esmentat [refiriéndose al art. 39 CF], que exclou el principi de subrogació real, ja que el pagament d'unes obres suposa el compliment de les prestacions obligades per l'arrendador vers el contractista segons preveu l'article

1588 i s.s. del CC i no una adquisició a títol onerós per un dels cònjuges durant el matrimoni” (FJ 4º).

En la SAPB 27.11.2002 (JUR 2003\61835); *MP: Pascual Ortuño Muñoz*, donde la mujer contribuyó con su salario a rehabilitar, ampliar y mejorar la vivienda familiar, propiedad del marido en exclusiva, el tribunal también reconoce un derecho de crédito (de cuantía indeterminada) a favor de la mujer:

[L]a esposa contribuyó de manera efectiva a los gastos de rehabilitación, ampliación y mejora de la casa, y tal aportación la realizó durante la época en la que trabajaba por cuenta ajena. El propio marido ha reconocido (...) que los ingresos que la esposa obtenía por su trabajo eran dedicados al mantenimiento del hogar, por una parte, y a la reconstrucción de la vivienda. Indudablemente, *ello supone la existencia de un crédito de la esposa a ser reintegrada en la parte que pueda ser justificada o que resulte equitativa, respecto al incremento del valor de la vivienda con motivo de las obras realizadas* [la cursiva es mía], que ella ha contribuido a sufragar, pero no puede asimilarse este derecho a la indemnización por enriquecimiento injustificado del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, puesto que ni en su génesis, ni en sus causas, puede encontrarse un mismo fundamento” (FJ 2º)

Y, aún en un contexto de mejoras por inversión de capital, aunque en este caso por la construcción de la vivienda familiar sobre un solar propiedad de ambos cónyuges, la STSJC 10.5.1993 (RJ 1993\6323); *MP: Jesús Corbal Fernández* ampara el derecho del marido a reembolsarse la mitad de lo que costó la edificación:

“[L]a sentencia [refiriéndose a la de la Audiencia] sienta que el dinero total de la construcción era del marido (...); y el carácter común de la titularidad, al menos como dudoso, se extrae de otras pruebas, o de su apreciación conjunta (...). La Audiencia viene por lo tanto a mantener la solución ponderada de estimar que *hubo una especie de anticipo por el esposo, que se traduce en una obligación pecuniaria de la mujer a su reembolso*” [a cursiva es mía] (FJ 3º). En este sentido, “(...) [A] cada uno de los cónyuges le corresponde beneficiarse con la mitad del valor pericial o precio de remate (según los casos) de la realidad física

integrada por la parcela y lo edificado, y en cualquiera de los casos el marido acredita de la mujer el crédito expuesto de dos millones novecientas cincuenta mil pesetas” (FJ 4º).

A pesar de que, como vemos, algunas sentencias del TSJC y de las audiencias provinciales reconozcan un derecho de crédito al cónyuge o conviviente que con su patrimonio privativo mejora los bienes del otro, lo cierto es que, por lo general, los jueces no detallan el fundamento legal sobre el que se asienta dicho reconocimiento. De acuerdo con mi punto de vista -y a falta de un artículo específico que regule los gastos y mejoras contraídos en sede de separación de bienes o durante la convivencia- existen cuanto menos cuatro instituciones o reglas que, potencialmente, podrían justificar el citado derecho a reembolso. A continuación las examino junto con los problemas que plantean.

5.3.2. Fundamento legal del derecho a reembolso

a. El préstamo

Una característica común de las tres sentencias expuestas en el apartado anterior es que el derecho de crédito no comprende la totalidad de lo destinado a la realización de las mejoras sino solo una parte, habitualmente la mitad. Los tribunales determinan el coste de las mencionadas mejoras y, después, dividen esta cifra por dos⁴⁹³. Acto seguido -y teniendo en cuenta que el bien sobre el que se realizan las mejoras, paradigmáticamente la vivienda familiar, suele pertenecer a ambas partes por mitades indivisas- examinan cuál ha sido la aportación de cada parte. Si una de ellas (A) ha invertido todo el capital (p. ej. 100) y la otra (B) no ha hecho ninguna

⁴⁹³ Nótese que en algunos casos el importe de las mejoras se determina no por un criterio nominal, equivalente al importe gastado, sino por un criterio de valor real, es decir, teniendo también en cuenta sus eventuales plusvalías.

contribución, se reconoce a A un derecho de reembolso frente a B por valor de 50.

La lógica de esta solución descansa en la ficción de que si A contribuye más que B no es porque tenga un ánimo de liberalidad sino porque expresa o tácitamente se llega al acuerdo de que el primero anticipa la parte que debería satisfacer el segundo. En un escenario donde deben pagarse mejoras por valor de 100 sobre un bien que pertenece en proindiviso a A y B (*Casos VI y VIII*), éstos deberían desembolsar 50 cada uno. Si al final es solamente A quien paga la totalidad no es porque quiera hacerse cargo gratuitamente de la mitad que correspondería a B sino porque anticipa la parte de este último (50). Si el bien respecto del que se realizan mejoras por razón de capital perteneciera solo a una de las partes (A) pero el dinero empleado fuera también de B (*Caso VII*), podría entenderse igualmente que B prestó dinero a A.

Desde esta óptica, quedaría justificado que el cónyuge o conviviente acreedor compeliere al otro al pago de lo adeudado *ex art. 1157 y ss. CC*. Se infiere que las partes habrían pactado (aunque fuera tácitamente) que una avanza el dinero de la otra con la condición de que ésta le devuelva en un futuro otro tanto de la misma especie y calidad (*art. 1753 CC*). Si el plazo para el cumplimiento de la obligación de restituir quedase a voluntad del deudor (como parece lógico suponer en el contexto de las relaciones familiares), debería ser la autoridad judicial la que, tras la reclamación del acreedor, fijara un plazo para la devolución del dinero (*art. 1128 CC*).

El principal problema que conlleva esta opción es que presupone una voluntad o acuerdo entre las partes que puede que nunca haya existido. Como señalaba en el capítulo tercero al hablar de la fiducia, los tribunales deben resolver atendiendo al que fue el querer real de los litigantes. Para ello deben ampararse en los tipos de prueba establecidos en el *art. 299 de la LEC* y, si ello no fuera

posible, en presunciones legales o judiciales. Ante la ausencia de medios que evidencien la intención de una parte de prestar a la otra o de presunciones legales (no hay en el ámbito de las mejoras) la autoridad judicial solamente podría inferir la existencia del préstamo caso por caso, y siempre que entre la certeza de un hecho admitido o demostrado (el pago de una determinada cantidad de dinero) y el presunto (el préstamo) existiera un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 386, apdo. 1, LEC); por ejemplo, la reclamación durante convivencia de la cuantía anticipada.

b. Las reglas de liquidación de estados posesorios

El art. 522-2 CCCat señala que “[s]i los poseedores pierden la posesión a favor de otra persona que tiene un mejor derecho a poseer, por cualquier causa, la liquidación de la situación posesoria se ajusta a lo establecido por los artículos del 522-3 al 522-5, salvo pacto o disposición en contrario”. Estas tres disposiciones legales regulan, respectivamente, los frutos, los gastos necesarios y útiles y el deterioro o pérdida de la cosa.

Respecto de lo que a nosotros más interesa, el art. 522-4 CCCat, dedicado a los gastos útiles, enuncia en su segundo apartado que “[q]uien tiene un mejor derecho a poseer debe pagar los gastos útiles hechos en el bien por los poseedores de buena fe si las mejoras o el aumento de valor que han originado subsisten en el momento de la liquidación”. En el caso del poseedor de mala fe, no se le reconoce tal derecho para evitar que éste entorpezca la recuperación de la cosa mediante la realización de gastos útiles la cuantía de los cuales sea inasumible para el que tiene un mejor derecho a poseer⁴⁹⁴. El fundamento del art. 522-4, apdo. 2, CCCat,

⁴⁹⁴ Vid. en este sentido, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, cit., p. 56.

que se condiciona a la subsistencia de las mejoras o a la preservación del incremento de valor del bien en el momento de su liquidación, es, como en el caso de los gastos necesarios, evitar el enriquecimiento injusto que se produciría a favor del vencedor de la posesión si no se reconociera al vencido un derecho de crédito o de reembolso.

En el tercer párrafo del art. 522-4 CCCat, estrechamente relacionado con el precedente, el legislador catalán reconoce un *ius tollendi* sobre las mejoras al poseedor vencido en la posesión, sea de buena o de mala fe. Con todo, ambas situaciones no son del todo equiparables puesto que, ante la mala fe, “quien tiene un mejor derecho a poseer puede hacer suyas las mejoras pagando su valor”.

El conjunto integrado por el art. 522-2 y ss. del CCCat tiene como objetivo liquidar la posesión (es decir, determinar quién se queda con los frutos, acarrea con los gastos y se hace responsable ante el deterioro o la pérdida del bien poseído) y, básicamente, opera en dos casos: cuando el poseedor no es el titular del derecho en cuyo concepto posee el bien (art. 522-1, apdo. 1, CCCat) o bien cuando el derecho a poseer se sitúa en un plano de inferioridad respecto del que puede tener otra persona (por ejemplo, el arrendatario que tiene derecho a poseer pero que debe restituir la posesión ante la reclamación del propietario)⁴⁹⁵.

Como señalaba al principio de este capítulo, entiendo que las normas sobre la liquidación de estados posesorios son la base de la que supletoriamente aún debemos partir cuando, tras finalizar una relación jurídica no contractual, queremos decidir a quién pertenecen las mejoras realizadas sobre un bien. Sin embargo, las

⁴⁹⁵ En relación con el art. 522-2, *vid.* LAUROBA, Elena, “Comentario al art. 522-2”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008, pp. 208 a 210.

soluciones que ofrece el Libro quinto, basadas en la distinción entre la posesión de buena fe y la de mala fe, no parecen haber sido pensadas para ser aplicadas en el ámbito del Derecho de familia. Los mencionados arts. 522-3 y ss. CCCat cobran pleno sentido en una relación entre particulares no sujeta a vínculos afectivos y/o familiares, pero en otro contexto su uso puede resultar forzado.

Por otro lado, es también problemático plantear la solución de los casos anteriormente expuestos desde la óptica de la pérdida de la posesión “a favor de otra persona que tiene un mejor derecho a poseer”. En situaciones donde no hay copropiedad respecto de un bien, esto es, que solamente A consta como titular en el Registro de la Propiedad, no está clara la posición que, desde la óptica de la posesión, ocupa B, su cónyuge o pareja.

La posesión es una situación de hecho fundamentada en relaciones de exclusión, autonomía y plenitud. Y esa plenitud conlleva “un poder sobre la cosa tan absorbente que no puede ser compartido en el mismo concepto con otro poseedor. Es decir, no pueden haber dos (o más) posesiones con el mismo contenido sobre un mismo objeto, pues se excluyen mutuamente por ser incompatibles (art. 521-4, apdo. 2, CCCat)”⁴⁹⁶. Aunque un cónyuge o conviviente se presuma propietario por tener un poder de hecho sobre la cosa (*corpus*) y la voluntad de ejercitar actos materiales de administración, transformación o disposición en el bien poseído (*animus*), esta apariencia de poseedor en concepto de propietario se desvanece “cuando la cosa o el derecho poseídos están inscritos en el Registro (...) a favor de otra persona” (art. 522-1, apdo. 2, CCCat). Luego, si debido a la destrucción de la presunción de titularidad solamente uno de ellos puede poseer como propietario, ¿cuál es el concepto posesorio el otro?

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 35.

No hay una respuesta clara a esta pregunta, siendo extraño argumentar, por ejemplo, que el cónyuge o conviviente no propietario posee en virtud de un supuesto derecho de uso o que está en una situación de precario⁴⁹⁷. Consecuentemente, esta dificultad, junto con la ya citada poco procedente distinción entre buena o mala fe en el ámbito de las relaciones familiares, sugieren que la razón del derecho de crédito a favor del que paga por la realización de mejoras debe descansar en otro fundamento legal.

c. Las reglas de la accesión

El Código civil de Cataluña configura la accesión como un modo de adquirir la propiedad. Concretamente, el art. 542-1, apdo. 1, CCCat establece que “[l]a propiedad de un bien atribuye el derecho a adquirir, por accesión, lo que se le une, con la obligación de pagar, si procede, la indemnización que corresponda”. Asimismo, la ley catalana distingue, básicamente, entre accesión natural y artificial (art. 542-1, apdo. 2, CCCat). Sobre esta última, constituyen casos de accesión, las plantaciones, el cultivo y la construcción en suelo ajeno (arts. 542-5 y ss. CCCat). A diferencia del CC, el legislador catalán ha optado por eliminar la denominada accesión discreta, esto es, la adquisición de la propiedad de los frutos por parte del propietario de la cosa que los produce, por considerar que “[l]os frutos en especie se adquieren por su producción cuando se separan del bien que los produce”, mientras que los que son en dinero “se adquieren por su devengo” (art. 541-4 CCCat).

⁴⁹⁷ En relación con el derecho de uso, admitir su existencia podría dar lugar a problemas relacionados con la inscripción registral. *Vid.* en este sentido, EGEA, Joan, “Comentari a l’art. 233-22” en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014, pp. 520 a 522.

La actual regulación es producto de la evolución de la CDCC de 1960, y de la Ley 25/2001⁴⁹⁸. El art. 278 de la Compilación, inspirado en el usatge *si quis in alieno*, otorgaba, en sede de accesión inmobiliaria, un derecho de retención al poseedor de buena fe que había plantado, cultivado o edificado en suelo ajeno hasta que el dueño no le reintegrara, afianzara o consignara judicialmente el precio de la mano de obra y de los materiales empleados⁴⁹⁹. Posteriormente, la Ley 25/2001 desarrolló plenamente la figura de la accesión, poniendo especial énfasis en las construcciones extralimitadas e incorporando los principios tradicionales del derecho catalán para evitar la aplicación supletoria del CC⁵⁰⁰.

El Derecho de familia no es ajeno a los problemas que la accesión intenta solucionar. En este sentido, existe jurisprudencia sobre casos en los que: (a) un solo cónyuge paga la edificación de un inmueble en un solar propiedad de ambos⁵⁰¹ o (b) un solo cónyuge edifica en un solar propiedad del otro⁵⁰². Además, tampoco son infrecuentes las situaciones en las que un familiar vive en un piso propiedad de otro y decide acometer importantes reformas estructurales en el inmueble⁵⁰³.

⁴⁹⁸ De 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación (DOGC núm. 3556, de 18 de enero de 2002).

⁴⁹⁹ Vid. a mayor abundamiento sobre esta cuestión, NAVAS, Susana, *La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)*, Anuario de Derecho civil, Vol. 48, núm. 1, 1995, pp. 118 a 162.

⁵⁰⁰ Vid. el preámbulo de la Ley, párrs. 4º y 5º.

⁵⁰¹ Vid. la SAPB, 12ª, 15.9.2004 (JUR 2004\292890); MP: Ana Jesús Fernández San Miguel o la SAPG, 2º, 11.4.2005 (JUR 2005\123615); MP: José Isidro Rey Huidobro, aunque en este último caso se demuestra que los fondos utilizados para sufragar el coste de la construcción provenían de una cuenta corriente conjunta de los cónyuges en la que ambos habían hecho aportaciones económicas.

⁵⁰² Vid. la SAPG, 1ª, 13.12.2006 (JUR 2007\143594); MP: Fernando Ferrero Hidalgo.

⁵⁰³ Vid., por ejemplo, las SSTSJC 18.9.2014 (RJ 2015\155); MP: María Eugenia Alegret Brugués, 26.6.2008 (RJ 2009\4562); MP: José Francisco Valls Gombau, 8.5.2003 (RJ 2003\6764); MP: Lluís Puig i Ferriol

Ante estos supuestos, los tribunales, vinculados por el principio de congruencia y constreñidos por la estrategia que las partes deciden utilizar, han decidido aplicar en algunos casos las normas de la accesión. Ejemplo de ello es la SAPG, 1ª, 13.12.2006 (JUR 2007\143594); MP: *Fernando Ferrero Hidalgo*, donde el esposo compra un solar que se escritura solamente a nombre de la mujer. Posteriormente, el marido trabaja en el mencionado terreno para construir la vivienda familiar. También paga los gastos de obra. La Audiencia Provincial de Girona entiende que la mujer debe considerarse propietaria tanto del solar como de lo edificado sobre él, sin perjuicio de los correspondientes derechos de crédito que, después, al marido se le puedan reconocer:

(...) [E]l Juez [a quo] se equivoca cuando considera que el domicilio conyugal es propiedad de ambos, pues formalmente el terreno donde se construyó la casa es de titularidad de la esposa y, en virtud, de derecho de accesión sería también propietaria de lo construido [la cursiva es mía]. Ello sin perjuicio de lo que pueda declararse en el procedimiento ordinario y sobre la procedencia o no de reembolsos. Y el esposo es consciente que ello es así, pues, aunque al contestar la demanda manifiesta que fue él el que compró el solar y costeó la ejecución de la vivienda, en ningún momento solicita se declare que la vivienda conyugal es de propiedad de ambos, sino que, lo que pretende es la mitad del domicilio conyugal por vía de la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia o por vía de la pensión compensatoria recogida en el artículo 84 del mismo Texto Legal” (FJ 2º).

En la misma lógica, el TSJC también ha utilizado las normas sobre accesión (concretamente, el antiguo art. 278 CDCC) para reconocer un derecho de retención a favor del familiar que, viviendo en un inmueble propiedad de otro, realiza obras de mejora en la vivienda. Así, la STSJC 8.5.2003 (RJ 2003\6764); MP: *Lluís Puig i Ferriol* afirma:

“(...) No oblidem que ens trobem aquí davant d'una situació litigiosa que s'ha originat entre persones unides per uns vincles estrets de parentiu, com són un pare i la seva filla i que la construcció de la planta segona de

la finca per la filla i pel seu marit es va fer amb autorització expressa del propietari de la finca, amb la conseqüència que s'ha de qualificar de construcció feta de bona fe sobre finca aliena, que origina el dret de retenció segons l'article 278 del text compilat català.

(...)

(...) La posició dels agents s'ha de qualificar de correcta, ja que el dret de retenció s'ha de qualificar jurídicament d'excepció que limita la pretensió de la contrapart, en el sentit i en relació amb la matèria objecte del recurs que el propietari sols pot recuperar la possessió de la finca després d'haver pagat o consignat el crèdit a favor del titular del dret de retenció (...)” (FJ 3º).

Con todo, y sin perjuicio de que la figura de la accesión haya sido útil para solucionar casos como los anteriores y, muy particularmente, para reconocer un derecho de retención al que se le reclama el desalojo de una propiedad en la que ha acometido reformas, lo cierto es que, actualmente, la jurisprudencia del TSJC se inclina por no utilizar las normas de la accesión para resolver acerca de liquidación de mejoras en supuestos de pérdida de posesión por parte de un detentor⁵⁰⁴. En este sentido se pronuncia claramente la STSJC 18.9.2014 (RJ 2015\155); *MP: María Eugenia Alegret Brugués*:

[A]unque en alguna ocasión (...) se haya acudido al instituto de la accesión para resolver litigios planteados entre familiares en relación con viviendas cedidas para constituir la sede familiar de los hijos en la que se habían hecho importantes obras de acondicionamiento, lo cierto el TSJC (...) tenía establecido que *las normas sobre la accesión no eran adecuadas para resolver las cuestiones relacionadas con la liquidación de las mejoras en supuestos de pérdida de la posesión*, [la cursiva es mía] lo que resulta lógico en la medida en que en la accesión la posesión la tiene quien ha construido el edificio sobre el suelo ajeno por mor de dicha construcción, y el dueño del suelo no accede a su propiedad sino

⁵⁰⁴ Vid. por ejemplo, la STJC 25.10.1993 (RJ 1993\10194); *MP: José Antonio Somalo Giménez* o la STSJC 9.12.2002 (RJ 2003\3218); *MP: Antonio Bruguera Manté* o la

abona la indemnización correspondiente al quien construyó o edificó de buena fe, mientras que en el precario lo que se cede es un inmueble ya construido, pudiendo plantearse el conflicto en relación con las obras de conservación o mejora que sobre la cosa cedida haya realizado su tenedor material” (FJ 4º).

Con anterioridad también se había manifestado en la misma línea la SAPB, 12ª, 15.9.2004 (JUR 2004\292890); *MP: Ana Jesús Fernández San Miguel*, cuyos hechos corresponden al *Caso VIII*. Aquí, lejos de aplicar las normas de la accesión artificial por razón de la construcción sobre el terreno, el tribunal entendió que el caso debía resolverse mediante la aplicación del art. 39 CF:

“Teniendo en cuenta, (...) [que] la demanda se interpuso con posterioridad a la entrada en vigor del Código, (...) se entiende aplicable lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Familia.

Y no habiéndose destruido en modo alguno la presunción legal de donación, no cabe estimar la demanda por lo que respecta a la cantidad reclamada por la compra del terreno” (FJ 3º).

“Por lo que respecta a la suma reclamada como correspondiente a la mitad del importe del coste actualizado de los materiales y mano de obra invertidos en la edificación de la casa (75.890,55 euros), (...) también en este punto resulta ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Familia.

(...) [L]as alegaciones de la parte actora apelada con respecto a que el artículo 39 no es aplicable a la compra de material y mano de obra [no proceden]. (...) [T]anto los materiales como la mano de obra invertidos en la construcción no resultaron gratuitos (de hecho, se está reclamando ahora la mitad de su importe), por lo que no cabe sino entender que nos hallamos ante una adquisición onerosa, a las que se refiere el precepto de que se trata [el art. 39 CF]. No habiéndose destruido la presunción legal de donación, tampoco cabe la estimación de la demanda en cuanto a la cantidad reclamada por materiales y mano de obra” (FJ 4º).

Las reglas de la accesión son un mecanismo que permite resolver supuestos donde una parte realiza mejoras útiles -sean por

plantación, cultivo o construcción- en el patrimonio de otra⁵⁰⁵. Sin embargo, creo que el fundamento para reconocer un derecho de crédito a favor del cónyuge o conviviente A que, como en los *Casos VI, VII y VIII*, paga para mejorar los bienes del otro B, no reside en estas reglas, sobre todo si A actúa como detentor⁵⁰⁶. Por lo general estos casos se solucionan entendiendo que el poseedor natural no puede invocar ni las normas de la accesión ni el correspondiente derecho de retención; para ello debería ser poseedor civil en concepto de dueño⁵⁰⁷. Además, cuando es conocedor de que el lugar donde realiza las mejoras no le pertenece, no tiene derecho a ser compensado mediante un eventual derecho de crédito, sino que pierde todo cuanto ha plantado, cultivado o edificado *ex art. 542-11, apdo. 1, CCCat*.

d. El enriquecimiento injusto

Para que pueda prosperar una acción por enriquecimiento injusto en el ámbito de las mejoras por razón de capital no es suficiente con alegar que un cónyuge invirtió una determinada cantidad de dinero en mejorar el patrimonio del otro; *per se*, ello no genera ningún

⁵⁰⁵ Aunque el Libro quinto no lo señale expresamente, entiendo que los supuestos de accesión encajan en la clasificación de los gastos útiles (y no necesarios) de los que habla el art. 522-4 CCCat. *Vid.* en este sentido, NAVAS, Susana, *La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)*, cit., p. 125.

⁵⁰⁶ En el ámbito del Derecho de familia no son extraños los casos en los que la autoridad judicial resuelve entendiendo que una de las partes no es poseedora sino precarista respecto de un determinado bien. Aunque más vinculadas con relaciones paterno-filiales que matrimoniales, son ejemplos de ello la citada STSJC 18.9.2014 (RJ 2015\155); *MP: María Eugenia Alegret Brugués* o la STSJC 26.6.2008 (RJ 2009\4562); *MP: José Francisco Valls Gombau*.

⁵⁰⁷ *Vid.* en este sentido, NAVAS, Susana, *La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)*, cit., pp. 146 y 147. Nótese además que, de acuerdo con el art. 521-1, apdo. 2, CCCat, la detentación “(...) solo produce los efectos que para cada caso concreto establecen las leyes”.

derecho a reembolso⁵⁰⁸. Además, es necesario que la atribución patrimonial carezca de causa⁵⁰⁹.

Como veremos más detalladamente en el siguiente apartado, es cuanto menos controvertido afirmar que en casos como los que nos ocupan no existe *animus donandi* del que pagó las mejoras frente al que se benefició de ellas. Imaginemos dos situaciones:

(a) A adquiere una finca rústica con dinero procedente de su pareja, B. La finca se inscribe solamente a nombre de A.

(b) A adquiere una finca rústica con dinero procedente de su pareja, B. Sin embargo, el inmueble está en un terrible mal estado de conservación, por lo que B, a parte de pagar el precio de compra, invierte parte de su capital privativo en obras de rehabilitación. La finca se inscribe solamente a nombre de A.

Como veíamos en el capítulo segundo, la opción (a) es una de las situaciones -quizá la más paradigmática- donde entra en juego el principio de titularidad formal y la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. En la opción (b), en cambio, se adquiere la finca pero además se introducen mejoras gracias a la inversión capital. Llegados a este punto, cabe preguntarse si se puede afirmar que el fundamento que permite justificar la presunción de donación de la compra de la finca es distinto cuando lo que se hace es pagar su rehabilitación. Hay dos posibles respuestas:

(a) La primera es entender que la intención de las partes es la misma tanto en la adquisición como en la mencionada

⁵⁰⁸ Vid. el apartado 4.4. del capítulo segundo, donde se hace referencia a los requisitos que deben concurrir para entender que, efectivamente, se produce un enriquecimiento injusto.

⁵⁰⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, cit., p. 107.

rehabilitación. A tiene un presunto animo de liberalidad a favor de B, por lo que, sin perjuicio de poder aportar prueba en contrario, existe una causa que justifica el desplazamiento patrimonial de una parte a la otra.

(b) La segunda es entender que la intención de las partes es distinta y que el *animus donandi* solamente puede predicarse de las adquisiciones, pero no de otras actividades que implican un desplazamiento patrimonial entre cónyuges o convivientes.

En este último caso, el derecho a reembolso podría fundamentarse en el mencionado enriquecimiento injusto. Ante la inexistencia de relación contractual entre las partes (como parece lógico suponer), la pretensión se incardinaría dentro de la denominada *condictio* por inversión o desembolso, esto es, aquella situación en la cual “se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma”⁵¹⁰. Con todo, como veremos en el apartado siguiente, opto por defender, igual que sucede en las adquisiciones onerosas, que debería presumirse que el que realiza una inversión de capital para acometer mejoras en un bien propiedad de su pareja lo hace movido por un ánimo de liberalidad.

5.4. LA PRESUNCIÓN DE DONACIÓN

5.4.1. Base jurisprudencial

Si, como hemos visto, una posible opción para resolver casos en los que un cónyuge o conviviente mejora el patrimonio del otro mediante inversión de capital es el reconocimiento de un derecho de reembolso a su favor, otra opción es entender que la consecución de

⁵¹⁰ *Idem*, p. 128.

gastos y mejoras responde a un animo de liberalidad y que, por lo tanto, existe donación. Algunas audiencias provinciales catalanas interpretan que en operaciones de mejora sobre un bien -como la vivienda familiar- existe *animus donandi* por parte de quien paga la mejora, y ello independientemente de si estamos hablando de un matrimonio o de una pareja estable. Algunos ejemplos, a parte del *Caso VIII*, son los siguientes:

Caso IX: SAPG, 2ª, 6.5.2002 (JUR 2002\186562); *MP*: Jaime Masfarré Coll: Las partes, convivientes en pareja estable, adquirieron una vivienda las arras de la cual fueron a cargo de una cuenta bancaria conjunta. En el contrato privado de compraventa figuraban ambas partes, y así se hizo constar en la escritura pública. Posteriormente, ya casados, el marido realizó mejoras de acondicionamiento en el inmueble (no consta su valor económico).

El tribunal entiende que el cónyuge no tiene derecho a reclamar el pago de las reformas en el inmueble: “[L]a única conclusión lógica (...) es que la compra de la casa, que iba a constituir en breve domicilio conyugal, se realizó por las partes con la voluntad expresa de pasara a ser de titularidad común, por mitades en proindiviso, *debiendo entender que en la parte en que uno u otro comprador aportase más dinero para esa adquisición, lo hacía con la voluntad de donarla mitad de ello a la otra* [la cursiva es mía]. Conclusión a la que igualmente se habría llegado si la adquisición hubiera tenido lugar constante ya el matrimonio, en virtud de lo dispuesto en el art. 39 del Codi de Família. Lo propio hay que decir, por ello mismo, en relación a los gastos de acondicionamiento o mejora realizados posteriormente en la vivienda, en la medida en que ambos cónyuges eran conscientes que repercutían en beneficio de un bien del que eran titulares por mitad.” (FJ 1º).

Caso X: SAPB, 11ª, 21.9.2009 (JUR 2009\491983); *MP*: Maria del Mar Alonso Martínez: Las partes empezaron a convivir como pareja de hecho. Durante la convivencia, adquirieron una finca en la localidad de Balenyà y un vehículo marca Fiat. Para hacer frente a los gastos de hipoteca derivados de la adquisición del inmueble, el conviviente ingresó en una cuenta de titularidad conjunta 18.832,04 euros, mientras que la mujer solamente aportó 2.875 euros. Posteriormente, el conviviente ordenó transferencias por valor de 6.500 euros a la misma cuenta. En

paralelo, también sufragó obras de mejora, reforma y rehabilitación en la vivienda familiar por valor de 113.685,90 euros.

La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que el conviviente no puede, tras el cese de la convivencia, solicitar el retorno de lo invertido en mejoras: “Pues bien, (...) queda plenamente probado que apelante y apelada sostuvieron una relación sentimental, constituyendo una unión estable de pareja, que se prolongo por unos seis años (...), unión que determinó la existencia de un proyecto de vida común en la que existió un clara vinculación de los patrimonios (...). *Los pagos vinculados a la vivienda, ya por cuotas de hipoteca o por obras de mejora (...) se hicieron en beneficio de ambos, habiendo contribuido estos económica y personalmente a [una] comunidad a la que debe estarse considerando el contenido de los preceptos legales aludidos en este fundamento [arts. 3 y 4 LUEP], sin que quepa ahora el reembolso que pretende el apelante [la cursiva es mía]*” (FJ 5º).

Caso XI: SAPG, 2ª, 23.2.2011 (AC 2011\947); MP: José Isidro Rey Huidobro: Las partes, antes de contraer matrimonio, compraron un terreno sobre el que, con posterioridad, se edificó la vivienda familiar. A pesar de que ambos miembros de la pareja constaban en la escritura pública de compraventa, solamente la mujer abonó el precio de la adquisición. A continuación, el padre de la conviviente pagó el coste de parte de las obras necesarias para la construcción de la vivienda familiar. Ambas operaciones tuvieron un coste de 62.075,82 euros.

El tribunal, que no puede aplicar el art. 39 CF puesto que el pago de las mejoras las realiza un tercero, razona que existe una donación tácita del padre de la esposa: “[S]iendo cierto que la compra de la parcela sobre la cual se edificó la vivienda que sería familiar se hizo por ambos cónyuges y así consta en la escritura, (entonces todavía no casados), aunque el dinero con el que se hizo el pago antes de contraer matrimonio perteneciese a la Sra. María del Pilar al no tener disponibilidad el otro comprador, la parte que recibió el Sr. David , que aceptó desde el momento en que se inscribió a nombre de ambos, tiene la condición donación por razón de matrimonio (...).

Y otro tanto habría de decirse de la parte de las obras realizadas en la parcela común, que sufragó el padre de la Sra. María del Pilar , antes de que su hija y su futuro yerno contrajeran matrimonio, pues *la conducta desplegada por el padre de la Sra. María del Pilar demuestra (...) que*

consideró el matrimonio como causa determinante de la donación del importe de una parte de la obra de la vivienda que iba a ser el domicilio familiar de su hija y de su yerno (...) [la cursiva es mía]" (FJ 2º).

5.4.2. Fundamento legal

En los casos anteriores los tribunales, atendiendo a las circunstancias concretas del litigio y a la supuesta voluntad de las partes, infieren que existe donación del cónyuge o conviviente que paga para mejorar la que normalmente es la vivienda familiar. Como señalaba en el apdo. 5.3.2.d) de este capítulo al hablar del enriquecimiento injusto, parece que la misma lógica que permite presumir la donación de las adquisiciones onerosas realizadas durante el matrimonio puede extenderse también a los supuestos de gastos y mejoras; al fin y al cabo, podría decirse, la existencia de un verdadero *animus donandi* entre las partes es igual de probable (o improbable) tanto en un caso como en el otro.

Creo que en sede matrimonial puede tener sentido apoyarse en esta solución, que pasa por una interpretación extensiva del art. 232-3, apdo. 1, CCCat, para resolver los problemas de mejoras por inversión de capital. Aunque con sus problemas, la presunción de donación es una solución *ad hoc* que da razón de la causa más probable que motiva las atribuciones patrimoniales de un cónyuge al otro, el ánimo de liberalidad, y mitiga el rigor del régimen económico a través de una suerte de compensación económica anticipada. Y si ello es válido para las adquisiciones onerosas, no veo porque no puede serlo también en las mejoras por razón de capital. Además, esta idea es coherente con lo sostenido en páginas anteriores para las contribuciones a la amortización del préstamo hipotecario, donde abogaba por presumir ánimo de liberalidad de un cónyuge al otro a menos que el mencionado préstamo se hubiera contraído conjuntamente.

Respecto de la convivencia en pareja estable, opino que la solución debería ser la misma, esto es, presumir donación de las mejoras por razón de capital. Esta es una posición discutible, tal y como se evidencia en algunas de las sentencias anteriormente comentadas⁵¹¹, donde se reconoce un derecho de crédito al conviviente que paga la mejora de un bien, normalmente la vivienda familiar⁵¹². Asimismo, parece que el art. 234-3, apdo. 1, CCCat no apunta precisamente en esta dirección al proclamar, a diferencia de lo que hacía la LUEP (art. 3, apdo. 2, para las parejas heterosexuales y 22, apdo. 2, para las homosexuales) que “[l]as relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes”. Por otro lado, en clave comparada, algunos países de nuestro entorno reconocen una acción para recuperar el dinero invertido en las mejoras (p. ej. Francia⁵¹³) o, en el caso específico de Inglaterra y Gales, un derecho basado en la equidad canalizado mediante el *proprietary estoppel* o los ya conocidos *implied trusts*⁵¹⁴.

⁵¹¹ SSTSJC 26.5.2005 (RJ 2005\6880); MP: *Maria Eugenia Alegret Brugués*, 10.5.1993 (RJ 1993\6323); MP: *Jesús Corbal Fernández*, y SSAPB, 4ª, 30.11.2004 (JUR 2005\5737); MP: *Mireia Ríos Enrich*, 27.11.2002 (JUR 2003\61835); MP: *Pascual Ortuño Muñoz*.

⁵¹² Como comentaba en el capítulo segundo, lo mismo sucede en sede de adquisiciones onerosas. *Vid.* en este sentido, las SSAPB, 16ª, 3.4.2014 (JUR 2014\135239); MP: *Inmaculada Zapata Camacho*; 13ª, 25.9.2013 (JUR 2014\45824); MP: *Joan Cremadés Morant*; 2ª, 7.6.2012 (JUR 2012\275850); MP: *Joaquín Bayo Delgado*; 17ª, 18.10.2010 (JUR 2011\82716); MP: *Paulino Rico Rajo*; 19ª, 8.1.2010 (JUR 2010\176676); MP: *Manuel Galán Sánchez*; 11ª, 17.5.2006 (JUR 2006\260093); MP: *José Maria Bachs i Estany*. En sentido contrario, y apreciando la existencia de donación, *vid.* la SAPT, 3ª, 12.3.2010 (JUR 2010\176676); MP: *Manuel Galán Sánchez* o las SSAPB, 16ª, 5.2.2015 (JUR 2015\115376); MP: *Jordi Seguí Puntas*; 19ª, 17.6.2005 (JUR 2006\265801); MP: *Mª Asunción Claret Castany* o la SAPG, 2ª, 6.4.2011 (JUR 2011\295167); MP: *Jaime Masfarre Coll*. En estos últimos casos, sin embargo, no se hace referencia expresa a la aplicación analógica de la presunción de donación matrimonial.

⁵¹³ *Vid.* FERRAND, Frédérique y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, “Question 34”, *cit.*, pp. 703 a 705.

⁵¹⁴ En *Drake v Whipp* [(1996) 1 FLR 826 CA] por ejemplo, la Sra. Drake y el Sr. Whipp compraron un granero con la intención de reformarlo y establecer allí su vivienda familiar. El Sr. Whipp pagó el 60% del precio de compra (36.000 libras) y la Sra. Drake el 40% restante (25.000 libras). Sin embargo, solamente el Sr. Whipp constó como propietario del bien, sin que las partes constituyeran

Sin embargo, en sintonía con lo que defendía en el capítulo segundo y en el apartado tercero de este capítulo, opino que cuando A desembolsa un capital para acometer reformas en un bien que sabe que no le pertenece -puesto que es propiedad de su pareja, B- actúa con ánimo de liberalidad, sin pretender reclamar luego el importe de lo invertido. En caso de que realmente hubiera habido un anticipo - p. ej. B no puede sufragar el coste de las mejoras y por esto A se hace cargo de ellas-, A debería estar en posición de acreditar que en algún momento antes de la crisis convivencial solicitó a B que le devolviera la cantidad desembolsada. Después de la ruptura, A siempre tendrá incentivos para reclamar cuanto pueda de B, independientemente de cuál fuera su intención en momento de realizar las mejoras. Además, no solicitar el pago de lo presuntamente anticipado durante la convivencia y hacerlo tras su cese puede ir, creo, contra los actos propios (art. 111-8 CCCat): se pretende hacer valer un derecho (de crédito) que contradice la conducta propia observada con anterioridad (un pago efectuado sin posterior reclamación).

En lo relativo a la libertad de los convivientes para organizar sus relaciones patrimoniales de la forma que consideren más conveniente, como decía en el capítulo segundo, la presunción de donación generalmente tiene incidencia práctica (se hace “valer”) tras -y no durante- la relación. Consecuentemente, creo que no

tampoco ningún *express trust*. Las obras de rehabilitación costaron 129.000 libras, de las cuales la Sra. Drake contribuyó con 13.000. Posteriormente, el Sr. Whipp conoció a otra mujer y decidió censar la convivencia con la que hasta entonces había sido su compañera sentimental. La Sra. Drake solicitó que se le reconociera un interés basado en la equidad por las contribuciones que había realizado tanto respecto de la compra como respecto de la rehabilitación del inmueble. La *Court of Appeal* decide asignarle una tercera parte de la *beneficial ownership*. El tribunal, apartándose del *resulting trust* y amparándose en la mayor discrecionalidad del *constructive trust*, entiende que las partes tenían el propósito en común de compartir el granero (*common intention*); por ello, decide reconocerle el 33% del interés basado en la equidad.

distorsiona (o no en exceso) la amplia libertad que el legislador catalán ha querido dar a los convivientes para regular sus relaciones económicas, máxime cuando: (a) la presunción puede incardinarse dentro de la misma lógica que la de los efectos del cese de la convivencia [compensación económica por razón de trabajo (art. 234-9 CCCat), prestación alimentaria (art. 234-10 CCCat), etc] al actuar como una suerte de compensación anticipada y (b) lo único que hace la presunción es identificar la causa más probable de las atribuciones patrimoniales que un conviviente realiza en beneficio del otro (donación), teniendo siempre la posibilidad de destruirla.

6. LA FAMILIARIZATION DE LAS MEJORAS FAMILIARES

En el capítulo segundo veíamos que adaptar algunas reglas del Derecho civil patrimonial para su mejor acomodo al plano familiar -presumiendo, como hace el art. 232-3, apdo. 1, CCCat, la existencia de donación- es una buena solución al problema de las adquisiciones onerosas. Asimismo, en el capítulo tercero señalaba que algunos criterios utilizados en el caso de *Stack v Dowden* -relativo a la fase de cuantificación del *common intention constructive trust*- podrían servir, junto con el pago de la contraprestación, para inferir la existencia de un *pactum fiduciae* entre las partes. Tanto un caso como el otro son formas de *familiarization*, esto es, de reinterpretación de reglas de Derecho privado a la luz de la realidad familiar.

En los supuestos de gastos y mejoras realizados por cónyuges o convivientes en el patrimonio del otro, que es el que nos ocupa, no hay -salvo alguna excepción muy concreta⁵¹⁵- normativa específica de Derecho de familia en relación con esta materia. Como sabemos,

⁵¹⁵. Vid. el art. 232-25 CCCat, sobre la asociación de compras y mejoras.

los litigios que hasta ahora han llegado a nuestros tribunales se han resuelto de distintas maneras y sin depurar demasiado los fundamentos de derecho que sostienen un eventual reconocimiento de un derecho de crédito (p. ej. art. 1740 en relación con el 1753 y ss. CC en el caso del préstamo; arts. 522-2 y 522-4 CCCat en el caso de la liquidación de estados posesorios; doctrina del enriquecimiento injusto, etc) o una presunta donación (arts. 531-7 y ss. CCCat).

En Inglaterra y Gales existen las mismas problemáticas que en Cataluña en lo que se refiere al ámbito de los gastos y mejoras. En lo que difieren ambos sistemas es en las soluciones que ofrecen para resolver estos problemas. Desde la óptica inglesa, en las contribuciones directas al pago del préstamo hipotecario el cónyuge o conviviente contribuyente no titular puede ampararse tanto en las figuras del *presumed intention resulting trust* como del *common intention constructive trust*⁵¹⁶. En el caso de las *non-financial contributions* la norma general es que éstas no generan ningún derecho basado en la equidad⁵¹⁷. Con todo, nada impide que eventualmente pueda hacerse valer la figura del *proprietary estoppel* (*representation/assurance + reliance + detriment + unconscionability*) o, en caso de existir una declaración de voluntad expresa (“*Rosset 1*”), del *common intention constructive trust*⁵¹⁸. Respecto de las mejoras por razón de capital, la solución también pasa por el uso de una de estas dos figuras. En caso de que nos hallemos ante un problema de cuantificación de la *beneficial*

⁵¹⁶ Sin embargo, normalmente las partes no utilizaran esta primera modalidad de *trust* dado que su actual aplicación en el ámbito familiar es muy limitada. *Vid.* en este sentido, *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53. A mayor abundamiento sobre estas modalidades de *implied trust*, *vid.* los apdos. 6.4 y 6.5 del capítulo primero.

⁵¹⁷ *Vid.* la nota 478.

⁵¹⁸ Nótese que debido al hecho que los tribunales ingleses han puesto muy alto el umbral para reconocer el *common intention constructive trust*, actualmente los litigantes ingleses suelen utilizar más el *proprietary estoppel* para canalizar sus pretensiones. *Vid. Thorner v Major* [2009] UKHL 18.

ownership, debemos presumir *iuris tantum* que el bien y sus mejoras pertenecen a cada una de las partes por mitades iguales (*equity follows the law*) sin perjuicio que, como se indica en *Stack v Dowden*, la autoridad judicial pueda apartarse de este criterio si lo considera oportuno (por ejemplo, si se demostrara que A hizo una contribución económica mucho más sustancial que la de B para sufragar las mejoras).

A pesar de que esta forma de resolver controversias en sede de mejoras pueda parecer compleja -que lo es- y de difícil aplicación en un sistema como el catalán, lo cierto es que entraña una reflexión interesante: los mismos mecanismos que sirven para abordar conflictos sobre la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio o la convivencia en pareja estable -*implied trusts* y, eventualmente, *proprietary estoppel*- sirven también para solucionar problemas de gastos y mejoras.

Por este motivo creo que, a diferencia de lo que sucedía con la fiducia, para familiarizar las soluciones dispares a las que hoy llegan nuestros tribunales en materia de mejoras debería extenderse, igual que sucede en Inglaterra y Gales, la misma solución que se da en el caso de las adquisiciones. Es difícil comprender porqué en sede matrimonial se presume donación de la contraprestación utilizada para adquirir un bien y en cambio la misma lógica no debería operar cuando de lo que hablamos es de amortizar un préstamo hipotecario (siempre que no se haya contraído conjuntamente) o de invertir un capital para reformar una finca. Aquí el proceso de *familiarization* debería consistir en establecer que la misma presunción de donación que opera en las adquisiciones onerosas es también válida para el pago de mejoras y de préstamos -singularmente el hipotecario contraído sólo por una parte- concedidos con la finalidad de mejorar un determinado bien. En sede matrimonial bastaría con añadir un tercer inciso al art. 232-3 CCCat; en sede de convivencia en pareja estable debería

implementarse una disposición legal específica que regulara esta cuestión.

CONCLUSIONES

En las páginas anteriores he abordado tres de los problemas más frecuentes que pueden surgir durante el matrimonio o la convivencia en pareja estable: adquisiciones onerosas, negocios fiduciarios *cum amico* y gastos y mejoras realizados por un cónyuge o conviviente en el patrimonio del otro y, singularmente, en la vivienda familiar. Su relevancia es particularmente significativa en ordenamientos jurídicos -como el catalán o el inglés- que parten de un modelo de separación de bienes.

En las últimas décadas, debido a algunas decisiones de la *House of Lords* primero y de la *Supreme Court* después, en Inglaterra y Gales ha tenido lugar un proceso de *familiarization* gracias al cual se han reinterpretado algunas normas del Derecho de la propiedad, contratos y *equity and trusts* para su mejor acomodo a las necesidades familiares. Tomando este dato como referencia, en este trabajo me he cuestionado si en Cataluña se ha hecho o es posible hacer lo mismo, esto es, diseñar soluciones específicas de Derecho de familia para resolver mejor los conflictos patrimoniales acontecidos en el seno familiar. Ésta es la pregunta central a la que he intentado dar respuesta mediante el estudio de la normativa, doctrina y, sobre todo, jurisprudencia existente sobre las problemáticas antes señaladas. A continuación expongo los resultados más significativos en relación con esta cuestión:

I.- Adquisiciones onerosas

En Cataluña la presunción de donación del art. 232-3, apdo. 1, CCCat, aun con los inconvenientes que plantea -p. ej. problemas de forma y fondo *ex arts. 531-12 y 531-15 CCCat*- es una norma que responde claramente a la lógica de la *familiarization*. Su objetivo va más allá de reforzar la inaplicación del principio de subrogación real. De hecho, la lectura podría ser exactamente la contraria: quien

adquiere un bien es propietario puesto que la contraprestación le pertenece por donación de su cónyuge. Defiendo que la función de la mencionada presunción es mitigar el rigor del régimen de separación mediante una suerte de compensación anticipada -que normalmente beneficia a la parte económicamente más débil, en parte por su mayor dedicación a la familia- así como dar razón de la causa más probable que justifica las atribuciones patrimoniales de un cónyuge al otro: el ánimo de liberalidad.

Aunque las donaciones no se presumen creo que en las disputas sobre adquisiciones realizadas durante el matrimonio tiene sentido invertir esta regla. Lo mismo argumento respecto de la convivencia en pareja estable, donde opto por sugerir la implementación de una regla similar a la del art. 232-3, apdo. 1, CCCat. A pesar de que esta solución difiere de la dada por el ordenamiento jurídico inglés (la *presumption of advancement* no está en vigor desde 2010), opino que normalmente cuando A y B, convivientes, pagan la contraprestación para adquirir un bien pero solo B consta como propietario / A paga pero en el contrato o en la escritura pública también consta B, su pareja, es porque el primero quiere beneficiar patrimonialmente al segundo, sea por su dedicación a la familia, como forma de contribución a los gastos familiares o, simplemente, por los afectos que existen entre las partes.

II.- Negocios fiduciarios

Desde el punto de vista de la *familiarization* pienso que algunas de las orientaciones e indicaciones utilizadas en el *common intention constructive trust* podrían implementarse en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los negocios fiduciarios *cum amico* celebrados en el contexto familiar. Defiendo que para inferir la existencia de fiducia por parte del juez debería ser necesario que el presunto fiduciante cumpliera con dos requisitos:

(a) El pago -total o parcial- de la contraprestación empleada para adquirir un bien. Aunque de forma imperfecta, creo que éste es un buen punto de partida para presumir la voluntad o el propósito en común de las partes. Así sucede en mundo anglosajón, donde en el *presumed intention resulting trust* y en la fase de adquisición del *common intention constructive trust*, el desembolso de una determinada cantidad de dinero para adquirir un bien tiene una importante incidencia en el reconocimiento de la *beneficial ownership*. Sin embargo, este requisito por sí solo no es suficiente para apreciar la fiducia. Además, deberían concurrir los criterios del apartado (b).

(b) La existencia de algunas de las variables apuntadas en la sentencia de *Stack v Dowden* (párr. 69) -fase de cuantificación del *common intention constructive trust*- como: (i) las declaraciones y/o manifestaciones entre las partes o entre éstas y terceros cuando, supuestamente, se celebró el negocio fiduciario; (ii) la razón y/o el propósito por el que se adquirió el bien respecto al cual se reclama la titularidad fiduciaria o (iii) el tipo de relación afectiva entre las partes -matrimonio o convivencia en pareja estable- así como su duración.

También sería interesante valorar, aunque ello sea más propio de simulación que de fiducia, si el que aduce ser fiduciante mantenía bajo su control el bien respecto al cual solo su pareja constaba como titular.

III.- Gastos y mejoras

A la luz de la disparidad de soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia en materia de gastos y mejoras, creo que aquí el proceso de *familiarization* debería consistir en establecer la misma presunción de donación que opera en las adquisiciones onerosas. En sede matrimonial bastaría con añadir un tercer inciso al art. 232-3

CCCat; en sede de convivencia en pareja estable debería implementarse una disposición legal específica. Aunque es cierto que el legislador señala que durante la convivencia las relaciones patrimoniales de las partes se regulan exclusivamente por los pactos que alcanzan entre ellas (art. 234-3, apdo. 1, CCCat), no lo es menos que la eventual presunción de donación normalmente tendría consecuencias tras -y no durante- la relación. Así, puede incardinarse en la misma lógica que la de los efectos del cese de la convivencia.

En Inglaterra y Gales los mismos mecanismos que sirven para abordar conflictos sobre la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio o la convivencia en pareja estable -*implied trusts* y, eventualmente, *proprietary estoppel*- sirven también para solventar problemas de gastos y mejoras. Pienso que la misma lógica podría aplicarse en Cataluña. Las partes no son individuos extraños entre sí. En este sentido, opino que cuando A paga las deudas que B contrae en exclusiva -p. ej. un préstamo hipotecario- lo hace sin intención de reclamar después la cantidad desembolsada. Lo mismo sucede en las mejoras por razón de trabajo, que a menudo son difíciles de categorizar por cuanto pueden ser también contribuciones a la comunidad de vida familiar o actos de complacencia (*Gefälligkeiten*), o en las mejoras por razón de capital. Con todo, como en las adquisiciones onerosas, nada debería impedir que la presunción de donación pudiera destruirse aportando prueba en contrario.

TABLA DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES ESPAÑOLES

Tribunal Constitucional

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Pleno, 23.4.2013	RTC 2013\93	<i>Adela Asua Batarrita</i>
Pleno, 15.11.1990	RTC 1990\184	<i>Jesús Leguina Villa</i>

Tribunal Supremo

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Civil, 30.12.2015	RJ 2015\5897	<i>José Antonio Seijas Quintana</i>
Civil, 4.10.2011	RJ 2011\6835	<i>Rafael Gimeno-Bayón Cobos</i>
Civil, 13.7.2009	RJ 2009\4466	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil, 30.5.2008	RJ 2008\3190	<i>Clemente Auger Liñán</i>
Civil, 29.11.2007	RJ 2007\8454	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
Civil, 20.6.2007	RJ 5574	<i>Encarnación Roca Trias</i>
Civil, 6.10.2006	RJ 2006\6650	<i>Clemente Auger Liñán</i>
Civil, 27.7.2006	RJ 2006\6144	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>

Civil, 23.6.2006	RJ 2006\4610	<i>Vicente Luis Montes Penades</i>
Civil, 26.2.2007	RJ 2007\1769	<i>Antonio Gullón Ballesteros</i>
Civil, 11.1.2007	RJ 2007\1502	<i>Antonio Gullón Ballestero</i>
Civil, 27.7.2006	RJ 2006\6144	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
Civil, 25.10.2005	RJ 2005\8144	<i>José Antonio Seijas Quintana</i>
Civil, 12.9.2005	RJ 2005\7148	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
Civil, 27.5.2005	RJ 2005\5760	<i>Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares</i>
Civil, 26.7.2004	RJ 2004\6633	<i>Luis Martínez- Calcerrada y Gómez</i>
Civil, 31.10.2003	RJ 2003\7977	<i>Pedro González Poveda</i>
Civil, 17.6.2003	RJ 2003\4605	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil, 24.3.2003	RJ 2003\2917	<i>Luis Martínez- Calcerrada y Gómez</i>
Civil, 13.2.2003	RJ 2003\1046	<i>Luis Martínez- Calcerrada y Gómez</i>
Civil, 17.9.2002	RJ 2002\8558	<i>Clemente Auger Liñán</i>
Civil, 7.6.2002	RJ 2002\4875	<i>Pedro González Poveda</i>
Civil, 17.7.2001	RJ 2001\6860	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil, 5.3.2001	RJ 2001\3972	<i>Román García Varela</i>

Tabla de jurisprudencia

Civil, 12.7.2000	RJ 2000\6686	<i>José Ramón Vázquez Sandes</i>
Civil, 4.7.1998	RJ 1998\5413	<i>Francisco Morales Morales</i>
Civil, 17.3.1997	RJ 1997\1978	<i>Francisco Morales Morales</i>
Civil, 2.12.1996	RJ 1996\8784	<i>Román García Varela</i>
Civil, 8.3.1996	RJ 1996\1939	<i>Eduardo Fernández-Cid de Temes</i>
Civil, 21.3.1995	RJ 1995\2051	<i>José Almagro Nosete</i>
Civil, 22.2.1995	RJ 1995\1700	<i>Antonio Gullón Ballesteros</i>
Civil, 5.4.1994	RJ 1994\2936	<i>Antonio Gullón Ballesteros</i>
Civil, 13.12.1993	RJ 1993\9615	<i>Jaime Santos Briz</i>
Civil, 5.4.1993	RJ 1993\2791	<i>Francisco Morales Morales</i>
Civil, 30.4.1992	RJ 1992\4474	<i>Matías Malpica González-Elipe</i>
Civil, 28.2.1991	RJ 1991\1607	<i>José Almagro Nosete</i>
Civil, 30.1.1991	RJ 1991\349	<i>Eduardo Fernández-Cid de Temes</i>
Civil, 22.1.1991	RJ 1991\306	<i>Pedro González Poveda</i>
Civil, 15.11.1990	RJ 1990\8712	<i>Ramon López Vilas</i>
Civil, 23.9.1989	RJ 1989\6352	<i>Pedro González Poveda</i>
Civil, 28.10.1988	RJ 1988\7746	<i>Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa</i>

Civil, 8.3.1988	RJ 1988\1607	<i>Eduardo Fernández-Cid de Temes</i>
Civil, 19.11.1987	RJ 1987\8408	<i>Jaime Santos Briz</i>
Civil, 14.5.1987	RJ 1987\3443	<i>Jaime Santos Briz</i>
Civil, 2.6.1982	RJ 1982\3402	<i>Jaime De Castro García</i>
Civil, 19.5.1982	RJ 1982\2580	<i>Cecilio Serena Velloso</i>
Civil, 13.3.1978	RJ 1978\811	<i>Federico Rodríguez Solano y Espín</i>
Civil, 18.2.1965	---	---

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Civil y Penal, 8.6.2015	JUR 2015\197360	<i>Juan Manuel Abril Campoy</i>
Civil y Penal, 18.9.2014	RJ 2015\155	<i>María Eugenia Alegret Brugués</i>
Civil y Penal, 17.7.2014	RJ 2014\4749	<i>Maria Eugenia Alegret Brugués</i>
Civil y Penal, 14.2.2013	JUR 2013\171846	<i>Núria Bassols Muntada</i>
Civil y Penal, 27.9.2012	RJ 2012\11149	<i>José Francisco Valls Gombau</i>
Civil y Penal, 6.10.2011	RJ 2012\669	<i>Carlos Ramos Rubio</i>
Civil y Penal, 7.6.2010	RJ 2010\3750	<i>José Francisco Valls Gombau</i>

Tabla de jurisprudencia

Civil y Penal,	JUR 2010\184472	<i>José Francisco Valls Gombau</i>
Civil y Penal,	RJ 2010\1483	<i>Enrique Anglada Flors</i>
Civil y Penal,	RJ 2010\1641	<i>María Eugenia Alegret Brugués</i>
Civil y Penal,	RJ 2009\4562	<i>José Francisco Valls Gombau</i>
Civil y Penal	RJ 2007\6183	<i>Carlos Ramos Rubio</i>
Civil y Penal,	RJ 2008\2805	<i>Núria Bassols Muntada</i>
Civil y Penal,	RJ 2005\6880	<i>Maria Eugenia Alegret Brugués</i>
Civil y Penal,	RJ 2004\7462	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
Civil y Penal,	RJ 2004\1789	<i>Antonio Bruguera Manté</i>
Civil y Penal,	RJ 2003\5396	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
Civil y Penal,	RJ 2003\6764	<i>Lluís Puig i Ferriol</i>
Civil y Penal,	RJ 2003\3218	<i>Antonio Bruguera Manté</i>
Civil y Penal,	RJ 2002\10924	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
Civil y Penal,	RJ 2003\698	<i>Nuria Bassols Muntada</i>
Civil y Penal,	RJ 2002\10438	<i>Núria Bassols Muntada</i>

Civil y Penal, 1.7.2002	JUR 2002\228865	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
Civil y Penal, 23.5.2002	JUR 2002\175350	<i>Ponç Feliu i Llansa</i>
Civil y Penal, 27.4.2000	RJ 2000\4125	<i>Guillermo Vidal Andreu</i>
Civil y Penal, 4.10.1999	RJ 2000\8039	<i>Ponç Feliu i Llansa</i>
Civil y Penal 5.3.1998	RJ 1998\10049	<i>Lluís Puig i Ferriol</i>
Civil y Penal, 6.2.1995	RJ 1995\4463	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil y Penal, 15.12.1994	RJ 1995\489	<i>Lluís Puig i Ferriol</i>
Civil y Penal, 31.1.1994	RJ 1994\4587	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil y Penal, 28.12.1993	RJ 1993\10203	<i>Luis María Díaz Valcárcel</i>
Civil y Penal, 25.10.1993	RJ 1993\10194	<i>José Antonio Somalo Giménez</i>
Civil y Penal, 19.10.1993	RJ 1993\10181	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil y Penal, 10.5.1993	RJ 1993\6323	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
Civil y Penal, 16.7.1992	RJ 1992\10278	<i>Lluís Puig i Ferriol</i>
Civil y Penal, 2.7.1990	RJ 1992\2578	<i>Jesús Corbal Fernández</i>

Audiencia Provincial de Barcelona

Tabla de jurisprudencia

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Secc. 4ª, 25.7.2015	JUR 2016\11268	<i>Mercedes Hernández Ruiz-Olalde</i>
Secc. 16ª, 5.2.2015	JUR 2015\115376	<i>Jordi Seguí Puntas</i>
Secc. 19ª, 25.6.2014	JUR 2014\234934	<i>José Manuel Regadera Sáenz</i>
Secc. 18ª, 26.5.2014	JUR 2014\179424	<i>Francisco Javier Pereda Gámez</i>
Secc. 16ª, 3.4.2014	JUR 2014\135239	<i>Inmaculada Zapata Camacho</i>
Secc. 13ª, 25.9.2013	JUR 2014\45824	<i>Joan Cremadés Morant</i>
Secc. 12ª, 24.7.2013	JUR 2013\330782	<i>Joaquín Bayo Delgado</i>
Secc. 17ª, 30.5.2013	JUR 2013\337351	<i>María del Pilar Ledesma Ibañez</i>
Secc. 1ª, 15.1.2013	JUR 2013\66142	<i>Ramón Vidal Carou</i>
Secc. 1ª, 18.12.2012	JUR 2013\66139	<i>Ramón Vidal Carou</i>
Secc. 16ª, 18.9.2012	JUR 2012\345807	<i>Inmaculada Zapata Camacho</i>
Secc. 4ª, 15.6.2012	JUR 2012\312958	<i>Vicente Conca Pérez</i>
Secc. 12ª, 7.6.2012	JUR 2012\275850	<i>Joaquín Bayo Delgado</i>
Secc. 12ª, 5.4.2012	JUR 2012\180380	<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>
Secc. 14ª, 15.12.2011	AC 2012\239	<i>Marta Font Marquina</i>
Secc. 1ª, 24.10.2011	JUR 2011\396611	<i>Antonio Ramón Recio Córdova</i>

Secc. 18ª, 21.1.2011	JUR 2011\135769	<i>Aurora Figueras Izquierdo</i>
Secc. 17ª, 18.10.2010	JUR 2011\82716	<i>Paulino Rico Rajo</i>
Secc. 1ª, 14.9.2010	JUR 2010\375523	<i>Antonio Ramón Recio Córdova</i>
Secc. 19ª, 8.1.2010	JUR 2010\149686	<i>Núria Barriga López</i>
Secc. 11ª, 21.9.2009	JUR 2009\491983	<i>María del Mar Alonso Martínez</i>
Secc. 13ª, 7.9.2009	JUR 2009\454430	<i>Mª Angeles Gomis Masque</i>
Secc. 12ª, 28.7.2009	JUR 2009\416928	<i>Paulino Rico Rajo</i>
Secc. 1ª, 29.6.2009	JUR 2009\408270	<i>Antonio Ramón Recio Córdova</i>
Secc. 1ª, 7.10.2008	AC 2009\34	<i>José Luis Barrera Cogollos</i>
Secc. 16ª, 10.7.2008	JUR 2008\315205	<i>Inmaculada Zapata Camacho</i>
Secc. 16ª, 22.2.2008	JUR 2008\130208	<i>José Luis Valdivieso Polaino</i>
Secc. 13ª, 1.2.2008	JUR 2009\33163	<i>Isabel Carriedo Mompín</i>
Secc. 12ª, 18.1.2008	JUR 2008\106802	<i>Mª José Pérez Tormo</i>
Secc. 17ª, 28.5.2007	JUR 2007\295084	<i>Amelia Mateo Marco</i>
Secc. 11ª, 21.5.2007	JUR 2007\260797	<i>José Antonio Ballester Llopis</i>
Secc. 16ª, 27.4.2007	JUR 2007\242036	<i>José Luis Vadivieso Polaino</i>
Secc. 12ª, 15.2.2007	JUR2007\204745	<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>

Tabla de jurisprudencia

Secc. 17ª, 30.10.2006	JUR 2007\195758	<i>Amelia Mateo Marco</i>
Secc. 18ª, 28.9.2006	JUR 2007\140852	<i>María Dolores Viñas Maestre</i>
Secc. 11ª, 17.5.2006	JUR 2006\260093	<i>José Maria Bachs i Estany</i>
Secc. 12ª, 3.11.2005	JUR 2006\66994	<i>Ana Jesús Fernández San Miguel</i>
Secc. 1ª, 21.9.2005	JUR 2006\30318	<i>Laura Pérez de Lazarraga Villanueva</i>
Secc. 19ª, 17.6.2005	JUR 2006\265801	<i>Mª Asunción Claret Castany</i>
Secc. 12ª, 18.5.2005	JUR 2005\177712	<i>Ana Jesús Fernández San Miguel</i>
Secc. 4ª, 30.11.2004	JUR 2005\5737	<i>Mireia Ríos Enrich</i>
Secc. 17ª, 19.11.2004	JUR 2005\21793	<i>Ramón Foncillas Sopena</i>
Secc. 12ª, 15.9.2004	JUR 2004\292890	<i>Ana Jesús Fernández San Miguel</i>
Secc. 14ª, 4.11.2003	JUR 2004\4484	<i>María Eugenia Alegret Brugués</i>
Secc. 12ª, 2.5.2003	JUR 2004\62587	<i>Elena Sellart Ollearis</i>
Secc. 12ª, 27.11.2002	JUR 2003\61835	<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>
Secc. 13ª, 17.7.2002	JUR 2002\279029	<i>Joan Cremadés Morant</i>
Secc. 12ª, 15.7.2002	JUR 2002\278953	<i>Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón</i>
Secc. 1ª, 16.11.2001	JUR 2002\19428	<i>María Dolors Montolió Serra</i>
Secc. 16ª, 6.3.2001	JUR 2001\156445	<i>José Luis Valdivieso</i>

		<i>Polaino</i>
Secc. 14ª, 5.3.2001	JUR 2001\150135	<i>Marta Font Marquina</i>
Secc. 12ª, 9.1.2001	JUR 2001\113800	<i>Antonio López-Carrasco Morales</i>
Secc. 15ª, 29.10.2000	JUR 2001\44	<i>José Luis Concepción Rodríguez</i>
Secc. 14ª, 30.11.1998	AC 1998\2451	<i>José Luis Jori Tolosa</i>
Secc. 12ª, 31.7.1998	AC 1998\6186	<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>
Secc. 15ª, 24.7.1998	AC 1998\6190	<i>José Ramón Ferrándiz Gabriel</i>

Audiencia Provincial de Girona

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Secc. 1ª, 27.10.2014	JUR 2015\42191	<i>Fernando Ferrero Hidalgo</i>
Secc. 2ª, 6.4.2011	JUR 2011\295167	<i>Jaime Masfarré Coll</i>
Secc. 2ª, 23.2.2011	AC 2011\947	<i>José Isidro Rey Huidobro</i>
Secc. 1ª, 25.11.2010	AC 2011\709	<i>Fernando Ferrero Hidalgo</i>
Secc. 2ª, 18.4.2007	JUR 2007\281645	<i>Joaquim Miquel Fernández Font</i>
Secc. 1ª, 13.12.2006	JUR 2007\143594	<i>Fernando Ferrero Hidalgo</i>
Secc. 2ª, 19.4.2006	JUR 2006\266472	<i>Joaquim Miquel Fernández</i>

Tabla de jurisprudencia

Secc. 2ª, 11.4.2005	JUR 2005\123615	<i>José Isidro Rey Huidobro</i>
Secc. 2ª, 30.7.2002	JUR 2002\247743	<i>Joan Manel Abril Campoy</i>
Secc. 2ª, 4.7.2002	JUR 2002\243239	<i>José Isidro Rey Huidobro</i>
Secc. 2ª, 6.5.2002	JUR 2002\186562	<i>Jaime Masfarré Coll</i>

Audiencia Provincial de Lleida

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Secc. 2ª, 15.5.2015	JUR 2015\166718	<i>Ana Cristina Sainz Pereda</i>
Secc. 1ª, 28.11.2006	JUR 2007\251305	<i>Lucía Jiménez Márquez</i>
Secc. 1ª, 14.2.2006	JUR 2006\134188	<i>Antonio Robledo Villar</i>
Secc. 1ª, 27.9.2001	JUR 2001\275955	<i>Luis Fernando Ariste López</i>

Audiencia Provincial de Tarragona

Sala y fecha	Ref. Aranzadi	Magistrado ponente
Secc. 1ª, 27.7.2010	JUR 2010\387717	<i>Maria Pilar Aguilar Vallino</i>
Secc. 3ª, 12.3.2010	JUR 2010\176676	<i>Manuel Galán Sánchez</i>

Secc. 1ª, 15.1.2007	JUR 2007\133358	<i>José Luis Portugal Sainz</i>
Secc. 1ª, 1.7.2004	JUR 2004\219651	<i>Maria Pilar Aguilar Vallino</i>
Secc. 3ª, 14.11.2003	JUR 2004\27423	<i>Juan Carlos Artero Mora</i>
Secc. 3ª, 7.2.2003	JUR 2003\192895	<i>Juan Carlos Artero Mora</i>
Secc. 3ª, 29.6.2000	JUR 2000\284708	<i>Juan Carlos Artero Mora</i>

TRIBUNALES EUROPEOS Y EXTRACOMUNITARIOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Fecha	Ref.	Nombre del caso
26.1.1999	Nº 37784/97	<i>Saucedo Gomez, c España</i>

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

New York Court of Appeals

Caso	Ref.
<i>Beatty v. Guggenheim Exploration Co</i>	(1919) 225 NY 380

REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE

Privy Council of the United Kingdom

Caso	Ref.
<i>Abbott v Abbott</i>	[2007] UKPC 53

Appellate Committee of the House of Lords y Supreme Court of the United Kingdom

Caso	Ref.
<i>Jones v Kernott</i>	[2011] UKSC 53
<i>Thorner v Major</i>	[2009] UKHL 18
<i>Stack v Dowden</i>	[2007] UKHL 17
<i>Miller v Miller; McFarlane v McFarlane</i>	[2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618
<i>White v White</i>	[2000] UKHL 54, [2001] 1 AC 596
<i>Abbey National Building Society v Cann</i>	[1991] AC 56 (HL)
<i>Lloyds Bank v Rosset</i>	[1990] UKHL 14, [1991] 1 AC 107 (HL)
<i>Williams & Glyn's Bank v Boland</i>	[1981] AC 487 (HL)
<i>Gissing v Gissing</i>	[1971] AC 886 (HL)
<i>Pettit v Pettitt</i>	[1970] AC 777 (HL)

Court of Appeal of the United Kingdom

Caso	Ref.
<i>Southwell v Blackburn</i>	[2014] EWCA Civ 1347
<i>Chaudhary v Chaudhary</i>	[2013] EWCA Civ 758
<i>Pankhania v Chandegra</i>	[2012] EWCA Civ 1438
<i>K v. L</i>	[2011] EWCA Civ 550
<i>Jones v. Jones</i>	[2011] EWCA Civ 41
<i>Robson v. Robson</i>	[2010] EWCA Civ 1171
<i>Parris v Williams</i>	[2008] EWCA Civ 1147
<i>B v. B</i>	[2008] EWCA Civ 543
<i>Laskar v Laskar</i>	[2008] EWCA Civ 347
<i>Morris v Morris</i>	[2008] EWCA Civ 257
<i>James v Thomas</i>	[2007] EWCA Civ 1212
<i>Charman v Charman</i>	[2007] EWCA Civ 503
<i>Curley v Parkes</i>	[2004] EWCA Civ 1515
<i>Oxley v Hiscock</i>	[2004] EWCA Civ 546
<i>Jennings v Rice</i>	[2002] EWCA Civ 159
<i>Dart v Dart</i>	[1996] 2 FLR 286 (CA)
<i>Drake v Whipp</i>	[1996] 1 FLR 826 CA
<i>Midland Bank v Cooke</i>	[1995] 4 All ER 562 (CA)
<i>Grant v Edwards</i>	[1986] 2 All ER 426 (CA)
<i>Goodman v Gallant</i>	[1986] 1 All ER 311 (CA)
<i>Burns v Burns</i>	[1984] 1 All ER 244 (CA)
<i>Eves v Eves</i>	[1975] 3 All ER 768 (CA)
<i>Ulrich v Ulrich and Felton</i>	[1968] 1 All ER 67 (CA)

Tabla de jurisprudencia

<i>Jansen v Jansen</i>	[1965] 3 All ER 363 (CA)
<i>Appleton v Appleton</i>	[1965] 1 All ER 44 (CA)
<i>Wilson v Wilson</i>	[1963] 2 All ER 447 (CA)
<i>Hine v Hine</i>	[1962] 3 All ER 345 (CA)
<i>Silver v Silver</i>	[1958] 1 All ER 523 (CA)
<i>Fribance v Fribance</i>	[1957] 1 All ER 357 (CA)
<i>Cobb v Cobb</i>	[1955] 2 All ER 696 (CA)
<i>Rimmer v Rimmer</i>	[1952] 2 All ER 863 (CA)
<i>Re Rogers' Question</i>	[1948] 1 All ER 328 (CA)
<i>Mercier v Mercier</i>	[1903] 2 Ch 98 (CA)

Tribunales de Reino Unido jerárquicamente inferiores

Caso	Ref.
<i>CPS v Piper</i>	[2011] EWHL 3570
<i>Segal v Pasram</i>	[2008] 1 FLR 271
<i>Le Foe v Le Foe</i>	[2001] 2 FLR 970
<i>Kingsnorth Finance v Tizard</i>	[1986] 1 WLR 783
<i>Dyer v Dyer</i>	[1788] 2 Cox Eq Cas 92

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, 17ª ed., Edisofer, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ, María Pilar, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Madrid, 1996.

ARNAU, Lúdia, *Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya*, InDret 4/2011 (www.indret.com).

ARROYO, Esther, “Por qué el *trust* en Catalunya?”, en Sergio NASARRE y Martín GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

BADOSA, Ferran, “Examen de tres ‘esquemas fiduciarios’ en el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular”, en Antonio CABANILLAS *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 1, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2011.

BARLOW, Anne, “Questions 2, 8, 9 and 13”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009.

--- y LOWE, Nigel, “Question 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.),

European Family Law in Action: Informal Relationships,
Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015.

BAYO, Joaquín, Comentario al artículo 232-3”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011.

---, Comentario al artículo 232-4”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011.

---, Comentario al artículo 232-5”, en Encarna ROCA y Pascual ORTUÑO (Coords.), *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Catalunya*, Sepín, Madrid, 2011.

BENAVENTE, Pilar, “Capítulo IV: La sociedad legal de gananciales”, en Gema DíEZ-PICAZO, *Derecho de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

BLACKHAM, Alysia, *The presumption of advancement: a lingering shadow in UK Law?*, *Trusts & Trustees*, Vol. 21, núm. 7, Oxford University Press, Oxford, 2015.

BOELE-WOELKI, Katharina, / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERA-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013.

BOELE-WOELKI, Katharina / SCHONEWILLE, Fred y SCHRAMA, Wendy, *National report: Netherlands*, Commission on European Family Law, septiembre 2008 (<http://ceflonline.net/>).

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Comentari a l’article 232-25”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

CÁMARA, Sergio, *Trust a la francesa*, InDret 2/2005 (www.indret.com).

---, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 654, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

CASANOVAS, Anna, “Article 18”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995.

CHANDLER, Alexander, *The law is now reasonably clear': the courts' approach to non-matrimonial assets*, Family law, Vol. 42, núm. 2, Jordan Publishing, Londres, 2012.

CHECA, Miguel, *El trust angloamericano en el Derecho espanyol*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

CRETNEY, Stephen, *Community of Property Imposed by Judicial Decision*, The Law Quarterly Review, Vol. 119, Sweet & Maxwell, Londres, 2003.

DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *El trust, la fidúcia y figures afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “El Notario latino y su función”, *Revista de Derecho Notarial*, 1972.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom*, consultation paper, 2003 (<http://www.justice.gov.uk>).

DETHLOFF, Nina y MARTINY, Dieter, “Questions 2, , 60 and 64”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009.

--- y ZSCHOCHÉ, Mirjam, “Questions 2, 41 and 46”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp – Portland, 2015, pp. 66 y 67.

DEWAR, John, “Land Law, and the Family Home”, en Susan BRIGHT y John DEWAR (Eds.), *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1998

DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

---, “Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios”, *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987.

---, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.*, 5ª ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

--- y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Vol. 1, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997.

DURÁN Y BAS, Manuel, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.

DUTTA, Anatol, “Marital Agreements and Private Autonomy in Germany”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012.

EGEA, Joan, “Article 4: Despeses familiars”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

---, “Comentari a l’art. 233-22” en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

FARNÓS, Esther, *Separació de béns i compensació econòmica per la dedicació abnegada a la família i a l'empresa del marit: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2013*, Revista Catalana de Dret Privat, Vol. 14, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Barcelona, 2014.

FERRAND, Frédérique y BRAAT, Bente, *National report: France*, Commission on European Family Law, septiembre 2008 (<http://ceflonline.net/>).

--- y FRANCOZ-TERMINAL, Laurence, *National report: France*, Commission on European Family Law, enero 2015 (<http://ceflonline.net/>),

---, “Questions 3, 34 and 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015.

FERRER, Josep, “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, en Àrea de Dret civil de la Universitat de Girona (Coord.), *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005.

---, “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012.

FONT I SEGURA, Albert, “Comentari a l'article 231-10”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

GARCÍA-BERNARDO, Alfredo, *La subrogación real en el derecho común español*, Colegios notariales de España, Madrid, 2000.

GARDNER, Simon, *Rethinking Family Property*, The Law Quarterly Review, Vol. 109, Sweet & Maxwell, Londres, 1993.

---, *An Introduction to the Law of Trusts*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

---, *Family Property Today*, Law Quarterly Review, Vol. 124, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

--- y MACKENZIE, Emily, *An Introduction to Land Law*, 4ª ed., Hart publishing, Oxford, 2015.

GARRIGUES, Joaquín, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955.

GARTON, Jonathan, *Moffat's Trust Law. Text and Materials*, 6ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

GETE-ALSONSO, María del Carmen, "Comentario al artículo 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña", en Manuel ALBALABEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXVII, Edersa, Madrid, 1981.

GLENDON, Mary Ann, *Is There a Future for Separate Property?*, Family Law Quarterly, Vol. 8, núm. 3, American Bar Association, Chicago, 1974, pp. 315 y 316.

GLOVER, Nicola y TODD, Paul, *The Myth of Common Intention*, Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars, Vol. 16, Butterworths, Londres, 1996.

GÓMEZ, Fernando, “Comentari a l’article 231-11”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 231-12”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

GRAY, Kevin y GRAY, Susan, *Land Law*, 7^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

HAYWARD, Andrew, “*Family Property*” and the Process of “*Familiarisation*” of Property Law, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 24, núm. 3, Jordan Publishing, Londres, 2012.

---, *Cohabitants, Detriment and the Potential of Proprietary Estoppel: Southwell v Blackburn*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 27, núm. 3, Jordan Publishing, Londres, 2015.

---, *Judicial Discretion in Ownership Disputes over the Family Home*, tesis doctoral pendiente de publicación, 2013.

---, “*Stack v Dowden (2007); Jones v Kernott (2011). Finding a Home for ‘Family Property’*”, en Nigel GRAVELLS (Ed.), *Landmark Cases in Land Law*, Hart publishing, Oxford, 2013.

HERRING, Jonathan, *Family Law*, 7^a ed., Pearson, Harlow (Reino Unido), 2015.

JÄNTERA-JAREBORG, Maarit, “*Marital Agreements and Private Autonomy in Sweden*”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital*

Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective, Hart publishing, Oxford, 2012.

--- BRATTSTRÖM, Margareta y ERIKSSON, Lisa Marie, “Questions 24 and 27”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015.

JORDANO, Juan Bautista, *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.

---, “Comentario al art. 1281 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis Díez-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

JOU, Lluís, “Article 23”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995.

LACRUZ, José Luis, *et. al.*, *Elementos de Derecho civil I: parte general*, Vol. 3, Dykinson, Madrid, 2005.

LAMARCA, Albert, “Comentari a l’article 232-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 232-2”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 232-3”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 232-4”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Spain and Catalonia”, en Jens M. SCHERPE (Ed.), *European Family Law: The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, Vol. 2, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016.

--- / FARNÓS, Esther / AZAGRA, Albert / ARTIGOT, Mireia, *Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?*, InDret 4/2003 (www.indret.com).

LARENZ, Karl y WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., C.H. Beck, Munich, 2004.

LAUROBA, Elena, “Comentario al art. 522-2”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008.

---, “Comentario al art. 522-4”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008.

LUCAS, Adolfo, “Règims econòmics matrimonials: el règim de separació de béns”, en Adolfo LUCAS (Dir.), *Dret civil català. Persona i família*, V.2, Bosch, Barcelona, 2012.

MAITLAND, Frederic W., *Equity: A Course of Lectures*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1936.

MANRESA, José María, *Comentarios al Código civil español*, T. IV, 3ª ed., Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1910.

MARTÍN, Miquel, *El derecho a la “convivencia anómica en pareja”*: ¿un nuevo derecho fundamental?, InDret 3/2013 (www.indret.com).

--- y RIBOT, Jordi, “Question 2”, en Katharina BOELE-WOELKI / Bente BRAAT / Ian CURRY-SUMNER (Eds.), *European Family Law in Action: Property Relations Between Spouses*, Vol. 4, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009.

MARTÍN, Antonio, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

MARTÍN PÉREZ, Antonio, “Comentario al art. 453 CC”, en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. VI, Edersa, Madrid, 1980.

MEZQUITA DEL CACHO, José L., “Comentario al art. 1225 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dir.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MILES, Joanna, “Unmarried Cohabitation in a European Perspective”, en Jens M. SCHERPE (Ed.), *European Family Law: Family Law in a European Perspective*, Vol. 3, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016, pp. 101 a 113.

MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, “Comentario al art. 453 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DíEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dir.), *Comentario del Código civil*, Vol. 1, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MIRAMBELL, Antoni, “Articles 49, 50 i 51”, en Ferran BADOSA (Dir.), *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1987.

---, “Article 21”, en Anna CASANOVAS / Joan EGEEA / María del Carmen GETE-ALONSO / Antoni MIRAMBELL (Coords.), *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995.

---, “Els règims econòmics matrimonials”, en Ferran BADOSA (Dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

NASARRE, Sergio, “La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011.

NAVAS, Susana, *La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)*, Anuario de Derecho civil, Vol. 48, núm. 1, 1995.

OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. Els drets reals.*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Sant Salvador (Lleida), 2003.

ORTUÑO, Pascual, “Comentari a l’article 41 CF”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, Tecnos, Madrid, 2000.

PANFORTI, Donata, “Questions 2, 28 and 41”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015.

PANISELLO, Juan, “Comentario al artículo 232-5”, en Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOPEDRA NAVAS (Coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, T.1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

PANTALEÓN, Fernando, “Negocio fiduciario”, *EJB*, III, Madrid, 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989

PETTIT, Philip H., *Equity and the Law of Trusts*, 12ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

PINTENS, Walter, “Matrimonial Property Law in Europe”, en Katharina BOELE-WOELKI, Jo MILES y Jens M. SCHERPE (Eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011.

PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Artículo 231-11”, en Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOSPEDRA (Coords.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, T.1, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

PUIG I FERRIOL, Lluís, “Article 38: Béns privatus” en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

---, “Article 39: Adquisicions oneroses”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

---, “Article 40: Titularitats dubtoses”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

---, “Régimen jurídico de la contratación entre cónyuges en el Derecho Civil Catalán”, en Reyes BARRADA / Martín GARRIDO / Sergio NASARRE (Coords.), *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2011.

PUIG SALELLAS, Josep Maria, “Comentario al artículo 7 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña”, en Manuel ALBALABEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXVII, Edersa, Madrid, 1981.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El pacto comisorio, *Aranzadi Civil 1/2007*.”

REŠETAR, Branka y LUCIĆ, Nataša, “Questions 2 and 5”, en Katharina BOELE-WOELKI / Charlotte MOL / Emma VAN GELDER (Eds.), *European Family Law in Action: Informal Relationships*, Vol. 5, Intersentia, Cambridge - Antwerp –Portland, 2015.

RIBOT, Jordi, “Comentari a l’article 232-5”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 232-8”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

ROCA TRIAS, Encarnación “Capítol XIII. Els efectes personals i patrimonials del matrimoni”, en ROCA TRIAS, Encarnación y PUIG I FERRIOL, Lluís, *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona i Dret de família*, Vol. 2, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

RODRÍGUEZ ARADOS, Antonio, “Comentario al art. 1224 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Vol. 2, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SALVADOR, Pablo, “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, en Pablo SALVADOR y Jesús María SILVA, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999.

--- / RUIZ, Juan Antonio, “Article 1: El matrimoni” en Joan EGEA y Josep FERRER (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.

--- / AZAGRA, Albert / FERNÁNDEZ, Antonio, *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*, InDret 3/2004, (www.indret.com).

--- y ALASCIO, Laura, “Comentari a l’art. 231-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

--- / AGUILERA, Ariadna / DANIELS, Leah / GÁLVEZ, Sergi / MIRAMBELL, Miquel, *Unenforceability by Will. The Widening of Reciprocity in the Digital Environment*, *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 1, Iss. 2, Article 1, 2015, p. 6.

SANDERS, Anne, *Cohabitants in private law: trust, frustration and unjust enrichment in England, Germany and Canada*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, núm. 3, British Institute of International and Comparative Law, 2013.

SCHERPE, Jens M, *Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor*, InDret 2/2014 (www.indret.com).

---, “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en Jens M. SCHERPE (Dir.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart publishing, Oxford, 2012.

---, *The Present and Future of European Family Law*, Vol. 4, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2016, pp. 70 y 71.

SEUBA, Joan Carles, “Comentari a l’article 231-2”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 231-4”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

---, “Comentari a l’article 231-5”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

SLOAN, Brian, *Keeping up with the Jones case: establishing constructive trusts in ‘sole legal owner’ scenarios*, Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars, Vol. 35, núm. 2, Butterworths, Londres, 2015.

SOLÉ, Judith, “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en M^a del Carmen GETE-ALONSO / Maria YSÀS / Judith SOLÉ, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 2^a ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

TARABAL, Jaume “Comentari a l’article 234-1”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

--- y CUMELLA, Antoni, “Comentari a l’article 234-3”, en Joan EGEA y Josep FERRER (Dir.), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*, Atelier, 2014.

THE LAW COMMISSION, *Marital Property, Needs and Agreements*, consultation paper num. 208, 2012.

---, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, report num. 307, 2007.

---, *Sharing homes*, discussion paper num. 278, 2002.

---, *Marital Property Agreements*, consultation paper num. 198, 2011.

VAQUER ALOY, Antoni, “Comentario al art. 531-12”, en en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008.

---, “Comentario al art. 531-15”, en Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, T. 1, Bosch, S.A., Barcelona, 2008

VIRGO, Graham, *The Principles of Equity & Trusts*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

WATT, Gary, *Trusts & Equity*, 6^a ed., Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 2014.

WAX, Amy L., “Diverging family structure and ‘rational’ behavior: the decline of marriage as a disorder of choice” en Lloyd L. COHEN y Joshua D. WRIGHT (Dirs.), *Research Handbook on the Economics of Family Law*, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2011.

WORTHINGTON, Sarah, *Equity*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.