

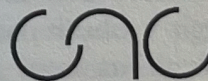
Reyes Barrada Orellana
Martín Garrido Melero
Sergio Nasarre Aznar
Coordinadores

EL NUEVO DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA

Libro Segundo del Código Civil de Cataluña



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT,
PROCESSAL I FINANCER



COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA

[BOSCH]

La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña

Dr. Sergio NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

1. Introducción

El funcionamiento de la compensación por razón del trabajo ha sido complejo desde su primera aparición en el art. 23 *Compilació de Dret Civil de Catalunya* (CDCC) (a raíz de su reforma por Ley 8/1993, de 30 de septiembre)¹ y en su inclusión posterior en el *Codi de Família*² (CF). Tanto la jurisprudencia como la doctrina se han esforzado en perfilar su naturaleza jurídica y efectos, su cálculo y, en general, sus reglas de funcionamiento³. En cualquier caso, su

1. DOGC de 11 de octubre de 1993, n.º 1807, p. 6743.

2. Ley 9/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998, n.º 2687, p. 9132).

3. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Article 41», en EGEA, J., y FERRER, J. (dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pp. 231 a 261; BOSCH CAPDEVILA, E., «La compensación económica por razón de trabajo (Comentario a la Sentencia 8/2000, de 27 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *Carta Civil*, n.º 9, julio 2000; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, pp. 142 a 150; GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005; BRANCÓS NÚÑEZ, E., *Separació de béns o participació: comentari a l'article 23 de la Compilació*, Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *RJC*, 1998-IV, pp. 665-696; JOU MIRABENT, L., «Comentari a l'article 23 de la Compilació», en CASANOVAS MUSSONS, A., EGEA FERNÁNDEZ, J., y GETE-ALONSO, M. del C., y MIRAMBELL ABANCÓ, A., *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 1995, pp. 197-206; SOLÉ I FELIU, J., «La compensació

importancia para el régimen de separación de bienes radica en ser una de las vías que prevé el ordenamiento para paliar la rigurosa separación de patrimonios⁴ cuando, por razón del matrimonio y por la actividad desinteresada de uno de los cónyuges, el otro ha visto incrementado en mayor medida su patrimonio al final del régimen que este.

En cambio, la puesta en práctica del art. 84 CF sobre la pensión compensatoria ha causado menos problemas jurídicos —posiblemente por hallar un equivalente del mismo en el art. 97 CC⁵ y aplicarse a todos los regímenes económicos matrimoniales— aunque no necesariamente menos problemas en la realidad socio-jurídica: por un lado, las carencias o dificultades probatorias de alguno de los elementos que conforma el art. 84 CF para un justo establecimiento de la cuantía a satisfacer y, por otro, la conveniencia o no de su limitación temporal.

Tanto la compensación por razón del trabajo como la pensión compensatoria en el ámbito matrimonial son revisados por el legislador catalán en la Ley 25/2010, de 29 de julio⁶, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia⁷ (en adelante, CCC; excepcionalmente Ley 25/2010), haciendo especial énfasis, precisamente, en algunos de los aspectos comentados.

Del mismo modo, instituciones análogas a estas se recogen en la Ley 25/2010 para las uniones estables de pareja, reguladas hasta el momento en el art. 13 (compensación económica) y en el art. 14 (pensión periódica) de la Ley Uniones Estables de Pareja⁸ (LUEP). De hecho, la STSJC de 4 de julio de

econòmica per raó del treball de l'article 41 del nou Codi de Família de Catalunya», *La Llei de Catalunya i Balears*, n.º 231, noviembre de 1999, p. 2; LAMARCA I MARQUÈS, A., «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó del treball. Comentari a la STSJC de 21-10-2002», *InDret*, enero de 2003-2 (<www.indret.com>); PARA MARTÍN, «El derecho de compensación económica por razón del trabajo», *RJC*, 1999-II, pp. 313 a 350.

4. Otras medidas son las propias del régimen económico primario, como la obligación de ambos en contribuir en el sustento de la familia (art. 5 CF) o en cuanto a los límites en la disposición de la vivienda familiar (art. 9 CF).

5. Tal y como señala ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 237, las diferencias entre las compensación por razón del trabajo catalana guarda, en cambio, relevantes diferencias que la figura afín del art. 1438 CC.

6. DOGC de 5 de agosto de 2010, n.º 5686, p. 61162, y BOE de 21 de agosto de 2010, n.º 203, p. 73429. Cuando transcribimos en este trabajo algún precepto de la Ley lo hacemos con base en la versión en el BOE. La Ley entra en vigor el 1 de enero de 2011.

7. A lo largo de este trabajo podemos hacer referencia expresa al Proyecto de Ley de 19 de enero de 2009 del Libro 2.º CCC (BOPC n.º 384, de 19 de enero de 2009; en adelante, Proyecto 2009) cuando se advierta alguna diferencia sustancial.

8. Ley 10/1998, 15 de julio (DOGC 23 de julio de 1998, n.º 2687, p. 9155).

2006⁹ ya señaló que «els requisits per a l'aplicació de l'esmentat article 13 de la Llei de parelles de fet, han sigut sobradament estudiats per aquesta Sala, pel fet que la naturalesa jurídica, la raó d'ésser i les exigències del citat article coincideixen totalment amb les de l'article 41 del Codi de família aplicable a les parelles casades, donat que el redactat es pràcticament idèntic. És conegut que aquesta Sala en virtut dels nombrosos recursos de cassació que hi han accedit en el quals el *thema decidendi* estava circumscrit en exclusiva, o juntament amb d'altres debats, en la procedència o no procedència d'aplicar l'article 41 del CF, o en el seu cas el 13 de la Llei d'unions estables de parella de naturalesa coincident». Y también en relación a las relaciones (antes, «situaciones») convivenciales de ayuda mutua, de acuerdo con el art. 7 Ley 19/1998¹⁰, que sufren, en cuanto al tema que nos ocupa, importantes cambios en el CCC.

En cualquier caso tampoco puede olvidarse la interrelación entre las diversas obligaciones que pueden surgir para uno de los cónyuges tras la ruptura. Así, no se puede ser ajeno a las situaciones complejas que surgen tras una crisis matrimonial si el obligado a pagar pensión compensatoria (normalmente por tiempo indeterminado) a su ex-cónyuge o pareja debe pagar, además, pensión de alimentos a los hijos comunes (según la STSJC de 12 de noviembre de 2007¹¹ la compensación por razón del trabajo no puede ser tenida en cuenta para fijar la pensión alimentaria de los hijos) de los cuales, si son menores, habrá podido perder la guarda; debe también satisfacer compensación por razón del trabajo; debe pagar su propio alquiler y su sustento y además seguir pagando —en todo o en parte— el préstamo hipotecario de la que fuera la vivienda familiar, de la cual muy probablemente haya perdido el uso (art. 83 CF). Y parece que no es tampoco ajeno a todo ello el CCC cuando da algunos mecanismos para poder paliar esta situación. Así, el art. 233-21.1 CCC prevé algunas causas por las que se puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, como son los casos en los que éste tenga medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y las de sus hijos o si quien debería ceder su uso asume y garantiza los alimentos a los hijos y, en su caso, la prestación compensatoria al otro, de manera que cubra con ello las necesidades de vivienda de todos ellos. Del mismo modo, el art. 233-18.2 CCC establece que para determinar la capacidad económica del deudor en la prestación compensatoria se deben tener en cuenta, de manera expresa, sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos.

9. RJ 2007\1810.

10. Ley 19/1998, de 28 de diciembre (DOGC de 8 de enero de 1999, n.º 2801).

11. La Ley 353146/2007.

No deja de llamar la atención el interés que tiene el legislador catalán en perfilar aún con más detalle en el CCC la compensación por razón del trabajo, después de que se incorporase en el ordenamiento jurídico catalán muy tardíamente. Así, a pesar de que el régimen de separación de bienes —sin derecho a compensación— es el supletorio en Cataluña multisecularmente¹², la compensación no se introdujo hasta 1993, como también fue tardía la reacción al instrumento jurídico del que trae causa, la Resolución 37/1978, de 27 de septiembre, del Consejo de Europa¹³ (STSJC de 21 de marzo de 2005)¹⁴. La cambiante realidad social actual podría llevarnos a entender, incluso, que la compensación por razón del trabajo cada vez debería tener un rol más reducido, debido a:

— Un cambio en la concepción social del matrimonio (especialmente desde la Ley del Divorcio)¹⁵, que ha pasado de ser «para siempre» a poder tener, en las nuevas generaciones, más evidentemente un carácter «temporal»¹⁶, lo que acrecienta la necesidad de que ninguno de los cónyuges pueda «confiarse» y deba ser consciente de la importancia de poder mantener su trabajo, sus in-

12. Tanto su importante enraizamiento en la sociedad catalana, su multisecularidad, su ausencia de conflictos y su sencillez son destacadas por PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRIAS, E., *La compensació econòmica per raó del treball: aspectes problemàtics*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya, 02991/18-12-2006/037223, pp. 2 y 5.

13. COUNCIL OF EUROPE-COMMITTEE OF MINISTERS, *On Equality of Spouses in Civil Law*, adoptado el 27 de septiembre de 1978, en el 292 encuentro. Puede hallarse en <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=596422&SecMode=1&DocId=662346&Usage=2>> (fecha de consulta 1 de marzo de 2010).

14. Tal resolución señala que la indemnización del art. 41 del Código de Familia «...obeeix a un intent de mitigar els efectes propis del règim de separació de bens, que es caracteritza per la nulla comunicació patrimonial dels bens d'ambdós cònjuges, sent la plasmació, encara que molt tardana, de la Resolució núm. 37/1978, de 27 de Setembre del Consell d'Europa, referida a la igualtat dels consorts en dret civil. L'apartat 14 recollia el compromís per part dels Estats Membres que tinguessin com a règim legal el de separació de bens d'arbitrar les fórmules que fessin possible que, en cas de separació, divorci o nullitat del matrimoni, el cònjuge més perjudicat pogués accedir a una part equitativa dels bens de l'ex-conjuge o bé a una indemnització que reparés la desigualtat econòmica resultant de la institució matrimonial. Passant a la pràctica tal compromís, França reformà el seu "Code" creant "le préciput" (art. 1515) i Portugal també esmenà l'art. 1792 del seu Codi Civil mitjançant la "reparaçao de danos não patrimoniais"».

15. Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20 de julio de 1981, n.º 172, p. 16457).

16. Según el INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*, 2009, <www.ipfe.org> (fecha de consulta de 25 de febrero de 2010), p. 37, «España ha sido, y con mucha diferencia, el país con un mayor crecimiento en el número de divorcios en los últimos 10 años (1997-2007) en el que casi se ha triplicado (268%) pasando de 34.147 divorcios en 1997 a 125.721 en 2007».

gresos o al menos la posibilidad (continuar trabajando) de mantenerlo o de obtener otros equivalentes (consiguiendo, por ejemplo, cierto nivel de estudios, para ampliar sus posibilidades laborales) después de una posible ruptura. Este fenómeno, no obstante, puede verse paliado: dado que es cada vez más común la posibilidad de que el matrimonio no se extinga por muerte de uno de los cónyuges, no puede confiarse en que el cónyuge débil¹⁷ reciba algún emolumento compensatorio o alimentario por causa de muerte, de manera que es conveniente prever un mecanismo adecuado que opere en el resto de causas de disolución¹⁸.

– La amplitud en los tipos de relaciones afectivas¹⁹, tanto para las que está pensado el CCC como para las que no²⁰, cuyos miembros, en cierto modo, buscan un menor compromiso y, en consecuencia, son o deberían ser más conscientes de la importancia de su propia autosuficiencia.

– Durante la tramitación de la Ley 25/2010 ha sido criticado el límite de la cuarta parte de la diferencia patrimonial (art. 232-5.4 CCC) por parte de algunas instituciones²¹, que ha quedado finalmente flexibilizado en relación al

17. *Vid. infra.*

18. Así opinan PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 7, aunque los emolumentos recibidos por causa de muerte no necesariamente tienen que estar relacionados con la compensación por razón del trabajo, como sucede con la cuarta viudal. Además, en el CCC la compensación por razón del trabajo puede también operar *mortis causa*, como veremos más adelante (art. 232-5.5 CCC).

19. Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de CCC: «Avui predomina una més gran tolerància envers formes de vida i de realització personal diferents a les tradicionals (...) Per això, (...) el llibre segon acull les relacions familiars basades en forma de convivència diferent a la matrimonial, com la família monoparental, la convivència en parella estable i les relacions conviencials d'ajuda mútua».

20. *Vid. infra.*

21. Véase SELVA MASOLIVER, M. (ICD), *Informe interdepartamental d'impacte de gènere emès per l'Institut Català de les Dones*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya 00568/18-12-2006/037223, 1 de octubre de 2008, p. 8. Algunos indicadores señalan efectivamente que la mujer es la que aún presenta mayor discriminación tanto vertical u horizontal, especialmente en los puestos de responsabilidad en el sector de la medicina y los medios de comunicación. Algunos estudios apuntan que si se aíslan los ingresos de las mujeres casadas o en pareja de los ingresos del grupo familiar, resulta que la pobreza se duplicaría en estas mujeres (BRUNET, I., VALLS, F., y BELZUNEGUI, A., «Pobreza femenina: pobreza amagada? Una anàlisi del risc de pobresa per raó de gènere en diferents períodes del cicle vital», *Revista Internacional de Organitzacions*, diciembre de 2009, n.º 3, pp. 91 a 110), de manera que cuando se produce una ruptura matrimonial ellas son más susceptibles de caer en la pobreza. Véase también MARUANI, M., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, Barcelona, 2000, Ed. Icaria. No obstante, hay una serie de indicios que apuntan hacia un posible reequilibrio de esta situación en los próximos años: en 2006 el fracaso escolar era un 14% más alto en hombres que en mujeres (LACASA, J. M., «El fracaso

Proyecto 2009, como veremos. El límite de la cuarta parte resulta, en cierto modo y a nuestro entender, garantista con aquel cónyuge (o pareja) que, por cualquier motivo (estudios, habilidades, etc.) tiene más capacidad económica que su pareja, y que de algún modo o bien quiere casarse o bien formar una pareja estable. Si la «sanción» por ruptura prematura (no por muerte) de la relación es demasiado alta, el propio CCC sería excesivamente desincentivador para la constitución de cualquiera de las relaciones estables que él mismo regula, lo que sería una contradicción en sus propios términos.

En cualquier caso, la compensación por razón del trabajo y la pensión compensatoria serán objeto de estudio en este trabajo a la luz del CCC, tanto por lo que se refiere a matrimonios, como a las uniones estables de pareja y, en su caso, a las relaciones convivenciales de ayuda mutua.

La primera viene prevista en los arts. 232-5 a 232-11 CCC para los matrimonios y en el 234-9 CCC para las parejas estables (las que conviven más de dos años ininterrumpidos; o independientemente de ello tienen un hijo en común; o formalizan su relación mediante escritura pública, según el art. 234-1 CCC), dado que, esencialmente, remite expresamente a la normativa que rige en esta materia para los matrimonios. Aunque para las relaciones convivenciales de ayuda mutua no se prevea específicamente, nada impide que pueda pactarse alguna compensación por razón del trabajo de uno de los con-

escolar se expande por el nordeste de España en cinco años», *Magisnet*, disponible en <<http://www.magisnet.com/noticia.asp?ref=4842>> (consulta el 19 de febrero de 2010); que en 2008 acababan la carrera universitaria un 65% más de mujeres que de hombres (lo que conlleva no solo una mayor incorporación de la mujer al mundo laboral —lo que ya lleva sucediendo hace bastantes años—, sino además en puestos más cualificados y de responsabilidad, a lo que coadyuvan las leyes de paridad; fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadística de la Enseñanza Universitaria en España. Curso 2007/2008*, Notas de prensa, 27 de mayo de 2009, <www.ine.es>, p. 2); que la crisis financiera y económica que arrastramos desde septiembre de 2007 ha afectado mucho más a los hombres, al verse afectado especialmente el sector de la construcción —tradicionalmente vinculado a un trabajo masculino—, que ha pasado de ser de 238.892 personas en septiembre 2007 a 788.760 en enero de 2010; y mientras que en septiembre 2007 había 787.351 hombres y 1.230.012 mujeres en el paro, en enero de 2010 hay 2.060.207 hombres y 1.988.286 mujeres, evidenciándose que la crisis está impactando más en el empleo masculino (SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, *Serías anuales (2002-2010). Paro registrado por sectores y Paro registrado por sexo y edad*, disponible en <http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_avance/paro/index.html>; consultado el 19 de febrero de 2010). Además, aunque aún queda camino por recorrer, las ayudas públicas han ido aumentando en relación a la maternidad, de las cuales es titular la madre (cheque bebé, ayudas de la Generalitat, bajas de maternidad de 16 semanas cubiertas por la Seguridad Social, más amplias en convenios colectivos, por ejemplo, de la Administración Pública). Todo ello sin olvidar que los matrimonios ya no necesariamente tienen que ser entre un hombre y una mujer (Ley 13/2005, de 1 de julio; BOE n.º 157, de 2 de julio de 2005).

vivientes para el otro sin remuneración o remuneración insuficiente con base en el art. 240-4.2 CCC, que establece la posibilidad de pacto sobre los efectos de la extinción de su relación de convivencia.

Mientras que la segunda, red denominada ahora «prestación compensatoria», lo está en los arts. 233-14 a 233-19 CCC para los matrimonios; en forma de «prestación alimentaria» en los arts. 234-10 a 234-12 para las parejas estables (con remisiones constantes a la regulación del matrimonio, pero con algunos límites que ya veremos); y, aunque compartiendo parte de su naturaleza pero con cambios importantes en su configuración legal, en el art. 240-7 CCC hallamos «la pensión periódica en caso de defunción» para las relaciones convivenciales de ayuda mutua.

Por último, y especialmente para las parejas (o incluso para relaciones afectivas o de otra índole de tres o más personas no unidas por vínculos de parentesco ascendiente o descendiente) «de hecho, de hecho» (aquellas que no son ni matrimonios ni parejas estables; es decir, no están ni unidos por vínculo matrimonial, ni han formalizado su relación en escritura pública ni tienen un hijo en común ni han convivido ininterrumpidamente dos años), nos debemos preguntar si cabe algún tipo de compensación de una o de otra naturaleza. No, desde luego, a través de las normas ni del CF o la LUEP o de sus correspondientes reglas en el CCC, puesto que no cumplirían requisitos (art. 234-1 CCC para las uniones estables y art. 231-2 CCC para el matrimonio), de manera que quedan excluidos. Pero posiblemente sí vía las relaciones convivenciales de ayuda mutua dado que el redactado del art. 240-2 CCC puede dar lugar a ello. Así sucedería, por ejemplo, para *relaciones personales*²² no continuadas de más de dos años (art. 240-3 CCC) entre 2 o más personas, cuando señala que pueden constituir las «las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo». O bien, vía simplemente el enriquecimiento injusto de una persona en relación a otra con la que ha mantenido algún tipo de relación²³ (arts. 10.9.3, 1089, 1887 y 1895 CC;

22. En algunas relaciones personales es difícil distinguir entre lo que es amistad, compañía, relación sentimental o *more uxorio* y más compleja es su prueba. Especial atención deberían merecer las relaciones virtuales (que no conviven bajo el mismo techo, como requiere el art. 240-1 CCC), más o menos estables, a efectos tanto de pensión compensatoria como a efectos de compensación por razón del trabajo.

23. Lo que en cualquier caso es complejo, especialmente para aquellos que podrían haber optado por ser pareja estable. Así, no tienen hijo en común y solo llevan viviendo juntos un año; podrían haber hecho escritura pública, pero no lo hicieron: ¿implica ello que están renunciando implícitamente a cualquier compensación (o derecho) derivada de la ruptura de su relación? Lo mismo sucede para aquellas relaciones convivenciales que, pudiendo haber optado antes de los 2 años a ser declaradas como tales conforme al art. 240-3 CCC, no lo hicieron.

requisitos en STS 4 de junio de 2007²⁴; en el ámbito de compensación por fin de relaciones, en SSTS de 11 de diciembre de 1992²⁵ y 16 de diciembre de 1996^{26, 27}.

2. La compensación por razón del trabajo

Excepto en el último de los apartados, dedicado *ex profeso* a las relaciones estables de pareja y a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, desarrollaremos su régimen en sede de matrimonio, sin perjuicio de posibles referencias jurisprudenciales válidas tanto para el matrimonio como para las parejas estables.

2.1. Estudio comparativo entre el CF y el CCC

En estos momentos de transición de la norma que ha regulado durante los últimos 11 años el derecho de familia de Cataluña hacia su principal reforma en sede del Código Civil de Cataluña, es especialmente relevante establecer una tabla de diferencias entre la compensación por razón del trabajo en uno y otro textos, las cuales serán desarrolladas en los puntos posteriores, sin olvidar naturalmente los comentarios que merecen los aspectos fundamentales conformadores de la figura, como su naturaleza jurídica.

De este modo, tenemos:

Arts. 41 y 42 CF	Arts. 232-5 a 232-11 CCC
El CF no establece a qué regímenes debe aplicarse. Sistemáticamente, al de separación de bienes, pero no se autoexcluye	Aplicable exclusivamente al régimen de separación de bienes del CCC (art. 232-5.1 CCC)
Solo opera en casos de separación judicial, divorcio o nulidad	Opera cuando se dé una extinción efectiva de la convivencia o del régimen. Por lo tanto, tanto en supuestos de separación judicial como de cese efectivo de la convivencia, divorcio y nulidad (art. 235-1 CCC). En caso de nulidad tienen derecho los cónyuges independientemente de si son de buena o de mala fe.

24. RJ 2007\5554.

25. RJ 1992\9733.

26. RJ 1996\9020.

27. La duda, en definitiva, sigue estando en si es posible constituirse en pareja «de hecho, de hecho auténtica», es decir, sin posibilidad de ser reclamado por ningún motivo al final de la relación; parece que los principios generales del derecho, como el enriquecimiento injusto o la buena fe y el abuso de derecho, siempre lo impedirán.

Arts. 41 y 42 CF	Arts. 232-5 a 232-11 CCC
Tiene derecho a solicitarlo el cónyuge que «ha trabajado para la casa» o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente	<p>Pero también operará en caso de extinción del matrimonio por muerte del cónyuge que ha experimentado mayor incremento patrimonial (art. 232-5.1 y 5 CCC)</p> <p>Para que pueda darse, un cónyuge ha tenido que trabajar para la casa «sustancialmente más que el otro» o para el otro sin retribución o con retribución insuficiente (art. 232-5.1 y 2 CCC)</p>
Su fundamento se encuentra en una desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto del cónyuge con más patrimonio	Únicamente es necesario que un cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior al experimentado por el otro durante el matrimonio (arts. 232-5.1 y 232-6 CCC).
Las reglas del cálculo no eran claras. Nada estipulaban al respecto ni el art. 41 ni el 42 CF, de manera que quedaba al arbitrio del juzgador fijar tanto el <i>quantum</i> como los motivos en los que se fundamentaba (art. 218 LEC), lo que había llevado a criterios y <i>quanta</i> muy dispares	El CCC propone un mecanismo muy parecido al cálculo para el régimen de participación en las ganancias. Se debe calcular el valor real (activos actuales y ficticios) del patrimonio de cada uno de los cónyuges en el momento de la extinción o fin efectivo de la convivencia y practicarle una serie de deducciones que no se consideran incremento patrimonial compensable
En cuanto al modo de pago, estaba previsto en el art. 41.2 CF	Las novedades en el ámbito del modo de pago son la concreción de la justicia rogada (por petición de cualquiera de las partes o de los herederos de cónyuge deudor) en cuanto a que el juez pueda acordar la satisfacción en bienes del deudor en lugar de en metálico o con pago aplazado con constitución de hipoteca conforme al art. 569-36 CCC (art. 232-8 CCC).
No existen particularidades procesales	La DA 4. ^a CCC introduce particularidades procesales para sustanciar en los procesos matrimoniales pretensiones liquidatorias de cualquier régimen económico matrimonial. El de separación de bienes se ve especialmente beneficiado por recoger un proceso para la división de bienes en común y para facilitar la tramitación de la terminación de la compensación por razón del trabajo.

2.2. Naturaleza jurídica

La compensación por razón del trabajo, tal y como viene prevista en el CCC, mantiene la naturaleza jurídica que tenía en el art. 41 CF, es decir, su

carácter indemnizatorio²⁸, en el sentido de que aquel cónyuge que se haya empobrecido (en adelante, el «cónyuge débil») por haberse dedicado sustancialmente más a la casa o por haber trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente tiene derecho a verse indemnizado por tal dedicación (art. 232-5.1 CCC): mientras el otro cónyuge (en adelante, el «cónyuge fuerte») se enriquecía (su patrimonio se ha enriquecido en mayor medida durante el matrimonio) el cónyuge acreedor no lo hacía al no acumular patrimonio para sí debido a dicha dedicación, por lo que debe quedar, en cierto modo, compensado dentro los límites marcados en la regulación prevista y que veremos a continuación.

En cualquier caso, no tiene carácter alimentario, puesto que se puede excluir, como se deduce de contrastar el art. 232-7 CCC y el art. 237-12.1 CCC en relación a la prestación de alimentos de origen familiar.

No obstante, la idea de compensación que preside y justifica a la institución debe ponerse en relación con las siguientes consideraciones:

a) Que el matrimonio no es una institución que necesariamente implique la igualación de patrimonios de ambos cónyuges (así lo señala expresamente la STSJC de 7 de julio de 2008)²⁹, especialmente si está regido por un régimen de separación absoluto de bienes (un «no-régimen»)³⁰ como es el catalán por defecto (art. 232-1 CCC). Además, en ningún caso es admisible, según los antecedentes prelegislativos desde su introducción en 1993, por haberse rechazado expresamente, que el régimen supletorio se convierta en el de participación en las ganancias³¹, de manera que cualquier participación del patrimonio

28. En el mismo sentido ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 236, y PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 11.

29. La Ley 323320/2008. Véase también PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 6.

30. Véase ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 235.

31. La STSJC de 27 de abril de 2000 (RJ 2000\4125) señala que «en efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán. Recordemos que ninguno de los dos proyectos tendentes a introducir un régimen de participación de ganancias en casos de separación, nulidad o divorcio, bien legal, bien a instancia de parte, prosperaron; ni el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, de fecha 22 de febrero de 1989, ni el presentado primero en Caldas d'Estrac y luego en Tarragona. Y recordemos también que el Parlament rechazó dos enmiendas importantes en la materia, la que tendía sin ambages a establecer como supletorio el régimen de participación en ganancias (Esquerra Republicana) y la que se alienaba en los postulados de los proyectos comentados (Iniciativa per Catalunya). Por contra y como más arriba se ha dicho, la Llei 8/1993 expresa en su Exposición de Motivos que conviene sistematizar la regulación del régimen de separación de bienes que se considera oportuno mantener».

de un cónyuge al otro no haría más que desnaturalizar el régimen de separación y aproximarlos al de participación, lo que el legislador ha descartado expresamente en reiteradas ocasiones (incluido el CCC, en su art. 231-10.2). Como máximo se puede hablar de «proporcionalidad» entre lo que se ha dedicado a la casa o trabajando para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente y lo que este ha podido (gracias a ello) acumular como ganancias en su patrimonio. A pesar de lo dicho, veremos cómo el CCC realiza una aproximación de la compensación por razón de trabajo a la liquidación del régimen de participación.

b) Que los cónyuges, al no optar en capítulos por un régimen de participación en las ganancias (art. 232-13 CCC), están diciendo que no quieren distribuirse las ganancias que obtengan a lo largo del régimen al finalizar este (art. 231-10.2 CCC). Con la compensación por razón del trabajo en el régimen de separación de bienes³², se obliga a dicha distribución, incluso con criterios muy parecidos a los del régimen de participación (ver art. 232-6 y arts. 232-19 y 232-20 CCC). No obstante, mientras el de participación consiste en compartir por mitades (art. 232-15 CCC), el de separación de bienes consiste en una participación de como máximo, en principio, una cuarta parte de la diferencia patrimonial (art. 232-5.4 CCC).

c) En consecuencia, para poder legitimar el derecho de crédito del cónyuge débil, no debe ser suficiente el hecho de que el cónyuge fuerte haya obtenido más patrimonio durante el matrimonio (verificándose al final de este) que el otro, sino que lo haya conseguido gracias a que el primero se ha dedicado (sustancialmente más) a la casa o trabajando para el segundo sin remuneración o con remuneración insuficiente. Es decir, debe existir una doble correlación: por un lado, que el cónyuge fuerte se haya visto beneficiado por la liberalidad del cónyuge débil (tranquilidad de que el otro está dedicado a la casa llevando la familia, innecesariedad de contratar a alguien al efecto, innecesariedad de contratar a un trabajador, etc.) y, por otro, que el cónyuge débil se haya visto perjudicado al comprobar que el motivo de su dedicación a la casa o al otro cónyuge, que es el matrimonio en sí, se ha visto frustrado (SAP Lleida de 29 de octubre de 1999)³³. O sea, el hecho de que el cónyuge fuerte

32. Ahora, como hemos dicho, queda claro que queda limitado a este régimen según el art. 232-5.1 CCC, dado que una parte de la doctrina se había planteado su extensión a otros regímenes, señalando que estos no necesariamente están protegiendo al cónyuge que se ha quedado en la casa o ha trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente (BOSCH CAPDEVILA, E., *La compensación económica por razón del trabajo*, inédito, 2006, p. 15).

33. CENDOJ 25120370021999100084. Véase también ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 236, y PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 15, para

se haya aprovechado del cónyuge débil para enriquecerse debe ser el verdadero motivo de la compensación, dado que de lo contrario se está alterando la naturaleza jurídica del régimen de separación de bienes. No obstante, como veremos, si esto era así para el art. 41 CF, no es tan claro que pueda aplicarse al CCC.

En consecuencia, estos tres condicionantes deben presidir los límites impuestos a la compensación en la nueva normativa.

Por último, debe señalarse que la indemnización que supone la compensación por razón del trabajo es de carácter objetivo, es decir, independiente de la culpabilidad o no del cónyuge beneficiado en relación a la crisis matrimonial³⁴.

2.3. La «sustancialidad» y la contribución «notablemente superior»

Una de las importantes novedades en el redactado del precepto que se dedica a señalar la circunstancia en la cual debe darse la compensación por razón de trabajo (el art. 232-5.1 CCC) respecto al vigente art. 41 CF es que para ser compensable la dedicación a la casa del cónyuge débil debe ser «sustancialmente más» que la del otro cónyuge, cuando en el art. 41 CF solo se exigía que se dedicase a la casa.

Es cierto que algunas sentencias habían ya señalado que la dedicación a la casa del art. 41 CF no hacía falta que fuese en exclusiva, sino que la compensación podía darse también si el cónyuge débil había trabajado fuera de casa esporádicamente (SSTSJC de 10 de febrero de 2003³⁵ y 12 de enero de 2004)³⁶. Entendemos, por lo tanto, que la introducción del corrector «sustancialmente» puede pretender aclarar que no sea necesaria la exclusividad a la dedicación al hogar sino que simplemente hará falta que se haya dedicado sustancialmente más que el otro.

La primera cuestión con la que nos encontramos —y a la que deberán hacer frente los juzgadores— es a la hora de determinar si existe dicha sustancialidad; es decir, ¿a partir de cuándo o cuánto puede decirse que un cónyuge se ha dedicado sustancialmente más que el otro a la casa? Aquí van las siguientes reflexiones:

la idea de la crisis matrimonial como detonante del enriquecimiento injusto que debe ser indemnizado al darse frustración.

34. Véase, así, PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 12.

35. La Ley 28978/2003.

36. La Ley 5681/2004.

– El punto de partida deberá ser que, para que no exista compensación ambos cónyuges deben haberse dedicado a la casa en la misma proporción, es decir, al 50% (art. 14 CE; arts. 231-1.1 y 231-2.1 CCC).

– Según el art. 231-6.1 CCC (anterior art. 5 CF) es obligación de ambos cónyuges el contribuir a los gastos familiares. El propio precepto señala expresamente que una forma de contribuir es con el trabajo doméstico; pero que existen otras como son los ingresos o la aportación de sus respectivos patrimonios al sustento doméstico. Si es una obligación contribuir a los gastos de la familia y ello se puede hacer dedicándose a la casa –en conjunción con aportar ingresos o de aportar patrimonio–, ello no tiene por qué ser compensable: es una obligación³⁷. Por lo tanto va a haber siempre un porcentaje del tiempo dedicado a la casa por el cónyuge débil que no es compensable, sino que es obligatorio, de manera que no puede ser calculado en la sustancialidad. Cuantifiquemos esto en un 10%. Por lo tanto, el cónyuge A (el que al final es débil) debe dedicarse más a la casa por mandato legal (es su manera de contribuir con el sustento de la casa) que el cónyuge B, el cual ya contribuye al sustento de la familia con sus ingresos (SAP Tarragona de 10 de octubre de 2008³⁸; ver también la SAP Barcelona 26 de mayo de 1999)³⁹. En consecuencia estamos ante un 60% a un 40%.

– ¿Y cuánto es ahora dedicarse «sustancialmente más»? Pues, por ejemplo, si en lugar de dedicarse 60%, se ha dedicado, digamos, el 70% y el otro solo el 30%.

– Pero entonces, ¿cómo se puede cumplir la regla del art. 231-6.1 CCC cuando se señala que la contribución obligatoria a la casa debe ser proporcional a los ingresos? ¿Quiere decir esto que si aumenta lo que el cónyuge B

37. De acuerdo con esto PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 17, que señalan que «una dedicació a la casa o a la família per ella mateixa no suposa un enriquiment injust de l'altre cònjuge, sempre que aquesta activitat es correspongui amb una contribució proporcional al sosteniment de les despeses familiars». Por su parte ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 249, considera que el art. 5 CF debe ponderarse (su intensidad e importancia, y valorado en equidad) en relación con el art. 41 CF.

38. JUR 2009\79975. Véase, también en este sentido, BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, 2006, p. 19, quien añade que la jurisprudencia no ha atendido a este criterio (STSJC 14 de abril de 2003, RJ 2003\4579). Véase, en cualquier caso, en relación al requisito de «sobre contribución» del art. 41 CF, que es definido por la doctrina como aquel que excede del deber de contribución a las cargas matrimoniales y familiares (GETE-ALONSO, M. del C., «La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 CDCC)», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996, n.º 139, p. 3).

39. Sentencia de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia n.º 223/99, Rollo apelación 989/98; juicio de separación n.º 1019/97. Ponente: D. Enrique Anglada Fors.

ingresa para la casa —mejor vivienda, mejores colegios, más viajes, etc.; es decir, mayor nivel de vida de la familia, lo que sería determinante en su caso para la prestación compensatoria según art. 233-14 CCC— deberá A obligatoriamente dedicarse más a la casa para compensar ese mayor aporte de B? Querría ello decir, por lo tanto, que B podría compensar su no dedicación a la casa aportando más a la familia, porque gana más. Ello supondría que quedaría exonerado de parte de su obligación⁴⁰, es decir estaríamos ya, supongamos, en el 70% a 30% obligatorios (y por lo tanto no compensables por razón del trabajo).

— Planteemos, ahora, una serie de correctores:

a) ¿Cómo afectará a dicha proporción que el cónyuge fuerte (B) hubiese contratado constante matrimonio a una o varias personas para que hicieran las tareas del hogar y/o que un familiar se encargase de cuidar a los niños y demás convivientes? En este caso, las obligaciones de A respecto a la casa han quedado reducidas; no se «ha dedicado a la casa» sino que la mayor parte del tiempo «ha estado en la casa», lo que no es compensable, según la literalidad del art. 232-5.1 CCC.

b) ¿Cómo afectará a la proporción aquí discutida el hecho de que ambos trabajen fuera de casa? ¿Cómo puede demostrarse que uno se ha dedicado *sustancialmente* a la casa más que otro si ambos trabajan fuera? Si ambos han contribuido de algún modo en la llevanza de la casa, será difícil probar tal «diferencia sustancial», dado que es un escenario radicalmente diferente de aquel en que uno de ellos no realiza tarea alguna en el hogar.

c) ¿Cómo se tiene en cuenta el elemento cualitativo de todo el abanico de actividades que implica «dedicarse a la casa»? ¿Hay unas tareas más arduas que otras? Si las hay, ¿cómo se contabilizan dentro de la «sustancialidad», más cuando la STSJC de 21 de octubre de 2002⁴¹ había señalado que para que pueda haber compensación no es necesario que el cónyuge débil haya realizado trabajos especialmente duros o penosos?

d) El problema de la prueba de quién ha realizado qué tareas y durante cuánto tiempo; ello no siempre tiene que ver con el tiempo que se ha pasado en casa (ejemplo, si el que se ha quedado en casa trabaja, por cuenta propia o ajena, desde casa). Si funciona por presunciones, ¿le bastará al cónyuge que resulta ser el fuerte, crear alguna duda en el juzgador señalando que como él trabajaba fuera y su cónyuge no, no se ha podido dedicar tanto y ha realizado tareas más llevaderas o cotidianas (ejemplo, estar con los niños los fines de

40. En tanto que el cónyuge débil ha obtenido una utilidad personal de los mayores ingresos del otro, lo que debe tenerse en cuenta (ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 250; véase también la SAP Barcelona 26 de mayo de 1999).

41. RJ 2003\698.

semana), de manera que al haber contribuido «en algo» desaparezca la «sustancialidad»?

Pues bien, todo ello aumenta aún más de complejidad cuando el art. 232-5.4 CCC autoriza al juez a poder superar el 25% de la diferencia de los incrementos. Esta posibilidad, que no estaba en el Proyecto 2009, solo podrá aplicarla el juzgador si se evidencia que la contribución del cónyuge débil ha sido «notablemente superior». Debe entenderse que entre una contribución «sustancialmente mayor» a una «notablemente superior» debe existir una diferencia cuantitativa importante, que queda incuantificada en el CCC. Si hemos dicho que «sustancialmente mayor» podríamos convenir que es un 70% a un 30%, que «notablemente mayor» debería ser, al menos, un 80% a 20% y todo lo que supere esta proporción debe ir aumentando progresivamente el porcentaje de participación del débil en el patrimonio del fuerte.

En consecuencia, la introducción de la sustancialidad como requisito para compensar por razón del trabajo al cónyuge débil es distorsionadora y provoca que todo el proceso sea más complejo, especialmente en tema de prueba y de determinación por parte del juzgador de cuánto es «sustancial» caso a caso y, si procede, si tal contribución sustancialmente superior es, a su vez, notablemente superior.

2.4. *El fundamento de la compensación. El papel del enriquecimiento injusto*

La jurisprudencia del TSJC se ha ocupado de determinar de manera reiterada cuáles son los requisitos que deben cumplirse para poder otorgar la compensación por razón del trabajo del art. 41 CF. Así lo reconoce la STSJC de 7 de julio de 2008, que señala como requisitos los siguientes:

1. Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio.
2. Que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente.
3. Que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges;
4. Que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

Pues bien, de todos ellos, la STSJC de 19 de noviembre de 2009⁴² dijo que la auténtica *ratio* de tal medida reequilibradora es el enriquecimiento injusto; por su parte la STSJC de 31 de octubre de 1998⁴³ señaló que el funda-

42. JUR 2010\18161.

43. CENDOJ 08019310011998100026.

mento de la compensación es el enriquecimiento injustificado de uno de los cónyuges; y las SSTs 11 de diciembre de 1992⁴⁴ y 20 de octubre de 1994⁴⁵ utilizaron el enriquecimiento injusto como fundamento para indemnizar al cónyuge débil⁴⁶.

Como se ve en dicha STSJC de 19 de noviembre de 2009, a pesar de su tardía incorporación y de los titubeos iniciales del propio TSJC, que lo calificó de «perturbador inciso» (STSJC de 27 de abril de 2000)⁴⁷, el enriquecimiento injusto se ha convertido en la clave para la atribución de la compensación por razón del trabajo.

De hecho, 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 (y, en cierto modo, con la aquiescencia o aceptación del otro) y que, desengañado por el inesperado fin de la relación (matrimonial o no), pide la compensación (a no ser que haya renunciado, por ejemplo, descartando la compensación pactándolo en capítulos o en el documento que regule el régimen en cuestión; arts. 232-7 y 231-19 CCC), provocando en consecuencia la revocación de tal liberalidad, se entiende, que por ingratitud [art. 531-15.1 d) CCC]. Si no se le permitiese tal revocación, el cónyuge fuerte se estaría enriqueciendo sin fundamento, en la medida en que la causa de su acumulación patrimonial es la desinteresada colaboración del cónyuge débil en la marcha de la familia. Esta posibilidad revocadora no es un fenómeno ajeno al derecho civil catalán en tanto que en el ámbito del derecho de sucesiones se había admitido en el antiguo art. 132 CS una presunción de revocación de ciertas atribuciones *mortis causa* a favor del cónyuge en casos de separación, nulidad o divorcio, de manera que dichas situaciones de crisis matrimonial se convertían en fundamento para presumir revocados ciertos beneficios al cónyuge, tal y como sucede en la compensación por razón del trabajo que, aunque se deba solicitar, tiene su fundamento en la ingratitud (de ahí que se excepcione en el ámbito sucesorio por «reconciliación») por fin imprevisto de la convivencia marital. Con el nuevo art. 422-13 CCC no se trata ya de una presunción de revocación, sino auténticamente de una ineficacia de tales disposiciones beneficiosas para el cónyuge, pero entendemos que tiene el mismo fundamento (la ingratitud), dado que no se da tal ineficacia si se reconciliaron.

44. RJ 1992\9733.

45. RJ 1994\7492.

46. De hecho, el fundamento de la compensación en la LUEP es claramente el enriquecimiento injusto, al seguir la línea trazada por el Tribunal Supremo para la aplicación de este principio a las uniones de hecho (LÓPEZ JIMÉNEZ, *Prestaciones económicas...*, p. 143).

47. RJ 2000\4125.

En consecuencia, desde 1993 –cuando se introdujo como requisito de la compensación por razón del trabajo el enriquecimiento injusto– hasta el CCC ha parecido razonable, tanto al legislador como a la doctrina y a la jurisprudencia, que para ser compensable el desequilibrio patrimonial debe haber una correlación entre el haberse dedicado a la casa o trabajar para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente y el enriquecimiento únicamente del otro cónyuge. Es entonces cuando el enriquecimiento injusto del art. 41 CF había funcionado también como un límite al importe de la compensación⁴⁸: solo debía compensar la cuantía en la que se ha enriquecido injustamente gracias al otro.

Con la desaparición expresa del requisito del enriquecimiento injusto del art. 232-5 CCC nos debemos volver a plantear cuál es el fundamento de la compensación por razón del trabajo. Y parece que dicho precepto lo hace recaer en la mera descompensación de ganancias patrimoniales, entendidas estas por la Exposición de Motivos CCC como «excedentes acumulables», no siéndolo, por ejemplo, el empleo en sí o la actividad laboral, según la SAP Lleida de 18 de enero de 2005⁴⁹. No obstante, ello conlleva una serie de desajustes:

a) Que ahora la cuantía no vendrá marcada por el valor del enriquecimiento injusto sino de la diferencia en las ganancias, lo que facultará al cónyuge débil a participar en las que ha obtenido de más el cónyuge fuerte (art. 232-6 CCC), lo que sin embargo provoca una desnaturalización del régimen de separación de bienes.

b) En consecuencia, el límite de la compensación no puede estar en el valor del enriquecimiento, sino que debe hallarse en el porcentaje máximo del 25% de participación en la diferencia de incrementos, como así lo establece el art. 232-5.4 CCC, siempre que la contribución no haya sido «notablemente superior», pues en este caso se puede superar. La duda que surge, entonces, es si hay algún límite para este supuesto, ya que el precepto no lo señala. La lógica y el art. 232-15 CCC nos llevan a pensar que dicho límite se encuentra implícitamente en el 50%, puesto que: 1) ningún sentido tiene que por compensación en el régimen de separación de bienes se pueda conseguir más que en el propio régimen de participación en las ganancias, cuya naturaleza es mucho más adecuada para posibilitar la participación en las ganancias del otro (y por ello no prohíbe, incluso, que pueda pactarse un mayor porcentaje); 2) que difícilmente puede hallarse una base racional para que el cónyuge que menos rendimientos ha obtenido pueda quedarse con más del 50% de las

48. PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 16.

49. AC 2005\190.

ganancias de quien las obtuvo, entrando ya en el ámbito del enriquecimiento injustificado.

c) Debe hallarse un nuevo fundamento, distinto al enriquecimiento injusto, a la compensación en caso de muerte del cónyuge fuerte. Así, el no-vedoso (respecto a la CDCC y el CF) art. 232-5.5 CCC prevé que en caso de premoriencia del cónyuge fuerte, el supérstite (y solo él, como consecuencia de esa posibilidad personalísima de revocar lo dado) podrá reclamar la compensación por razón del trabajo, siempre que los bienes o derechos que le correspondan por ello (en sucesión testada o intestada) no cubran el importe que le correspondería vía *mortis causa*. En este supuesto no hay un fin «inesperado» y anticipado del matrimonio, sino que este se extingue por la causa que razonablemente ambos cónyuges podían esperar, es decir, la muerte de uno de ellos, de manera que no es posible entender que en este caso la revocación de las liberalidades queda justificada por ingratitud. Lo que podemos plantearnos, entonces, es si el fundamento para la «revocación» de las liberalidades puede hallarse en la pobreza, lo que lo hará depender del estado en que quede tras la ruptura [art. 531-15.1 e) CCC]. Lo comentamos en el punto siguiente.

La explícita desaparición del enriquecimiento injusto como requisito ha provocado que el CCC pueda pretender su presunción *iuris et de iure* para todos los supuestos de descompensación de ganancias, habiéndose dedicado un cónyuge sustancialmente más a la casa o habiendo trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente. Solo así puede entenderse la vinculación entre uno y otro hechos, es decir, entre la diferencia de incrementos patrimoniales y la liberalidad efectuada por el cónyuge débil durante el matrimonio (art. 232-5 CCC; se considera injusto que uno acumule riquezas mientras que el otro, dedicado a la casa o para el otro con remuneración insuficiente, no), así como el fundamento de la deducción en el cómputo de las ganancias de los bienes obtenidos a título gratuito [art. 232-6.1 c) CCC; porque se considera que no los ha obtenido acumulando patrimonio mientras el otro estaba en casa o trabajaba para él con remuneración insuficiente, de manera que no es un enriquecimiento «injusto» o a costa del otro]⁵⁰. Es decir, pretende presumir *iuris et de iure* que siempre que se den ambos requisitos es porque el cónyuge fuerte se ha enriquecido injustamente de la liberalidad del cónyuge débil. No obstante ello no tiene por qué ser necesariamente así, pudiendo caer en soluciones injustas. De este modo, analicemos ambas situaciones:

50. *Vid. infra*, no obstante, el sutil cambio del Proyecto 2009 al texto definitivo, que pasó de los bienes obtenidos a título «lucrativo» a los obtenidos a título «gratuito».

1. Respecto al trabajo para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente, parece claro que provoca siempre un enriquecimiento injusto. Así lo reconoció ya la STSJC de 27 de abril de 2000. También lo reconoció la STSJC de 19 de enero de 2004⁵¹, en la cual el marido trabajó para la mujer con un sueldo adecuado y, a pesar de la importante diferencia de patrimonios final, no se le otorgó compensación alguna del art. 41 CF porque, precisamente, estaba adecuadamente remunerado. No obstante, debe destacarse que ello implicó el abandono de la teoría del cónyuge-«colaborador incondicional» (STSJC de 21 de octubre de 2002), es decir, que un cónyuge nunca puede equipararse a un trabajador cualquiera, dado que su contribución va más allá de los meros deberes laborales y, solo por ello —e independientemente de su adecuada remuneración⁵²— debía ser compensado.

2. Más problemática puede ser la dedicación a la casa. Según la STSJC de 21 de octubre de 2002, solo por el hecho de la renuncia de uno de los cónyuges a trabajar fuera de casa el otro resulta ya enriquecido al saber que la casa, y en su caso los hijos, están atendidos, y en ningún caso se valora si quien solicita la compensación por razón del trabajo haya llevado a cabo trabajos duros o penosos. Reiteradas SSTSJC habían ya integrado el enriquecimiento injusto en la desigualdad patrimonial, como la STSJC de 10 de febrero de 2003 («el mantenimiento y aumento, en su caso, del patrimonio del esposo —aunque procediera de sus bienes privativos— no hubiera sido posible sin la opción de la esposa, sin la dedicación de esta a la casa, que propició la dedicación —esta sí exclusiva— del marido a la consolidación del matrimonio. Con tales premisas resulta inadmisibile la postura de la Audiencia, que parece situar el enriquecimiento injusto como resultado de una actividad constante matrimonio cuando la Ley lo sitúa como consecuencia de la desigualdad patrimonial, esto es, una vez comparados los patrimonios resultantes de ambos cónyuges») y la STSJ de 26 de marzo de 2003⁵³ (donde se presume *iuris et de iure* de que cualquier descompensación implica un enriquecimiento injusto), de manera que el CCC no haría más que confirmarlo legalmente. No obstante, en nuestra opinión, no siempre que uno se ha dedicado a la casa ello debe conllevar necesariamente un enriquecimiento del otro o, lo que es lo mismo, no siempre el enriquecimiento de uno es debido a que el otro se ha quedado en casa y se ha empobrecido en conse-

51. La Ley 14779/2004.

52. En el caso de la STSJC de 21 de octubre de 2002, la señora —solicitante de la compensatoria— trabajaba de dependienta en una tienda de la cadena regentada por el marido, cobrando por entonces unas 150.000 ptas/mes, lo que posiblemente la acercaba a la remuneración de mercado por el puesto de trabajo que desempeñaba.

53. RJ 2003\4654.

cuencia, puesto que daría lugar a situaciones injustas en las que el incremento patrimonial del fuerte no esté correlacionado con la dedicación a la casa del otro y a su empobrecimiento relativo ⁵⁴. A nuestro entender, en el CCC se está objetivamente penalizando al cónyuge que ve incrementado su patrimonio porque no puede demostrar en contrario que su enriquecimiento no ha sido debido a que el otro cónyuge se ha dedicado a la casa. Veamos algunos ejemplos:

a) Aquel cónyuge que, a pesar de ganar más, también invierte más en el nivel de la familia, es decir, objetivamente compensa su menor «dedicación a la casa» a proveer a la familia de más bienestar (más allá de los meros alimentos y obligación de sustento de la familia); pues bien, no solo con el CCC se le condenará a compensar por el trabajo, sino que, además, se le exigirá una prestación compensatoria adecuada al nivel de vida que había acostumbrado a su cónyuge (art. 233-15 CCC).

b) Otro ejemplo es el del profesional de éxito que ya lo es o se prevé que lo sea antes del matrimonio: hacer participar al cónyuge débil de las ganancias de un profesional de éxito es presumir *iuris et de iure* que su éxito es debido, en parte (vemos que es hasta el 25% o, incluso más, según el art. 232-5.4 CCC), a que el otro se ha quedado en la casa.

c) Otra situación puede ser aquel cónyuge que ha visto incrementado su patrimonio con una herencia; este supuesto quedó resuelto en SAP Barcelona de 20 de mayo de 2002 ⁵⁵, que resolvió que no había lugar a compensación por razón del trabajo a pesar de la descompensación patrimonial; pero dicha sentencia fue revocada por STSJ de 10 de febrero de 2003, que consideró irrelevante el origen de los bienes del incremento patrimonial, lo que realmente sorprende en tanto que ninguna atribución patrimonial le correspondería por ello en un régimen de participación en las ganancias o en un régimen de comunidad limitada de bienes ⁵⁶.

Es decir, con el CCC se ha optado por una comunicación de ganancias —propia de la descompensación patrimonial, pero no acorde con la naturaleza

54. Así, por ejemplo, no queda claro que J.K. Rowling tenga una fortuna calculada en 560 millones de libras y ello sea debido a que su cónyuge se hubiese dedicado a la casa. CASAS VALLÈS y MIRALLES GONZÁLEZ, *Nota sobre la propuesta...*, p. 4, igualmente consideran que esta presunción es excesiva, dado que el incremento patrimonial puede no tener nada que ver con la dedicación del otro a la casa.

55. AC 2002\1408.

56. Aunque este último supuesto parece que debería quedar resuelto con el art. 232-6.1 c) CCC, al excluir del incremento patrimonial lo obtenido por título gratuito, el sutil cambio del Proyecto 2009 que se refería como a los de título «lucrativo» puede dar lugar a dudas. *Vid. infra*.

del régimen de separación de bienes⁵⁷, sino que está más en relación con el régimen de participación en las ganancias— y no por un reembolso de aportaciones desinteresadas —que requiere la prueba de un enriquecimiento injusto de uno correlacionado con el empobrecimiento del otro—.

2.5. *Justificación de la compensación en caso de muerte del cónyuge fuerte*

Por otra parte, la Ley 25/2010 ha querido dar respuesta a la crítica de algunos autores⁵⁸ y que ha destacado en ocasiones la jurisprudencia (SSTSJC de 4 de diciembre de 1989⁵⁹ y 26 de enero de 1995⁶⁰) en relación a la situación en la que se encuentra, con la normativa actual, el cónyuge débil que ve extinguido su matrimonio por muerte del cónyuge fuerte y que no puede reclamar compensación alguna por razón del trabajo.

En principio, la institución pensada al efecto es la cuarta viudal, entendida en las ya citadas SSTSJC de 4 de diciembre de 1989 y 26 de enero de 1995 como una institución compensadora del desequilibrio económico, perfil que se refuerza al relativizarse la «necesidad» del art. 451-1.1 CCC con diversos criterios, como el nivel de vida durante el matrimonio, perspectivas económicas del beneficiario, etc., que van más allá de las imprescindibles para su mera supervivencia (a pesar de calificarlo en el Preámbulo de la Ley 10/2008 de «necesidades vitales»). Actualmente se encuentra regulada en los arts. 452-1 CCC y ss. y puede operar tanto en situaciones de sucesión testada como de sucesión contractual e intestada, siempre que entre sus propios bienes, los que le puedan corresponder por liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración de esta (ejemplo, las compras con pacto de supervivencia —art. 231-15 CCC— el derecho al *parament* del hogar —art. 231-20 CCC—, el *any de plor* —art. 231-31 CCC—, las donaciones por causa de muerte —art. 531-9 CCC—, etc.), no tenga recursos suficientes para satisfacer sus necesidades (art. 452-1.1 CCC). Con la regulación del CF (con el art. 41 CF y en régimen de separación de bienes) nada podía esperar el cónyuge superviviente débil por liquidación del régimen por muerte del cónyuge fuerte por el concepto de compensación por razón del

57. PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 16. También destacan la desnaturalización del régimen por este motivo CASAS VALLÈS y MIRALLES GONZÁLEZ, *Nota sobre la propuesta...*, p. 4.

58. Véase, en este sentido, PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 8.

59. *Revista Jurídica de Catalunya* (Jurisprudència), Barcelona, 1990, año LXXXIX, n.º II, pp. 273 a 279.

60. RJ 1995\4461.

trabajo; si, además, este no le atribuía nada en el testamento, solo le quedaba la cuarta viudal. Si, en cambio, el cónyuge fuerte moría intestado y con hijos, el cónyuge supérstite debía conformarse con el usufructo universal de la herencia (art. 442-3.1 CCC) o podía conmutarlo por la cuarta parte de los bienes de la herencia más el usufructo de la vivienda conyugal (art. 442-5 CCC), lo que en principio podría parecer suple a la cuarta viudal, aunque no necesariamente debe ser así si el cónyuge premuerto ha dispuesto de sus bienes mediante donaciones o mediante legados establecidos en codicilos⁶¹.

Es decir, en cualquiera de los casos, la cuantía probablemente sería menor⁶² que otorgándole la compensatoria por razón del trabajo del art. 41 CF. Así, en cuanto al usufructo viudal o bien no da titularidades dominicales o bien, si las da, tienen como límite la cuarta parte de los bienes de la herencia, límite que no existía en el art. 41 CF. Y en relación a la cuarta viudal tiene como límite máximo que sea necesaria para satisfacer las necesidades del cónyuge supérstite, es decir, tiene cierto carácter alimentario (art. 261 CF y 237-4 CCC), a pesar de sus particularidades⁶³. Ello no tiene nada que ver con la compensatoria del art. 41 CF (y la del art. 232-5 CCC), que se otorga en relación a la descompensación de patrimonios, independientemente de si el cónyuge débil lo necesita para su sustento. Es decir, si el cónyuge supérstite tiene suficiente para su sustento, nada recibirá por cuarta viudal a pesar de que exista desequilibrio entre ambos patrimonios⁶⁴.

Esta situación, a primera vista, parece objetivamente injusta en tanto que más derecho tiene a ser compensado sobre el patrimonio del otro cónyuge (fuerte) aquel (débil) que ha estado con él más tiempo, es decir, hasta la muerte, que aquel que solo ha estado casado o conviviendo con él algunos años de su vida (hasta el divorcio, la separación judicial o la nulidad). A pesar de ello, la inaplicación del art. 41 CF en caso de muerte del cónyuge fuerte era coherente con la naturaleza jurídica de la compensación ahí regulada: la liberalidad del cónyuge débil (en forma de su industria, tiempo y dedicación

61. ESPIAU ESPIAU, S., «Comentario al art. 452-1 CCC», en EGEA, J., y FERRER, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya*, Barcelona, 2009, Editorial Atelier, p. 1447.

62. En este mismo sentido, BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, 2006, pp. 17 y 18.

63. Las señala ESPIAU ESPIAU, *Comentario...*, p. 1448: las necesidades a satisfacer tienen carácter relativo y vendrán determinadas por la situación del beneficiario constante matrimonio o la convivencia en unión estable de pareja (art. 452-1.2 CCC), de manera que no necesariamente debe hallarse en la situación de precariedad que exigen los alimentados de los arts. 261 CF y 237-4 CCC; y, además, el patrimonio del premuerto no tiene la obligación de hacerse cargo de todas las necesidades del supérstite, sino que tiene solo hasta un límite, fijado por el art. 452-1.1 CCC en la cuarta parte de su valor.

64. En este sentido, véase la explicación en PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 10.

desinteresadas a la casa o al negocio familiar) no se ha visto frustrada (a diferencia de lo que sucede en el resto de casos) dado que el matrimonio ha durado lo máximo posible y esperable.

El art. 232-5.5 CCC viene, sin embargo, a superar esta diferencia, previendo también la compensatoria por razón del trabajo al cónyuge débil que ha trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente o se ha dedicado sustancialmente más a la casa, en caso de premoriencia del cónyuge fuerte. Está configurando del siguiente modo:

a) Tiene carácter personalísimo (art. 232-5.5 CCC). Con ello se pretende que sea el cónyuge supérstite quien decida si quiere o no reclamar por su generosa dedicación a la casa o al negocio del cónyuge premuerto, sin que puedan reclamar por ello sus herederos. Este carácter coincide con el de personalísimo de la solicitud de la propia compensación por razón del trabajo, tal y como se deduce del art. 232-11 CCC⁶⁵.

b) Prescribe a los 3 años a contar desde la muerte del cónyuge fuerte (art. 232-11.2 CCC).

c) Tiene carácter residual (art. 232-5.5 CCC): solo se le otorgará si los bienes y derechos que le atribuye por sucesión testada o contractual el cónyuge premuerto o los que le corresponden de él si es intestada son insuficientes para cubrir la cuantía que le correspondería por compensación patrimonial.

d) Y, naturalmente, como sucede con el resto de supuestos, la cuantía máxima es la cuarta parte de las diferencias patrimoniales entre ambos cónyuges, con la excepción de si la contribución ha sido «notablemente superior» (art. 232-5.4 CCC).

Ante ello, debemos realizar los siguientes comentarios:

a) La previsión del supuesto de compensación por causa de muerte del cónyuge fuerte desnaturaliza de nuevo a la institución en tanto que esta conlleva intrínseca y necesariamente un componente de revocación de la actuación desinteresada del cónyuge débil a lo largo del matrimonio, que ve cómo se ha visto frustrada al extinguirse este por divorcio, o se ha producido separación judicial o nulidad. Se trataría de una especie de revocación por ingratitud [art. 531-15.1 d) CCC]. Pero si el matrimonio se extingue por muerte, esta es la forma de extinción que el cónyuge débil podía razonablemente esperar, de manera que no ha lugar a revocar por ingratitud (no hay «injusticia»). ¿Qué fundamento tiene, pues, la concesión de la compensación por razón del trabajo en caso de muerte del cónyuge fuerte? Si no es la ingratitud, del resto de supuestos del art. 531-15 CCC, solo podría caber la de pobreza [art. 531-15.1 e) CCC]. No obstante, la concesión de la compensatoria es indepen-

65. *Vid. infra.*

diente de la situación de pobreza del cónyuge supérstite —ya hemos dicho que no tiene carácter alimentario—, sino que esta tiene más bien que ver con la cuarta viudal. En consecuencia, y vista como un todo (al operar *inter vivos* y al operar *mortis causa*), es difícil encontrar a la compensación por razón del trabajo prevista en el CCC una base legal en la revocación de la liberalidad del cónyuge débil, sino que parece fundamentarse más en la mera comunicación de las ganancias del cónyuge fuerte al cónyuge débil, aproximándola al régimen de participación y provocando un alejamiento de sus fundamentos al régimen de separación de bienes.

b) ¿Se están duplicando las compensaciones entre la cuarta viudal y la compensación por razón del trabajo? Son compatibles, aunque en el sentido de que se complementan. El art. 232-5.5 CCC señala que la compensación es subsidiaria al resto de atribuciones *mortis causa*, es decir, le corresponderá «siempre y cuando» lo que le corresponda *mortis causa* «no cubra[n] el importe que le correspondería». Por su parte, el art. 452-1.1 CCC señala que la cuarta viudal solo actuará si, entre otros, con los bienes que le correspondan por liquidación del régimen económico matrimonial el cónyuge supérstite no tiene bienes suficientes para su subsistencia. Dado que del redactado se desprende una doble subsidiariedad legal, ¿cuál es más subsidiaria, la cuarta viudal o la compensatoria por razón del trabajo? A nuestro entender lo que puede interpretarse es que, primero, deberán calcularse todas las atribuciones *mortis causa* a favor del cónyuge débil y también calcular la cuantía que le correspondería por compensación por razón del trabajo⁶⁶; hecho esto, si las atribuciones que le corresponden *mortis causa* son menores que lo que le correspondería por compensación, esta completará la cuantía; y si la cuantía resultante aún es insuficiente para el mantenimiento del cónyuge débil, actuará la cuarta viu-

66. Con esto cumplimos el art. 232-5.5 CCC que condiciona la compensación por razón del trabajo en este supuesto a que lo que le correspondería por este concepto no estuviese ya cubierto mediante las disposiciones *mortis causa* previstas en el precepto. No obstante, el cálculo de la compensación por razón del trabajo dará lugar previsiblemente a disputas, en el sentido de que, si bien los criterios del art. 232-6 CCC para el cálculo de la diferencia patrimonial entre ambos cónyuges son más o menos claros y objetivos (no sin dejar de ser complejos, por ejemplo, en relación a valoraciones), la determinación final de la cuantía vendrá determinada por elementos menos objetivos (duración e intensidad de la dedicación, etc.), es decir, los del art. 232-5.3 CCC. Por lo tanto, en caso de cuantificación distinta entre, por ejemplo, los herederos del cónyuge fuerte premuerto y la viuda débil, acabará habiendo un proceso judicial que es el que deberá determinar el valor de los elementos del art. 232-5.3 CCC y, además, es el único supuesto en el que se puede superar el límite del 25% a criterio del juzgador (de manera que, a falta de acuerdo, es la única manera de que la viuda débil, si piensa que su contribución desinteresada ha sido «notablemente superior», pueda obtener más del 25% de la diferencia de las ganancias).

dal⁶⁷. Hay que denotar, además, que la compatibilidad (aunque ambas se deben tener en cuenta entre sí) entre ambas se asemeja a la compatibilidad (y tenida recíproca en cuenta) entre la compensatoria por razón del trabajo y la prestación compensatoria cuando el matrimonio se extingue por divorcio, o se produce la separación judicial o su nulidad⁶⁸. De hecho, los criterios para el cálculo de la cuarta viudal del art. 452-1.2 CCC son similares a los de la prestación compensatoria del art. 233-15 CCC (ejemplo, el nivel de vida que tenían los cónyuges, el estado de salud, perspectivas económicas, etc.) y su finalidad es también similar (que el cónyuge que quede en peor situación tras el matrimonio —lo que debe ser evaluado en la cuarta viudal para que se le pueda reconocer tal derecho— pueda mantener, en cierto modo, el nivel de vida del que gozaba constante este).

c) Y respecto al cálculo, ¿deben computarse también el resto de derechos hereditarios o en contemplación de la muerte de carácter legal? Así debería ser, porque el art. 233-15 CCC se refiere a cualquier derecho hereditario o por causa de muerte del otro cónyuge.

2.6. *Los criterios para la fijación del quantum y el cálculo de la diferencia en los incrementos patrimoniales*

El art. 232-6 CCC estipula las reglas de cálculo para hallar los «incrementos patrimoniales» de cada uno de los cónyuges para determinar si existe derecho a ser compensado, lo mismo que preceptúa el art. 232-13.1 CCC en relación a las reglas de los arts. 232-19 y 232-20 CCC para el régimen de participación.

No existía regla de cálculo alguna para establecer la compensatoria del art. 41 CF. Y ello, lejos de ser considerado por los aplicadores de la ley como un contratiempo, era visto como una ventaja. Así, la STSJC de 29 de mayo de 2007⁶⁹ señalaba que el *quantum* compensatorio «debe quedar al arbitrio del Juez o Tribunal al tenor de las pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas que, si aceptables en el marco académico, solo servirían para encorsetar soluciones»; del mismo modo, véanse las SSTSJC de 27 de abril de 2000, 21 de octubre de 2002 (tiene en cuenta el tiempo de duración del matrimonio, la situación económica, la edad del cónyuge débil o el esfuerzo) y 9 de mayo de 2005⁷⁰. De hecho, el TSJC ya se había ocupado de descartar cualquier vía estandarizada de cálculo de la compensatoria del

67. Con ello se respeta la clara subsidiariedad en relación a lo que le corresponda por liquidación del régimen económico matrimonial del art. 452-1.1 CCC.

68. *Vid. infra*.

69. La Ley 80535/2007.

70. RJ 2005\7750.

art. 41 CF, como la que habían utilizado algunas audiencias provinciales al tener en cuenta el sueldo de una empleada del hogar (si el cónyuge débil se había dedicado al hogar; así, en la SAP Barcelona de 12 de enero de 1998⁷¹ ella se había dedicado al cuidado de los tres hijos y recibió una compensación en razón a las horas diarias dedicadas durante los años de dedicación) o teniendo en cuenta el sueldo de un empleado de la rama correspondiente (si había trabajado en el negocio del cónyuge fuerte; así en SAP Girona de 3 de marzo de 1997⁷² se capitalizó el sueldo de un regente de un anexo a la tienda del marido donde ella vendía ropa⁷³). Parte de la doctrina también se había posicionado en este sentido, aportando reglas de cálculo como dándole al cónyuge débil una retribución similar a la que hubiese recibido en el mercado laboral⁷⁴.

Pues bien, el legislador catalán parece no ser del mismo parecer, en aras de la seguridad jurídica que busca la existencia de normas claras con consecuencias previsibles, de manera que ha fijado algunas reglas para fijar el *quantum* de la compensación. Ello es coherente con la desaparición del enriquecimiento injusto, de manera que no podrá consistir en contabilizar la cuantía de tal injusticia (en cuánto se ha enriquecido uno al tiempo que por ello se ha enriquecido el otro), sino que se tratará de cuantificar, dada la diferencia de incrementos patrimoniales⁷⁵, en cuánto el cónyuge débil puede participar del incremento patrimonial del cónyuge fuerte. Así:

a) La compensación tiene, en principio, como límite el 25% de la diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges (art. 235-5.4 CCC), lo que quiere decir que actúa como un máximo. Este máximo no existía en el art. 41 CF, aunque la racionalidad podía hacer pensar que el máximo estaba no solo en la correlación entre enriquecimiento y empobrecimiento de los cónyuges sino también en la mitad de las ganancias obtenidas por el cónyuge fuerte, siguiendo al régimen de participación (art. 50 CF⁷⁶). Como hemos dicho, en esta misma línea debería ir el límite superior para el caso de que la contribución del cónyuge débil haya sido «notablemente superior» (art. 232-5.4 CCC en relación con el art. 232-15 CCC). Otra cuestión que debe plantearse es por qué se ha establecido dicho límite. Si su finalidad era «alejarlo» de régimen de participación, cuya «cuota de participación» sigue estando fijada, a falta de pacto, en el 50% (art. 232-21 CF), lo cierto es que

71. CENDOJ 08019370121998101152.

72. AC\1997\596.

73. Ya hemos comentado *supra* la contradicción en relación a la teoría del «colaborador incondicional».

74. Ver BRANCÓS NÚÑEZ, *Separació de béns o participació...*, pp. 685 y 686.

75. *Vid. infra*.

76. Así lo había afirmado JOU MIRABENT, *Comentari...*, p. 204.

porque dicha cuota se haya fijado en el máximo del 25% no pierde su carácter de «participativa» en las ganancias, lo que mantiene su incoherencia intrínseca con un régimen de separación de bienes; es más, nada impide que dicho máximo se alterase por pacto⁷⁷. Y si se ha estipulado para ponerla en relación a otras «cuartas», especialmente la cuarta viudal, debe tenerse en cuenta que no solo ambas son compatibles, sino que además cumplen funciones diferentes y además pueden representar cuantías diferentes. Puede afirmarse, en consecuencia, que la fijación de este máximo no obedece a criterios jurídicos, sino a una oportunidad de política legislativa⁷⁸, lo que queda corroborado por la «flexibilización» del límite que puede ser superado por criterio judicial en caso de contribución «notablemente superior» del cónyuge débil.

b) Que hasta ese máximo opera la discreción judicial, que puede fijar la cantidad que considere, siempre que esta quede justificada (art. 218 LEC) atendiendo a los criterios del art. 232-5.3 CCC, que no existen en el vigente art. 41 CF. Así, deberá tener en cuenta la duración y la intensidad de la dedicación, dados los años de convivencia y, en el caso del trabajo doméstico, el hecho de que haya incluido la crianza de los hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que hubiesen conviviendo con los cónyuges. Ello, incluso, puede servir al juez para catalogar tal actividad como de intensidad «notablemente superior» de la del otro cónyuge y superar el límite del 25%.

c) Sentado todo ello, la siguiente cuestión es si los cónyuges, por pacto, pueden establecer un porcentaje distinto al del 25% del art. 232-5.4 CCC, al estilo del art. 232-15 CCC, para el régimen de participación que les permite variarlo tanto para aumentarlo como para reducirlo o incluso excluirlo, siempre que los pactos tengan carácter recíproco e igual a favor de cualquiera de los cónyuges. Analicemos tres situaciones:

— Que sea una norma de *ius cogens*, de manera que no admita pacto en contrario, especialmente la exclusión⁷⁹. Ello no puede deducirse necesariamente de la literalidad del art. 232-5.4 CCC, dado que su modificación no supondría una desnaturalización de la institución, más cuando el régimen de

77. *Vid. infra*.

78. Como se ha sugerido *supra* bien podría buscar cierta protección para el cónyuge que, por sus circunstancias personales y/o profesionales, ha podido hacer más fortuna, intentando evitar que el matrimonio o las parejas estables sean excesivamente desincentivadoras para personas con altos ingresos.

79. Así se pronunciaban en relación al art. 41 CF ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 246, y GETE-ALONSO, *La compensación económica...*, pp. 1 a 5. Aunque otros descartaron tal prohibición, como JOU MIRABENT, *Comentari...*, p. 200, y LÓPEZ BURNIOL, J. J., «La Ley catalana de uniones estables de pareja», *RJC*, vol. 98, n.º 3, 1999, p. 663.

fuentes que rigen el matrimonio comienza por la voluntad de las partes pactadas en capítulos, siempre que se respete el principio de igualdad (art. 14 CE).

— Según el art. 232-7 CCC en relación con los arts. 231-19.1 y 231-20 CCC y en última instancia con el 111-6 CCC, no obstante, no existe problema para que en capítulos matrimoniales puedan incorporarse pactos en previsión de la ruptura y determinar el régimen económico matrimonial, que en cualquier caso deben estar de acuerdo con el art. 14 CE; dichos pactos también pueden incorporarse en escritura pública notarial (art. 231-20.2 CCC). De manera que, si así lo hacen los cónyuges, tanto antes como después de la celebración del matrimonio, tanto en capítulos como en escritura pública como notarial, lo que están haciendo realmente es evitar la aplicación de las normas previstas para el régimen de separación de bienes tal cual viene regulado en los arts. 232-1 y ss. CCC, según el art. 231-10 CCC⁸⁰. En consecuencia, si solo pactasen alterar el porcentaje máximo de compensación en capítulos, estaríamos, entonces, igualmente ante un régimen de separación de bienes, pero alterado en dicho aspecto; si lo pactasen en escritura pública no capitular estaríamos ante una exclusión explícita del límite del art. 232-5.4 CCC. En cualquier caso, se estaría evitando la aplicación de la norma supletoria; primero, el derecho a ser compensado y, segundo, por una cuantía máxima del 25% (art. 231-20.2 y 231-10 CCC). Tanto en un caso como en otro, dada la trascendencia de la cuestión, deberán observarse los siguientes requisitos:

1. Pacto en capítulos o en escritura pública notarial.
2. Los pactos de exclusión o limitación de derechos (en este caso el derecho es del cónyuge acreedor que renuncia a ser compensado o por un porcentaje máximo menor al 25%; aunque también puede ser una cesión del cónyuge deudor, que admite que el porcentaje sea mayor al 25%) deben tener carácter recíproco (art. 14 CE y 231-2.1 CCC) y deben precisarse con claridad a qué derechos se está renunciando o cuáles se están limitando.
3. Antes de realizar la escritura, el notario deberá informar por separado a los cónyuges de la trascendencia de los cambios que quieren introducir respecto al régimen supletorio y del deber de informarse recíprocamente del patrimonio que tienen en el momento de firmar el pacto, sus ingresos y expectativas económicas, siempre que ello fuera relevante en relación al contenido del pacto. Se entiende que el deber de proporcionarse esta información es obligación pre-contractual de ambos cónyuges y, en definitiva, una concreción del principio de buena fe en las relaciones jurídicas del art. 111-7 CCC. Además, el art. 231-20.4 CCC marca una regla procesal que acrecienta la

80. No obstante, la polémica doctrinal sobre su renunciabilidad en el CF puede verse en BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, 2006, pp. 98 y 99.

exigencia del art. 217 LEC: no solo deberá probar, conforme a este precepto, la existencia del pacto y el cumplimiento de sus requisitos, sino que además deberá acreditar que informó debidamente al otro cónyuge de su situación patrimonial, ingresos y expectativas económicas.

4. A pesar de todas las precauciones anteriores, el último punto del precepto prevé una particular cláusula legal *rebus sic stantibus*: si, cuanto se pretende el cumplimiento de los pactos, 1) estos son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges y 2) si el perjudicado acredita que durante el matrimonio han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni se podrían razonablemente haber previsto cuando se acordaron, dichos pactos se considerarán ineficaces.

– Convenio regulador de la separación o del divorcio de mutuo acuerdo o instado por un cónyuge con el consentimiento del otro [art. 233-2.3 c) CCC y 777 LEC]. Si en dicho convenio las partes pactan –con⁸¹ o sin contrapartida⁸² – un cantidad distinta del máximo del 25% (incluso el 0%) en concepto de compensación por razón del trabajo, no vemos motivo para que no deba ser respetado (en la línea de la STSJC de 19 de julio de 2004)⁸³, con la única limitación de que no deben lesionar los intereses de los hijos comunes menores de los cónyuges, puesto que en este caso no podrá ser aprobado por la autoridad judicial. No se trata aquí de una renuncia *ex ante* al derecho, sino que, habiendo ya hecho los cálculos ambos cónyuges de lo que deben o a lo que tienen derecho por dicho concepto, estos deciden negociar con su crédito o deuda para poder llegar a un acuerdo, lo que debería facilitarse y ser preferente, sin necesidad de tener las precauciones del art. 231-20 CCC.

d) Por último, debe advertirse la compatibilidad entre la compensatoria por razón del trabajo y otros derechos que correspondan, por razón de extinción del régimen matrimonial, al cónyuge acreedor (art. 232-10 CCC). Lo otorgado por unos conceptos debe tenerse en cuenta para el establecimiento del *quantum* de los otros. Así sucede, por ejemplo, con la prestación compensatoria (art. 233-14 CCC), como ya había establecido la jurisprudencia (STSJC de 31 de octubre de 1998), o la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 233-20 CCC)⁸⁴, todo ello fijado a favor del cónyuge débil.

Y en cuanto al cálculo del incremento patrimonial en sí, no debe olvidarse que la diferencia de incrementos es el único requisito para la concesión de la

81. A cambio, por ejemplo, de una menor prestación compensatoria.

82. Por ejemplo si una mayor compensación por razón del trabajo ha posibilitado la firma del convenio regulador.

83. La Ley 1869/2004.

84. *Infra* se discute sobre la conveniencia de computar la atribución del uso en sede del cálculo de los incrementos del art. 232-6 CCC.

compensatoria a aquel que se ha dedicado sustancialmente más a la casa o ha trabajado para otro sin remuneración o con remuneración insuficiente según el CCC. Y entendemos que es por ello por lo que el CCC le dedica todo el art. 232-6 CCC cuando nada aparecía sobre la cuestión en el CF y había sido el TSJC el que, en algunos casos, había fijado los criterios para computar la diferencia patrimonial entre ambos cónyuges. Así, por ejemplo, la STSJC de 9 de mayo de 2005 (en sede de parejas estables) indica que «los bienes que los convivientes hubieren adquirido privativamente antes de su unión y aquellos otros que adquirieren constante la unión en sustitución o merced a la inversión de aquellos, así como las plusvalías que acrecieran a tales bienes por el simple transcurso del tiempo, las oscilaciones del mercado o cualesquiera otras circunstancias ajenas a su administración, conservación, reparación, renovación, reforma o ampliación, no pueden ser tomados en consideración para establecer la situación de desigualdad patrimonial de que se trata en el artículo 13 de la Llei 10/98, ya que en tales casos no será posible descubrir ningún enriquecimiento injusto».

Conforme al art. 232-6 CCC, pues, la siguiente tabla resume los criterios cuantificadores para hallar los incrementos patrimoniales constante matrimonio de ambos cónyuges para observar si existe desigualdad al fin de este o de la convivencia. Este precepto excluye implícitamente que los tribunales puedan optar, como hasta ahora, por otros criterios cuantificadores, con el riesgo de incongruencia de la sentencia (art. 218 LEC).

ACTIVO	A DESCONTAR
Valor de los bienes que constan al extinguirse el régimen o al cese efectivo de la convivencia	Cargas de dichos bienes y obligaciones
Bienes dispuestos a título gratuito, calculando su valor en el momento de la disposición	Se excluyen las donaciones a los hijos comunes y las liberalidades al uso
Valor del detrimento en los bienes causado por actos realizados con la intención de perjudicar al otro cónyuge (ejemplo, deterioro culpable o doloso, enajenaciones por debajo del precio de mercado, gravámenes fraudulentos; obligaciones contraídas culposa o dolosamente en fraude del otro)	-
-	Valor actual de los bienes que los cónyuges ya tenían al iniciarse el régimen y que conservan al finalizar este, descontadas las cargas que actualmente soporten
-	Bienes adquiridos a título gratuito (¿tanto <i>inter vivos</i> como <i>mortis causa</i> ?) durante el régimen
El lucro cesante de las indemnizaciones por daños personales	Indemnizaciones por daños personales

A ello deben hacerse las siguientes consideraciones:

a) El valor relevante de los bienes es aquel que tengan en el momento de la declaración de divorcio, nulidad o cese efectivo de la convivencia⁸⁵, independientemente del que tuviesen en el momento de ingresar en el patrimonio de cada uno de los cónyuges o del que tengan en el momento de la liquidación.

b) Dado que la finalidad es hallar el valor real del incremento patrimonial, es razonable que para el cálculo se parta de los bienes que actualmente se encuentren en el patrimonio de ambos cónyuges, añadiéndole las «pérdidas de valor» provocadas conscientemente por ambos cónyuges, como las donaciones y los deterioros o destrucciones. Razonablemente, también debe añadirse el lucro cesante recibido por indemnizaciones, pues, en base al principio de subrogación real, este se coloca en el lugar de las ganancias (entre otras, ver las SSTs de 14 de marzo de 2005⁸⁶ y 29 de septiembre de 2001)⁸⁷ que podrían haberse conseguido de no producirse el daño que lo ha causado.

c) En cuanto a las detracciones, estas van en el mismo sentido de hallar el valor auténtico del incremento patrimonial producido durante el matrimonio, de manera que deben descontarse los gravámenes de los bienes que se encuentran en sendos patrimonios. En cuanto a las «obligaciones», parece que estas deben ser las de carácter personal, en tanto que las «cargas» se refieren a las que sujetan directamente a dichos bienes (naturaleza real). Las obligaciones, en cualquier caso, tampoco deberán haber sido contraídas con el ánimo de perjudicar los intereses del otro cónyuge, puesto que de lo contrario no se podrían detraer. En la misma línea de razonamiento, deben descontarse los bienes que ambos cónyuges ya tenían al iniciarse el régimen (así puede hallarse el incremento). En cuanto a la indemnizaciones por daño emergente de los «daños personales», creemos que deben entenderse como tales todos aquellos que no sean patrimoniales, es decir, tanto los daños corporales como los morales⁸⁸, entendiéndose que se conceden para paliar el daño personal sufrido, sin posibilidad de una auténtica reparación. En relación a la indemnización

85. Este es el momento adecuado (el de la separación de hecho), dado que no es razonable que más allá de la separación de hecho un cónyuge trabaje para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente o, en definitiva, difícilmente se puede entender ya que la dedicación de uno a la casa provoca el aumento patrimonial del otro (ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 251).

86. RJ 2005\2236.

87. RJ 2001\7135.

88. NASARRE-AZNAR, S., «Law of Torts-Spain», *International Encyclopedia of Law* (Tort law-Suppl. 17), Kluwer Law International, La Haya, 2008, pp. 40, 41, 210 y 211.

por daños patrimoniales⁸⁹, entendemos que, a pesar de que no se nombre en el art. 232-6 CCC, el daño emergente equivale al valor del bien destruido o deteriorado y el lucro cesante es realmente el equivalente a las ganancias dejadas de obtener con o mediante dicho bien, de manera que el primero no debería contabilizarse como incremento y sí el segundo.

d) Por su parte, la deducción de los bienes recibidos a título gratuito es adecuada, en tanto que, en ese caso, está claro que el aumento patrimonial no es debido a la dedicación del cónyuge débil sustancialmente más a la casa o al trabajo para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente. Pero si pensamos que del fundamento de la compensación en el nuevo CCC ha desaparecido expresamente el enriquecimiento injusto, entonces, o bien entendemos que la deducción de los bienes obtenidos a título gratuito (que a pesar de ser ganancias obtenidas durante el matrimonio y no contabilizarse deben detrarse del patrimonio final de cada cónyuge) es incoherente con los nuevos requisitos del art. 232-5 CCC, que presume *iuris et de iure* que *cualquier* descompensación en el incremento patrimonial es debido a la dedicación desinteresada del cónyuge débil a la casa o al otro cónyuge; o bien consideramos que en esta deducción debe entenderse comprendido/implícito, al menos en parte, el requisito del enriquecimiento injusto. Esto último es lo que, a nuestro entender, sucede: el fundamento jurídico del enriquecimiento injusto está embebido en la descompensación, lo presume *iuris et de iure*, y es por eso que lo obtenido a título gratuito no puede computarse. Lo que parece que no es posible con el nuevo CCC es lo que sucedió en la STSJC de 10 de febrero de 2003, en la que el cónyuge fuerte había obtenido la mayor parte de su patrimonio de una herencia y se otorgó la compensación a su cónyuge por haberse dedicado algunos años de la convivencia al trabajo para el hogar. No obstante se nos presenta una última duda a este respecto debido al cambio sufrido en el último momento en el art. 232-6 c) CCC: mientras en el Proyecto 2009 se hacía referencia a bienes «adquiridos a título lucrativo» en el redactado final de la ley ha quedado en «adquiridos a título gratuito», mientras que para el régimen de participación se ha mantenido en el texto final el «título lucrativo» [art. 232-20.2 a) CCC]. Badosa⁹⁰ distingue a ambos, señalando que en los títulos lucrativos «entran tanto títulos *inter vivos* (dote, donación, arts. 968, 1035) como sucesorios (art. 968)». El título lucrativo sería una categoría más amplia que la constituida por el título gratuito, referido solo a los adquiridos *inter vivos*, la cual se distingue de los primeros «por su efecto dispositivo y por la existencia de una causa justificante de la

89. NASARRE-AZNAR, *Law of Torts-Spain*, p. 209.

90. BADOSA COLL, F., «Puesta al día de notas. §81», en ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V, Barcelona, 1976, Ed. Bosch, pp. 724, 725 y 726.

transmisión (liberalidad)». El título gratuito solo puede darse, pues, en negocios *inter vivos*, dado que al tener causa liberal, en los *negocios mortis causa* no hay efecto dispositivo, es decir, no hay sacrificio patrimonial que justificar. Y, además, el acto *inter vivos*, para ser lucrativo, requiere, además, «eficacia adquisitiva transmisiva, es decir, convertir al beneficiario en titular de derechos patrimoniales anteriormente pertenecientes a otro». El título lucrativo lo es desde el punto de vista del enriquecido, porque desde el punto de vista del sacrificado los *inter vivos* son dispositivos y los *mortis causa* producen efectos por la mera muerte. En cambio, la reciente normativa civil catalana se refiere a títulos gratuitos indistintamente a los *inter vivos* y a los *mortis causa* [ejemplo, arts. 554-9 c), 565-16 b), 567-4.1 y 568-14.3 CCC], siendo más difícil dilucidar si los diferencia o no en otros preceptos (ejemplo, arts. 531-7 –vincula gratuidad con donación–, 426-53.2, 451-5, 452-3 CCC). Los trámites legislativos de la Ley 25/2010 revelan que fue una enmienda propuesta por CiU⁹¹, que fue posteriormente asumida por la Ponencia⁹², aunque ninguno de los dos justifica los motivos del cambio propuesto y admitido. Aunque la utilización indistinta en la normativa civil catalana y la falta de una distinción legal de «título lucrativo» y de «título gratuito» debería llevarnos a considerar irrelevante el cambio de precepto del Proyecto 2009 a la Ley 25/2010, sorprende cómo no se ha cambiado para el régimen de participaciones o las consecuencias que puede tener la citada STSJC de 10 de febrero de 2003, además del mero hecho de la aceptación de la enmienda. Además, ¿podría quedar justificado que se detrayera del aumento patrimonial del cónyuge fuerte lo que ha recibido por disposiciones *inter vivos* por tener una causa y un acto dispositivo destinado por el donante hacia él y no así los recibidos *mortis causa*, dado que dichos bienes los ha recibido por el mero hecho de la muerte y no provienen de una atribución *ex proceso* de otro (ejemplo, en la herencia *ab intestato*)? Podría entenderse, en esta línea, que si un tercero lo quiere beneficiar explícitamente mediante donación a él (y no al cónyuge o a ambos), debe respetarse tal voluntad, de manera que no ha lugar a compensar por ello al cónyuge débil-no beneficiado [lo que literalmente dice el art. 232-6.1 c) CCC]; en cambio, si los recibe por la muerte de otro, no existe ni acto dispositivo ni causa, sino que se produce un incremento patrimonial en el cónyuge fuerte por la mera muerte de otro, sin atribución explícita gratuita de este, lo que sucede expresamente en la sucesión intestada: el incremento patrimonial no le viene por la generosidad de otro, sino por su muerte, de manera que ninguna intención de liberalidad se ve frustrada si parte de lo obtenido va al otro cónyuge en forma de compensación. A pesar de ello, no creemos que la inten-

91. BOPC de 16 de noviembre de 2009, n.º 574, p. 40.

92. BOPC de 31 de mayo de 2010, n.º 726, p. 70.

ción del legislador, con el cambio desde el Proyecto, fuese distinguir entre lo recibido por el cónyuge fuerte *inter vivos* o *mortis causa*, como no sucede para el régimen de compensación (aunque entre el modo de cómputo de ambos existen diferencias); además, distinguir ambos conceptos iría contra la presunción *iuris et de iure* de enriquecimiento injusto que late en la nueva normativa y que hemos defendido, dado que lo obtenido gratuitamente no ha sido nunca a costa del perjuicio del otro cónyuge.

e) Otra cuestión es si debería tenerse en cuenta el art. 233-20 CCC (sobre la atribución del uso de la vivienda familiar) a efectos de contabilizar ambos incrementos patrimoniales. Los arts. 233-15 a), 233-20.7 y 233-21 b) CCC prevén que la cesión forzosa del uso de la vivienda al otro cónyuge deba tenerse en cuenta para fijar la prestación compensatoria. Como se ha dicho *supra*, del art. 232-10 CCC puede deducirse que también se tendrá en cuenta para fijar la compensación por razón del trabajo, pero en sede de fijación del *quantum* y no en sede de cuantificación de ganancias. Aquí nos planteamos si debería ser tenido en cuenta en sede del art. 232-6 CCC, especialmente si se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge débil y esta pertenece en todo o en parte al cónyuge fuerte. En el caso expuesto, si bien es cierto que en el momento de contabilizar los patrimonios el cónyuge fuerte es el propietario (en todo o en parte) de la vivienda familiar —y que lo seguirá siendo después del divorcio, por ejemplo—, lo cierto es que si pierde su uso el valor real que durante años (a menudo, indefinidamente según la práctica judicial hasta el momento, quedando por ver cómo se articularán en la práctica las prórrogas del art. 233-20.5 CCC) tendrá esa finca será mínimo, dado que el derecho al uso a favor del cónyuge más necesitado o con la custodia de los hijos comunes grava el inmueble incluso frente a terceros (art. 233-22 CCC). En consecuencia, si se trata de un cónyuge fuerte que principal o exclusivamente tiene dicho en inmueble en propiedad y se le retira su uso en el mismo proceso de familia, deberá igualmente satisfacer una compensatoria calculada con base en un inmueble sin cargas pero que, del mismo acto (en unidad de acto, podríamos decir), sale gravado haciendo disminuir sustancialmente su valor (art. 232-2.3 CCC), lo que puede provocar una situación de desigualdad: ha computado en su patrimonio un inmueble libre de cargas pero que simultáneamente se le está gravando con una que lo deja prácticamente sin valor en el mercado por un número de años limitado pero indefinido (debido a la posibilidad de ser prorrogado, en principio, por un número indefinido de veces). De manera que, si bien la atribución del uso de la vivienda debe tenerse en cuenta para fijar la compensación por razón del trabajo (art. 232-10 CCC)⁹³,

93. Así opinaban ya PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *La compensació econòmica per raó del treball...*, p. 21.

ello debería haber operado en sede de cálculo de incrementos patrimoniales y no en sede de fijación del *quantum*⁹⁴.

f) La cuestión sobre cómo debe tratarse el art. 232-6.2 CCC, en relación a las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen. El precepto entiende que se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen. Se trata de una regla demandada por la doctrina y recogida en algunas sentencias de los tribunales (SAP Barcelona de 20 de febrero de 2002⁹⁵; en cambio la STSJC de 10 de marzo de 2003⁹⁶ solamente tuvo en cuenta tales atribuciones en parte) en el sentido de que se descuenten de lo debido por la compensación las donaciones que el cónyuge deudor hubiese realizado al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen. Se trataría de reconocer que el cónyuge fuerte, previendo posiblemente la descompensación patrimonial final, haya ido satisfaciendo cantidades «a cuenta» del crédito compensatorio ya durante la vigencia del régimen al cónyuge débil. La consecuencia es que no deberá satisfacer tanta cantidad como compensación por razón del trabajo cuando se extinga el matrimonio. A ello hay que hacer las siguientes observaciones:

– Es razonable que ello se prevea porque el art. 232-6.1 c) CCC dispone que las donaciones recibidas se detraigan del patrimonio final, de manera que el cónyuge débil debería descontar de su patrimonio final las donaciones recibidas del cónyuge fuerte constante matrimonio, de no ser por el art. 232-6.2 CCC. De este modo, tales atribuciones deben entenderse como imputadas al pago de la posible compensación por razón del trabajo final, dado que provienen del cónyuge deudor.

– Que no queda claro qué tipo de donaciones deben computarse. Es decir, si deben entrar solamente las de entidad o si también deben computarse las de uso (ejemplo, regalos entre cónyuges, atendiendo a su nivel de vida) o, incluso, si debe entenderse donación toda aquella contribución extraordinaria –más

94. De esta manera, en el cónyuge cuyo único patrimonio es un inmueble de 1.000 €, siendo todo el incremento patrimonial suyo durante el matrimonio, y queda gravado con el uso a favor del otro cónyuge hasta que los hijos se independicen económicamente, este gravamen tiene un valor cuantificable (ej. 200 €), que deberá ser sustraído de aquella cuantía porque es un valor que pierde en unidad de acto (art. 232-6.1 a CCC) y que se comunica al cónyuge débil, que se beneficia. En consecuencia, la compensación se deberá calcular en hasta un 25% de 800 € (a no ser que haya habido dedicación notablemente superior a la casa). Con el sistema del art. 232-10 CCC, la atribución del uso simplemente será tenido en cuenta como un criterio moderador más, de valoración subjetiva del juzgador, que puede acabarse concretando en mucho o en nada.

95. JUR 2002\136123.

96. RJ 2003\4653.

allá de la necesaria— que haya realizado a la familia el cónyuge fuerte y de la que se haya beneficiado el cónyuge débil. Lo único que parece claro es que no pueden entrar los alimentos, porque el art. 237-12 CCC no permite su compensación. Véase, no obstante, la SAP Tarragona de 10 de octubre de 2008, que tuvo en cuenta la financiación de los estudios universitarios de postgrado y otros no reglados del otro cónyuge como donación de uno al otro, de manera que lo dedujo de la compensación (en tanto que patrimonio intelectual «acumulado» por el cónyuge débil). Con la definición de ganancias en la Exposición de Motivos CCC como «excedentes acumulables» queda la duda de si el patrimonio intelectual que «se lleve» el cónyuge débil tras el matrimonio gracias al esfuerzo económico del cónyuge fuerte puede computarse como pago de la compensación.

— Debe tenerse en cuenta, además, que el valor relevante, a diferencia de lo que sucede con el descuento de donaciones, es el que tienen los bienes al fin de la vigencia del régimen, aunque no requiere que subsistan en el patrimonio del cónyuge débil (lo que implica que deben computarse en él a pesar de que ya no se encuentren allí). El cálculo del valor en ese momento es adecuado, en tanto que el art. 232-6 CCC lo que está buscando es precisamente el valor de sendos patrimonios en el momento de la extinción del régimen y, además, dichas donaciones se entienden a cuenta de lo que debe el cónyuge fuerte en ese mismo momento.

— Por su posición sistemática y la literalidad del precepto, parece que tal deducción debe realizarse cuando ya se ha computado cuál es la compensación debida. ¿Puede ello suponer que se inviertan los papeles? Si por ejemplo el cónyuge fuerte debe compensar por valor de 1000 euros y las donaciones que ha hecho durante el régimen ascienden a 1500 euros, ¿quiere ello decir que no deberá compensar nada —porque los cálculos ya se han hecho conforme al art. 232-6.1 CCC y su apartado 2.º solo se imputa al final, una vez ya se ha fijado quién es cónyuge fuerte y quién lo es débil— o que, incluso, debería participar de los 500 euros de incremento patrimonial del cónyuge débil? Entendemos que la primera solución es la correcta, en tanto que para recuperar la cantidad donada deberá ir por las reglas generales de la revocación de donaciones: no puede aprovecharse de la compensación por razón del trabajo porque el que ha sido declarado ya como cónyuge fuerte no puede cumplir —ya lo hace el débil— los requisitos del art. 232-5.1 CCC.

2.7. La compensación por razón del trabajo y el régimen de participación

Como ya hemos indicado, la configuración prevista para la compensación por razón del trabajo en el CCC se configura como una auténtica participación en las ganancias del otro cónyuge (las ganancias son precisamente lo que

se halla tras las operaciones de cálculo del art. 232-6 CCC), lo que no puede más que dejar de sorprender en un régimen de separación absoluta de bienes, más cuando los cónyuges podrían haber optado libremente por el de participación y no lo hicieron. No sorprende, en consecuencia, que las reglas de cálculo entre ambos regímenes sean parecidas, lo que, por cierto, había ya sido sugerido por una parte de la doctrina para clarificar y dar certeza a los *quanta*⁹⁷, aunque otra parte había destacado la peculiaridad del régimen liquidatorio que provoca el art. 41 CF⁹⁸.

En el cálculo de los incrementos en la compensación por razón del trabajo del régimen de separación (RSB) y de las ganancias del régimen de participación (RPG) en el CCC existen algunas diferencias. La siguiente tabla destaca especialmente estas diferencias⁹⁹ que, en alguna ocasión, están poco justificadas:

Art. 232-6 (RSB)	Arts. 232-19 y 232-20 (RPG)	Comentario
Patrimonio final: – No se indica si el normal deterioro de las cosas va en contra del cónyuge acreedor. – No se excluyen los bienes comprados con pacto de supervivencia	Patrimonio final: – Se indica expresamente que el estado de los bienes será el que tengan cuando se produzca la extinción del régimen. – Se excluyen expresamente los bienes comprados con pacto de supervivencia	– Debe entenderse para el supuesto de la compensación por razón del trabajo que el deterioro normal de los bienes que componen los patrimonios deba entenderse comprendido en su valor en el momento en que se extinga el régimen o del cese la convivencia efectiva, porque no se trata de la pérdida de valor por actos en perjuicio del otro cónyuge ni tiene sentido que se tenga en cuenta el valor inicial cuando lo que debe hallarse es el incremento patrimonial en relación al valor de los bienes al extinguirse el régimen o el cese efectivo. En consonancia, debería especificarse en el art. 232-6 CCC. – En cuanto a la inclusión o exclusión de los bienes comprados con pacto de supervivencia, el art. 231-18.1 CCC determina que la nulidad, separación judicial y divorcio provoca la extinción del pacto de supervivencia. El art. 231-18.3 CCC señala que si se extingue surge una comunidad ordinaria entre ambos

97. JOU MIRABENT, *Comentari...*, p. 204.

98. ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 242.

99. Alguna es evidente, como que en la compensación por razón del trabajo los patrimonios final e inicial de cada cónyuge deberán calcularse, en su caso, desde el cese efectivo de la convivencia (art. 232-5 CCC) porque desde ese momento no puede entenderse que uno ha trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente o que se ha dedicado sustancialmente más que el otro, dado que ya no convive.

Art. 232-6 (RSB)	Arts. 232-19 y 232-20 (RPG)	Comentario
		<p>cónyuges; por lo tanto, no vemos problemas para que cada parte en el condominio se compute como ganancia en el respectivo patrimonio, aunque, si es al 50%, la cuenta sale igualada y por lo tanto su cómputo es irrelevante. En cambio, si se produce la muerte del cónyuge fuerte, la adquisición de la total titularidad del bien por el supérstite debe tenerse en cuenta para el cálculo de la compensatoria por razón del trabajo (art. 231-15.1 y 232-5.5 CCC).</p>
<p>Deben computarse en el cálculo del incremento patrimonial de ambos cónyuges todas las disposiciones realizadas a título gratuito, excluidas las donaciones hechas a hijos comunes y las liberalidades al uso.</p>	<p>Para el cómputo de las ganancias se excluyen, además, las donaciones consentidas expresamente por el otro cónyuge</p>	<p>Si la compensación por razón del trabajo es renunciante (arts. 232-7 y 231-19 CCC), ¿por qué no se excluyen las donaciones consentidas por el otro cónyuge? Si las consiente, tiene que querer decir que renuncia a la compensación por este motivo. Deberían, por lo tanto, excluirse también las donaciones consentidas.</p>
<p>Debe añadirse, en el cálculo del incremento patrimonial de ambos cónyuges, el valor del detrimento producido por actos realizados con la intención de perjudicar al otro cónyuge.</p>	<p>Para el cómputo de las ganancias se deben añadir:</p> <ul style="list-style-type: none"> – los bienes dispuestos a título oneroso con intención de disminuir fraudulentamente las ganancias o la constitución fraudulenta de gravámenes; – el valor de los bienes destruidos o deteriorados. 	<p>Entendemos que ambos preceptos se refieren a los mismos hechos: actos, como la destrucción o el deterioro de bienes (o derechos), la enajenación onerosa o la constitución de gravámenes, que perjudiquen al otro cónyuge, es decir, que sean fraudulentos hacia él. De hecho, se trata de computar, como si existiesen en el patrimonio final de ambos cónyuges, aquellos bienes o derechos que ya no se encuentran en él debido a un negocio realizado en fraude del acreedor perjudicado (tanto por el crédito que supone la compensación –art. 232-11 CCC– como el que supone el crédito de participación –art. 232-21 CCC–). Igualmente, en caso de bienes enajenados, deteriorados o destruidos se tomará como referencia su valor en el momento de producirse dichos acontecimientos (art. 232-19.3 CCC).</p> <p>En consecuencia, la disparidad de redacciones no está justificada, debiéndose armonizar.</p>
<p>La operativa del art. 232-6 CCC es clara: debe hallarse el incremento patrimonial, lo que se consigue averiguan-</p>	<p>El cálculo de las «ganancias» se realiza estableciendo la diferencia entre el patrimonio final y el inicial de cada cónyuge</p>	<p>Si ambos mecanismos de cálculo buscan lo mismo –la diferencia de incrementos patrimoniales entre cónyuges– y su fundamento es el mismo –la cuantificación del derecho de crédito del cónyuge débil– sus reglas deberían ser idénticas, sin dar lugar a interpretaciones dis-</p>

Art. 232-6 (RSB)	Arts. 232-19 y 232-20 (RPG)	Comentario
do el patrimonio final de ambos cónyuges y descontándoles el patrimonio inicial.	(art. 232-18 CCC), pero con unas reglas de cálculo que aparentan mayor complejidad en los arts. 232-19 y 232-20 CCC.	pares y admitiendo abiertamente que el nuevo régimen de la compensación por razón del trabajo es un régimen de participación en las ganancias en el cónyuge fuerte, pero limitado, en principio, al 25% de la diferencia patrimonial (art. 232-5.3 CCC), en lugar de que, a falta de pacto, se entienda que es al 50% (art. 232-15 CCC).
Patrimonio inicial: – Valor de los bienes: el que tenían al iniciar el régimen pero que conservan cuando se extingue. – No se especifica si se les deben deducir las cargas y obligaciones a los que estaban sujetos – No se especifica sobre su estado material.	Patrimonio inicial: – En cuanto al valor de los bienes iniciales, es el que corresponde en el momento de la extinción del régimen. – Se le deben deducir las cargas y obligaciones. – El estado material es el que tenían al inicio del régimen o cuando fueron adquiridos a título gratuito.	– En cuanto al valor de los bienes iniciales, el redactado para la compensación es más preciso porque establece dos límites. Así, si el bien acaba teniendo más valor al final que al inicio del régimen, se tendrá en cuenta el valor de este al inicio del régimen; si acaba teniendo menos valor, será el que tenga al final del régimen (aunque cuando se inició tuviese más). – En cuanto a la deducción por cargas y gravámenes, también son de aplicación a la compensación, porque esta se refiere a «valor», es decir, habiéndose restado ya las cargas y obligaciones. – Lo mismo debería predicarse del estado material.

De todo ello debemos concluir que:

– El «incremento patrimonial» constante matrimonio que pretende averiguarse en el art. 232-6 CCC equivale esencialmente a las «ganancias» del art. 232-18 CCC del régimen de participación. Pero, a diferencia de la compensación, en el régimen de participación se busca la igualación en las ganancias (art. 232-13 CCC), de manera que en la compensación por razón del trabajo existen unos elementos subjetivos (art. 232-5.3 CCC que incluye el valorar «la intensidad de la dedicación» o «la crianza de hijos») que acaban de fijar la cuantía de la compensación hasta el 25% de la diferencia de ambas ganancias o, incluso, superar dicho porcentaje (art. 232-5.4 CCC).

– En consonancia, para clarificar y simplificar el cálculo de los incrementos patrimoniales de los cónyuges, hubiese bastado una referencia a las reglas de la liquidación del régimen de participación. De hecho, algunas particularidades del art. 232-6 CCC, como el distinto régimen de las donaciones consentidas o que no se compute como incremento patrimonial del cónyuge débil el bien que recibe por pacto de supervivencia del cónyuge fuerte premuerto, no parecen muy razonables para la compensación por razón del trabajo. Así, en cuanto al primero de los casos mencionados, no se trata más que de una re-

nuncia anticipada a un parte de la compensación, algo admitido por el art. 232-7 CCC (carácter disponible y renunciable de la compensación). Y, para el segundo, se trata de un incremento patrimonial que debería computar para el cónyuge débil, dado que le pasa *ex lege* en el mismo acto de la muerte (STSJC de 17 de marzo de 2003)¹⁰⁰ —el cual también causa el nacimiento para poder exigir la compensación por razón del trabajo— y se incorpora como ganancia patrimonial.

— En cualquier caso, dado que la finalidad jurídico-económica de la compensación por razón de trabajo del CCC es la misma que la de la compensación de incrementos patrimoniales en el régimen de separación, uno puede funcionar como supletorio del otro en aquello en que sean compatibles.

2.8. Reclamación y pago

La compensación por razón del trabajo debe ser solicitada de parte, tal y como venía exigiendo la jurisprudencia (STSJC de 20 de abril de 2009)¹⁰¹ y de acuerdo con los principios de justicia rogada (art. 216 LEC) y congruencia (art. 218 LEC).

De hecho, tal y como señala el art. 232-11.1 CCC, en los casos de nulidad, separación o divorcio, la compensación se debe solicitar en el primer proceso en el que se planteen estos (ejemplo, arts. 769 y ss. LEC) o, en el caso de resoluciones eclesiásticas, en el proceso civil destinado a obtener su eficacia civil (art. 778 LEC), todo ello sin perjuicio de un proceso en el que se dilucide la impugnación de la vigencia del régimen económico matrimonial. Una vez entablada la acción de separación, nulidad o divorcio sin incorporar la petición de compensación por razón del trabajo, esta no podrá solicitarse en un proceso posterior de cualquier naturaleza, ya que el derecho se entiende renunciado (SSTS de 3 de diciembre de 2007¹⁰² y 25 de noviembre de 2002)¹⁰³. La doctrina también ha deducido de ahí el carácter personalísimo del derecho¹⁰⁴ (art. 1111 CC), que parece se mantendría en el CCC en su art. 232-5.5. Aquel precepto opera, pues, como una renuncia tácita derivada de actos concluyentes y plenamente admitida por la jurisprudencia, dado que no deriva solo de actos propios sino de la ausencia de uno de los elementos

100. RJ 2003\4578.

101. JUR 2009\258117.

102. RJ 2008\34.

103. RJ 2002\10274.

104. BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, 2006, p. 4. ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 236.

formales que la propia ley requiere (SSTS de 26 de septiembre de 1983¹⁰⁵ y 4 de marzo de 1988¹⁰⁶; art. 232-11 CCC)¹⁰⁷.

No obstante, cuando se tiene derecho a la compensación por muerte del cónyuge fuerte, la pretensión para reclamarlo prescribe, y lo hace en tres años desde su muerte (art. 232-11.2 CCC); es decir, que el derecho no se entiende renunciado, sino la pretensión, prescrita.

El pago deberá efectuarse preferentemente en dinero (siguiendo al art. 41.2 CF), a no ser que las partes pacten lo contrario (arts. 232-8.1 y 232-7 CCC). No obstante, si solo una parte lo solicita, el juez podrá acordar el pago total o parcialmente en bienes, si así lo considera adecuado (ejemplo, si el cónyuge deudor no tiene liquidez y sí en cambio patrimonio; también parece ser posible, en caso de que disponga de un solo bien con cierto valor —ejemplo, la vivienda conyugal— que se le atribuya como compensación el 25% del mismo al cónyuge acreedor; por otra parte, el AAP Tarragona de 27 de mayo de 1999¹⁰⁸ exigía que los bienes que se daban a cambio pudiesen ser susceptibles de realización inmediata).

Según el art. 232-8.2 CCC, a petición del cónyuge deudor o de sus herederos, la autoridad judicial podrá aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años (lo que debe ser acordado por el juez, finalizando la discusión doctrinal al respecto)¹⁰⁹, satisfaciendo el interés legal, a contar desde el reconocimiento de la compensación. Esta puede ser una adecuada petición subsidiaria para el caso de escasez de liquidez y que no se haya otorgado el pago con bienes, para así poder evitar que el cónyuge deudor tenga que pedir un préstamo para satisfacer la compensación. En cualquier caso este parece ser el único caso —en los demás puede tener menos sentido pero no es descartable su utilidad, especialmente porque los pagos puede no hacerse inmediatamente dictada la sentencia— en que el juez podrá acordar la constitución de una hipoteca en garantía del pago o de otra garantía equivalente (ver así art. 569-36 CCC). No parece que el juez pueda acordar que la compensación se pague en forma de pensión periódica (SAP Barcelona de 19 de febrero de 2001)¹¹⁰, sin perjuicio de que las partes puedan pactarlo (art. 233-2.3 CCC).

105. RJ 1983\4680.

106. RJ 1988\1551.

107. Véase, en este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, *Article 41*, p. 247.

108. Auto n.º 118/99, Sección 3.ª, Audiencia Provincial de Tarragona; Rollo apelación 350/98; juicio de separación 251/95. Ponente: D. Agustín Vigo Moranco.

109. BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, 2006, p. 78.

110. JUR 2001\137336.

El art. 232-9 CCC prevé el supuesto en que en el patrimonio del cónyuge deudor no existan bienes suficientes para satisfacer el crédito, lo que podrá darse en caso de que su patrimonio final real esté por debajo de su patrimonio final teórico (que resulta sumándole al real las donaciones, los menoscabos o destrucciones, etc.). Para este supuesto prevé la reducción o supresión de donaciones y de atribuciones particulares hechas en pacto sucesorio (arts. 431-1 a 431-17 CCC; 431-29 y 431-30 CCC) por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, comenzando por la más reciente y hasta la más antigua en fecha; si la fecha es la misma o es indeterminada, la reducción será a pro-rata (*principio pari passu*) ¹¹¹. Podrán rescindirse, en relación con el art. 1291.3 CC, los negocios onerosos realizados en fraude del otro cónyuge (art. 232-9.1 *in fine* CCC).

Estas acciones caducarán a los 4 años (art. 232-9.2 CCC). Dado que recae sobre relaciones jurídicas disponibles ¹¹², dicho plazo podrá ser suspendido y la caducidad deberá ser alegada, en su caso, por el cónyuge deudor (art. 122-3 CCC) para poderla hacer valer.

Naturalmente dichas acciones rescisorias serán ineficaces si los bienes se encuentran en poder de terceras personas adquirentes a título oneroso y de buena fe; en cuanto a inmuebles, por lo tanto, aplicación del art. 34 LH y en cuanto a muebles, será de aplicación el art. 522-8 CCC.

2.9. Cuestiones procesales (DA 3.ª CCC)

La mayor complejidad en el cálculo de la compensación por razón del trabajo ha llevado al legislador a prever reglas especiales de carácter procesal para el juicio de familia donde se sustancie el divorcio, la separación o la nulidad; o aquel en que se pretenda la eficacia civil de la resolución eclesiástica correspondiente; o aquel en el que se pretenda el pago de la herencia del cónyuge fuerte premuerto (art. 232-11 CCC).

En el Proyecto 2009, la DA 4.ª señalaba que con el fin de determinar la titularidad de los bienes y para la división de los comunes o para adjudicarlos en cualquier régimen matrimonial; o para fijar el crédito en el de participación

111. Esta serie de reducciones es la misma que para la reducción por inoficiosidad legitima-
ria (art. 453-21.2 CCC).

112. NASARRE AZNAR, S., «Comentario a los artículos 122-2, 122-3 y 122-5 de la Ley del Código Civil de Cataluña, sobre caducidad», en LAMARCA MARQUÉS, A., y VAQUER ALOY, A. (coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 306 y 307, 311 a 314. Véase también la SAP Barcelona de 2 de abril de 2009 (AC 2009\1150). En este mismo sentido, también se tratará del mismo tipo de caducidad la de la rescisión por lesión (art. 322 CDCC).

o para fijar la cuantía de la compensación por razón del trabajo en el de separación de bienes, se deben observar nuevas reglas procesales que faciliten todas estas operaciones.

La regla más relevante es la que fijaba el apartado 3.º de la DA 4.ª, que señalaba claramente que la sentencia que se dicte en el proceso principal resolverá todas estas pretensiones. Ello, de aprobarse tal cual, hubiese implicado que, en la mayoría de supuestos, en el procedimiento verbal del art. 770 LEC deberían debatirse cuestiones como la titularidad de los bienes, hacerse lotes, efectuarse los cálculos del art. 232-6 CCC, etc.; dado que son situaciones comunes en los matrimonios casados en régimen de separación de bienes el tener bienes en comunidad ordinaria y solicitar la división y solicitar compensatoria por razón del trabajo si existe desequilibrio patrimonial (y en algún momento se ha dedicado a la casa), dilucidarlo todo en dicho proceso no parecía lo más adecuado.

Finalmente, la DA 3.ª Ley 25/2010 ha separado en dos bloques todas esas actuaciones: la compensación por razón del trabajo se seguirá haciendo en el procedimiento matrimonial correspondiente, mientras que la determinación del crédito de participación del régimen de participación en las ganancias, la liquidación de los regímenes económicos de comunidad y la división de los bienes en comunidad indivisa se deberán llevar cabo por el procedimiento de los arts. 806 a 811 LEC. En cuanto a esto último, ya nos habíamos pronunciado¹¹³ precisamente en este sentido, es decir, que en el proceso de familia se otorgase la división pero que la liquidación quedase para un ulterior proceso de los arts. 806 y ss. LEC, siendo esta la opción escogida por la mayoría de las resoluciones judiciales estudiadas (SAP Tarragona de 17 de junio de 2009¹¹⁴, SAP Barcelona de 7 de octubre de 2002¹¹⁵, SAP Girona de 14 de octubre de 2002¹¹⁶; en contra, sin embargo, SAP Barcelona de 4 de julio de 2007¹¹⁷ o SAP Lleida de 26 de septiembre de 2005¹¹⁸, en la que el Tribunal pasa directamente a liquidar).

En cuanto a la compensación por razón del trabajo, lo cierto es que, debido a la falta de regulación sobre su cálculo en los arts. 41 y 42 CF, cada juzgador venía tomando en consideración los datos aportados al proceso (art. 216

113. Véase, en este sentido, NASARRE AZNAR, S., «La divisió dels béns en pro-indivís en el règim de separació de béns de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10, 2009, pp. 145 a 155.

114. JUR 2009\390914.

115. JUR 2003\21867.

116. JUR 2003\24152.

117. JUR 2007\285131.

118. JUR 2006\44722.

LEC) que consideraba relevantes para establecer la cuantía de la compensación o para descartarla; de hecho, una sucesión de resoluciones del TSJC (ejemplo, STSJC de 12 de noviembre de 2007) habían señalado que se debía huir de las fórmulas generalistas, que solo servían para encorsetar soluciones y que solo son válidas en el ámbito académico. Esta amplitud en la discreción judicial, amparada tanto por la falta de normativa para el cálculo como por las propias resoluciones del TSJC, ha llevado a una disparidad de soluciones y criterios (desde el modo de calcular, a qué sucede si algunos años se ha trabajado fuera de casa, sobre si debe computarse el aumento patrimonial proveniente de herencias, el rol del enriquecimiento injusto, etc.) que bien habrá podido colaborar en la incertidumbre para los justiciables que a menudo planteaban las demandas con insuficiente información para determinar la compensación o, en definitiva, sin toda la información que requería cada juzgador para determinar la cuantía final a compensar (ejemplo listado y valoración de los bienes que componían el patrimonio de ambos cónyuges al iniciar el régimen, como en SAP Tarragona de 10 de octubre de 2008).

Dado que el art. 232-11 CCC establece unos criterios de cálculo estándares —de los que carecían nuestros juzgadores hasta el momento— se hacían imprescindibles unas reglas procesales para que dichos cálculos se realicen, en la práctica, eficazmente. Para ello, el legislador ha optado por requerir determinada documentación con la demanda del proceso donde se sustanciará la liquidación del régimen matrimonial (arts. 770 y ss. LEC), a pesar de conocer el alcance limitado del proceso matrimonial, en lugar de crear un procedimiento específico (art. 149.1.6 CE)¹¹⁹. Dada la complejidad del nuevo cálculo de la compensación por razón del trabajo, donde deberán justificarse titularidades (incluso posibles tercerías), determinación del valor de los patrimonios inicial y final, prueba de donaciones y otras disposiciones en perjuicio de o para el otro cónyuge, justificaciones de adquisiciones a título gratuito o no, etc., es previsible una mayor complicación y duración de los procesos matrimoniales.

En cualquier caso, la DA 3.ª Ley 25/2010 señala que:

1. En la demanda o, en su caso, en la reconvencción deberá acompañarse una propuesta de inventario que incluya los bienes propios y los del otro cónyuge, con la indicación de su valor, el importe de sus obligaciones y la documentación de relevancia patrimonial de la que se disponga. Se entiende que deberá presentar todo ello el cónyuge que se considere acreedor de la compensación, con la posibilidad para el cónyuge fuerte de alegar lo que considere

119. No parece que pueda ayudar el abrir una cuestión incidental de especial pronunciamiento de los arts. 387 a 389 LEC, pues implicaría igualmente abrir un procedimiento verbal, añadiendo complejidad y dilaciones.

de contrario tanto en la contestación de la demanda como, en su caso, a la reconvencción. Si existiese reconvencción, a petición del reconviniente el juez podrá ampliar el plazo en 10 días improrrogables para que este pueda preparar su propuesta de inventario, lo que de nuevo demuestra la complejidad de la valoración, poniendo en duda si 10 días más son suficientes para efectuarla adecuadamente.

2. Si las partes no han podido tener acceso a información relevante para fundamentar sus pretensiones, podrán solicitar al juez que la obtenga por sus medios.

En el Proyecto 2009 se habían previsto, en la DA 4.^a, las siguientes consideraciones, que finalmente no se han visto recogidas en la Ley 25/2010:

a) *Si entre la demanda o reconvencción y sus respectivas contestaciones existiese discrepancia en los elementos que las componen, su valor o su titularidad, el juzgador requerirá a las partes para que subsanen o completen.* Entendemos que en muchas ocasiones este paso hubiese sido superfluo, ya que difícilmente una parte querrá rectificar lo que ha aportado para coincidir con la contraparte, especialmente en un proceso familiar contencioso. Si la titularidad o la composición de bienes pueden ser fuente de disputa, más lo será el valor de los bienes aportados, que posiblemente será apoyado por sendas periciales de parte, contradictorias entre sí, y deberá recurrirse a un perito judicial.

b) *Las partes deberán acudir a la vista con todas las pruebas. Si alguna debiese obtenerse mediante auxilio judicial, se podrá solicitar la suspensión por tiempo indispensable.*

c) *Queda autorizado expresamente el juzgador para indicar la conveniencia de practicar prueba para esclarecer algún aspecto del pleito y podrá incorporar al proceso cualquier documentación que ya conste en otras causas entre los mismos litigantes.* La falta de presencia de este precepto en el texto final queda suplido, a nuestro juicio, por los arts. 282, 752.1 y 770.4 LEC, que son excepciones al principio de justicia rogada (art. 216 LEC).

d) *La sentencia deberá resolver sobre todas las pretensiones.* Sobre la conveniencia de liquidar la compensación por razón del trabajo en el juicio de familia ya nos hemos pronunciado *supra*. En cualquier caso, este precepto es superfluo a partir del principio de congruencia que rige todo proceso civil (art. 218 LEC).

2.10. *En las relaciones estables de pareja y en las relaciones convivenciales de ayuda mutua*

El art. 234-9 CCC prevé para las parejas estables (antes «uniones estables de pareja»; la nueva denominación encuentra en el art. 234-1 CCC) una compensación por razón del trabajo idéntica a la del art. 232-5 CCC, al que remite expresamente, en caso de que se produzca cualquier causa de extinción

de la pareja estable, prevista en el art. 234-4 CCC (incluyendo la muerte de uno de los miembros). La existencia de esta compensación en caso de pareja estable exactamente igual que para el caso de separación de bienes ya había sido reconocida por la jurisprudencia (STSJC de 4 de julio de 2006) a partir del art. 13 LUEP. De hecho, el «régimen económico» de una pareja estable, que no haya pactado uno específicamente ¹²⁰, guarda muchas semejanzas en relación al del matrimonio casado en separación de bienes.

El cálculo de la compensación, además, se realizará conforme al art. 232-6 CCC, como expresamente lo señala el art. 234-9.1 CCC.

No obstante la remisión excluye expresamente al art. 232-11 CCC. En su lugar, el art. 234-13 CCC establece el plazo de prescripción de 1 año desde la extinción de la pareja estable para poder reclamar la compensación por razón del trabajo, sin distinción en el supuesto de extinción por muerte de uno de los miembros de la pareja; además, deberá solicitarse, en su caso, en el procedimiento donde se determine el resto de efectos de la extinción de esta. A nuestro juicio no queda suficientemente justificado el acortamiento del plazo de 3 años a 1 año entre la extinción por muerte en caso de matrimonio y en caso de pareja estable, dado que en todo el resto están plenamente equiparados.

En relación al aspecto procesal, la DA 5.ª Ley 25/2010 establece que deberá ventilarse como si fuera un procedimiento matrimonial aunque no ha tenido la precaución de llevar la liquidación de los bienes en común de la pareja estable a un procedimiento a parte (como sí lo ha hecho para el matrimonio, como hemos comentado), sino que ha mantenido que todos los aspectos patrimoniales deberán ventilarse en el mismo procedimiento «matrimonial» (arts. 234-7 a 234-14 CCC: atribución del uso vivienda familiar, compensación por razón del trabajo, división de los bienes en común y prestación alimentaria), lo que no consideramos adecuado, según lo mencionado *supra* para la disolución del régimen económico matrimonial.

En lo que se refiere a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, el CCC sí prevé un importante cambio en lo que se refiere a la compensación por razón del trabajo. Mientras el art. 7 Ley 19/1998 prevé una compensación económica por razón del trabajo que coincide, esencialmente, con la vista para

120. BOSCH CAPDEVILA, *La compensación...*, p. 16, se había planteado si quedaba excluida la compensación por razón del trabajo si habían pactado un régimen equivalente al de comunidad de bienes o el de participación que, aunque pudiesen no llegar a compensar todo el trabajo, ya habría cierta compensación. El mismo autor considera que no es así, dado que la compensación por razón del trabajo para las parejas estables está prevista solo para el caso en que no exista compensación de otro modo del enriquecimiento injusto. La misma línea sigue, a nuestro entender, el CCC.

el matrimonio y para las parejas estables (STSJC de 4 de septiembre de 2008) ¹²¹, dicha compensación desaparece en el CCC, aunque nada impide que la puedan pactar con base en el art. 240-4.2 CCC.

Esta desaparición podría ser, *a priori*, cuestionable, en tanto que se puede producir una descompensación parecida y el mismo perjuicio para uno de los convivientes que la que se da en los matrimonios y en las parejas estables: si el art. 240-1 CCC señala que existe relación convivencial de ayuda mutua cuando 2 o más personas conviven y comparten (sin contraprestación y con voluntad de permanencia) gastos comunes o el trabajo doméstico o ambas cosas, aquel que se haya dedicado sustancialmente más al trabajo doméstico y por ello otro no se ha tenido que dedicar y se ha enriquecido, tendría derecho a compensación. Se trataría, en definitiva, de recuperar el tiempo invertido de más en el sustento del inmueble en el que conviven. No obstante, más que aplicar normas de carácter familiar a una relación que, desde luego, no puede considerarse una familia (ya que deben tener una relación de simple amistad o de compañía según el art. 240-2.1 CCC), lo que parece más ajustado es recurrir a las normas del derecho laboral o al contrato de arrendamiento de servicios. Además, como no se trata de una comunidad de vida, difícilmente se puede hablar de que uno se haya enriquecido a costa del otro y que el primero haya visto frustradas sus expectativas de vida en común al terminar la relación convivencial (art. 240-5 CCC).

3. La prestación compensatoria

3.1. Naturaleza jurídica

La denominada en el CF como «pensión compensatoria» pasa a llamarse «prestación compensatoria», posiblemente con la finalidad de resaltar que no necesariamente debe tratarse de un pago en forma de pensiones periódicas, sino que el art. 233-17 CCC da la posibilidad alternativa de que se satisfaga en forma de capital a pagar como máximo en 3 años —al estilo de la pensión por razón del trabajo—, lo que debe contrastarse con el redactado del art. 85.1 CF.

En el CCC permanece una desconexión entre las causas de la ruptura matrimonial y la prestación compensatoria (en la línea de los arts. 81 y 86 CC desde la Ley 15/2005), que solo depende de cómo quedan los cónyuges tras ella; a excepción del caso de nulidad, donde sí se hace la distinción, de manera

121. RJ 2009\644.

que solo el cónyuge de buena fe tiene derecho (art. 233-14.1 CCC), puesto que el de mala fe o bien conocía la causa de nulidad o bien la provocó.

En cualquier caso, para concederla hacen falta los dos requisitos tradicionales: el desequilibrio económico¹²², es decir, que un cónyuge quede en mejor situación que el otro tras la ruptura; y un empeoramiento de este tras la ruptura en relación a la situación que tenía durante el matrimonio. Es decir, que es necesario para que se dé que un cónyuge quede peor parado tras la ruptura que el otro¹²³.

En nuestro derecho no existe un precepto similar al del §1569 BGB, que señala que tras el divorcio incumbe a cada cónyuge procurarse por sí mismo su sustento y que solo en caso de necesidad por imposibilidad tiene una pretensión de alimentos frente al otro¹²⁴. Un precepto similar es el del Principio 2:2 de los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados de 2003, rubricado «Autosuficiencia» y señala que «sin perjuicio de los siguientes Principios, cada esposo ha de satisfacer sus propias necesidades tras el divorcio». En cambio el art. 84 CF y la jurisprudencia que lo ha desarrollado, así como la que ha desarrollado a su homólogo en el Código Civil, el art. 97 CC, han considerado a la pensión («prestación» en el CCC) compensatoria como un modo de asegurar que el fin del matrimonio no implique un cambio sustancial de nivel de vida del cónyuge necesitado; se trataría, pues, de un reequilibrio tras el inicio de la nueva situación, tal y como indica para el art. 84 la STSJC de 20 de abril de 2009 y para el art. 97 la STS de 10 de marzo de 2009¹²⁵. Esta se pronuncia en los siguientes términos:

«Se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio (...). No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mante-

122. *Vid infra*.

123. LLAMAS POMBO, E., «Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión», en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, 2009, Editorial La Ley, p. 261.

124. Véase, en aplicación del derecho extraterritorial en conflicto con las normas catalanas, en SAP Tarragona de 20 de octubre de 2009 (CENDOJ 43148370012009100343).

125. RJ 2009\1637.

nerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios».

La STSJC de 8 de mayo de 2008 ¹²⁶ señala, por su parte:

«Son muy diversas las ocasiones en las que, desde principios de esta década, se ha visto esta Sala enfrentada a la necesidad de interpretar los arts. 84 y 86 CF, habiendo podido establecer una doctrina ya consolidada sobre diferentes aspectos de la pensión compensatoria para supuestos de ruptura matrimonial. En este sentido, hemos llegado a calificarla, siguiendo a la mejor doctrina, como una institución que prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, a fin de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la nulidad, separación o divorcio, en relación con la que mantenía constante la relación matrimonial (STSJC 8/2006, de 27 de febrero), si bien con una vocación inequívoca de caducidad, en la medida en que así lo indica la fijación legal de una serie de causas que pueden producir su extinción, bien por motivos contemplados al tiempo de su constitución —fijación de un plazo— o bien por causas sobrevenidas relacionadas con su naturaleza y función reequilibradora (STSJC 47/2003, de 11 de diciembre)».

El art. 233-14 CCC, pues, no parece pretender alterar la naturaleza jurídica de la «tradicional» pensión compensatoria del art. 84 CF y del art. 97 CC, dado que repite esencialmente los términos de ese, si bien con la salvedad de que considera prioritario el pago de los alimentos a los hijos. No obstante, en el Proyecto Libro II de 2006 se había planteado sustituir la prestación compensatoria por una pensión alimentaria partiendo del principio de autosuficiencia después de la ruptura matrimonial, lo que encontró oposición entre jueces y abogados ¹²⁷.

126. La Ley 323315/2008.

127. ORTUÑO MUÑOZ, P., *Memòria justificativa del director general de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya 00095/18-12-2006/037223, 10 de julio de 2008, p. 15.

Adoptando esta postura, el legislador no acaba de despejar toda duda ¹²⁸ sobre la auténtica naturaleza de la pensión/prestación compensatoria, a pesar de que el TSJC ya se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación a que no tiene carácter alimentario (SSTSJC de 10 de julio de 2006 ¹²⁹ y 4 de octubre de 2001) ¹³⁰.

Así, por una parte, el máximo que puede otorgarse va más allá de lo indispensable para el sustento del cónyuge que queda en una posición más desfavorecida tras el matrimonio (contrastar con lo que señala el art. 237-1 CCC para los alimentos de origen familiar). De hecho, el máximo se sitúa en el nivel de vida que llevaba el cónyuge ahora débil y/o el nivel que pueda mantener el cónyuge obligado al pago (art. 233-14 CCC). Además, según el art. 233-16.1 CCC, la prestación compensatoria es renunciable, incluso tácitamente (ver, en este sentido, la STS de 30 de octubre de 2001 ¹³¹ y la STSJC de 10 de julio de 2006), lo que no concuerda con el art. 237-12.1 CCC previsto para los alimentos.

Por su parte, el art. 233-14.1 CCC ni añade ni sustrae nada al debate sobre su naturaleza jurídica, pero la prelación situando a los alimentos debidos a los hijos por delante coincide con el orden establecido en los arts. 237-8 y 237-6 CCC.

Y por otra parte, no obstante, aunque tal renuncia pueda realizarse en los pactos con previsión de la ruptura (art. 233-16.1 en relación con el 232-7 CCC y el 231-20 CCC), si a lo que pretende renunciar es a aquello que pueda contribuir a atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor, deberá

128. De hecho, para el art. 97 CC parte de la doctrina ha destacado su carácter híbrido entre los alimentos y la indemnización, un carácter *sui generis* que ha sido calificado como de «asistencial» (MORENO-TORRES HERRERA, M. L., «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», *Revista de derecho de familia*, n.º 44, septiembre de 2009, p. 34), dada su finalidad de protección del cónyuge débil. Véase, además, la discusión planteada en PARRA RODRIGUES, C., *Relación entre el divorcio y la prestación alimenticia (desde ahora PA)*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya, 02262/18-12-2006/037223, pp. 1 a 7, en el que se justifica la concesión de alimentos en caso de divorcio con base en el Convenio de La Haya 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias y también en relación a las diferencias que guardan prestación compensatoria y prestación de alimentos: mientras que los alimentos surgen por una necesidad, la prestación compensatoria nace de un desequilibrio económico entre los cónyuges; los criterios de fijación de uno y otro difieren; y, mientras la prestación compensatoria puede renunciarse, la de alimentos no. La autora proponía combinar ambas prestaciones, lo que no parece fuese recogido en el CCC (arts. 237-2.1 y 237-13 CCC).

129. La Ley 1869/2004.

130. RJ 2002\6949.

131. RJ 2001\8139.

hacerse constar esto expresamente en el convenio regulador (arts. 233-16.2 y 233-2 CCC). En cuanto a esto, surgen tres reflexiones:

– Que la parte de la prestación compensatoria que consiste en lo indispensable para que el cónyuge que quede en peor situación tras el matrimonio pueda subsistir (en los términos del art. 237-1 CCC) tiene un tratamiento distinto del de la parte de la pensión que exceda dicha cuantía, porque, mientras esta puede ser renunciada en los pactos en previsión de la ruptura, la primera no, y solo podrá renunciarse si se incluye, de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, en el convenio regulador, puesto que de lo contrario no quedará renunciada. Está en la misma línea que la llamada, precisamente, «prestación alimentaria» para las parejas estables del art. 234-10.2 CCC, de marcado carácter alimentario (art. 234-10.1 CCC, al referirse a «atender adecuadamente a su sustento»).

– Por lo tanto, si la renuncia a la prestación consistente en el mínimo sustento no consta finalmente en el convenio regulador, el cónyuge débil podrá solicitarla de la autoridad judicial (art. 216 LEC), por mucho que se hubiese pactado su renuncia, por ejemplo, en los pactos en previsión de la ruptura. No obstante, debe señalarse que siempre se concederán a instancia de parte, dado que a la pensión compensatoria no le alcanza la función tuitiva que sí alcanza a los alimentos para los menores de edad, que pueden ser apreciados o modificados de oficio (SSTS de 2 de diciembre de 1987¹³² y 10 de marzo de 2009).

– Si en cambio tal renuncia sí consta, ¿podrá ser dicho convenio regulador aprobado por la autoridad judicial? El art. 90.2 CC no permite al juez aprobar un convenio regulador que sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (como lo es el hecho de renunciar a una pensión para su mínimo sustento), a pesar de que la STS de 10 de marzo de 2009 no vea inconveniente su renuncia en el convenio, dado que es derecho dispositivo y no imperativo. No obstante, el art. 233-3.1 CCC obliga al Tribunal a aprobar el convenio regulador en cualquier caso con la sola excepción de que no esté conforme con el interés de los menores, de manera que excluye la posibilidad (y la aplicación por tanto del art. 90.2 CC) de que pueda oponerse a su aprobación por ser perjudiciales para un cónyuge.

Y, por último, el cariz alimentario de la prestación compensatoria aún reside en el art. 233-15 c) CCC cuando se tiene en cuenta para la fijación de su cuantía la edad y salud del cónyuge débil. De hecho, la SAP Girona de 26 de octubre de 1999¹³³ —entre otras— ha llegado a considerar que dentro de la pensión compensatoria se encuentra ya incluida una pensión de alimentos.

132. RJ 1987\9174.

133. AC 1999\2015.

Por su parte, cabe recordar que los Principios de Derecho Europeo de Familia 2003¹³⁴ relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados se refiere a la idea de la prestación recíproca de alimentos (principio 2:3): «La atribución de la pensión de alimentos requiere que el esposo acreedor no tenga suficientes recursos para satisfacer sus necesidades». Aunque al entrar en lo que se tiene en cuenta para su fijación (principio 2:4) nos encontramos con elementos parecidos a los de la prestación compensatoria del CCC como las oportunidades laborales, el cuidado de los niños, la división de tareas durante el matrimonio, duración de este, el nivel de vida de los esposos durante el matrimonio, su edad y su estado de salud y, en su caso, la existencia de nuevos matrimonios o parejas de hecho duraderas. Coincide el CCC con el principio 2:5 que establece como formas de pago alternativas el pago de los «alimentos» una sola vez o en forma de pensión.

3.2. Criterios para el establecimiento de la cuantía

Los criterios para el establecimiento de la cuantía¹³⁵ vienen determinados en el art. 233-15 CCC. El legislador catalán ha evitado efectuar en el CCC una baremación de la pensión compensatoria.

Si bien la baremación está establecida en nuestro derecho en el área de la responsabilidad civil por daños con el sistema de Tablas de la actual LRCSCVM 2004¹³⁶ y ya desde 1995, no así en el derecho de familia ni el CC, ni en el CF, ni en cuanto al establecimiento de pensión de alimentos para los hijos ni en lo relacionado con la pensión/prestación compensatoria, lo que en ocasiones ha podido provocar soluciones dispares para situaciones similares tanto en relación a la cuantía como a la duración de la pensión. En derecho comparado, no obstante, existen diversas experiencias como las Tablas de Dúsdorf en Alemania para las pensiones alimentarias para los hijos y también para la pensión de alimentos en caso de separación y divor-

134. Pueden hallarse en la página de la *Commission on European Family Law*, autora de los Principios (<<http://www.ceflonline.net/Reports/Principles%20-%20English.pdf>>).

135. Estos criterios no pueden utilizarse para determinar si procede o no la prestación, puesto que procederá si se da el requisito de desequilibrio que causa el fin del matrimonio que estipula el art. 233-14 CCC, en la línea de la reforma del art. 97 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio (BOE de 9 de julio de 2005, n.º 163, p. 24458), que parece haber aclarado esta cuestión (MORENO-TORRES HERRERA, *Pensión compensatoria...*, p. 32).

136. RDL 8/2004, de 29 de octubre (BOE de 5 de noviembre de 2004, n.º 267/2004, p. 36662). Véase sucintamente su comportamiento y problemática en NASARRE AZNAR, *Law of Torts-Spain*, pp. 160, 161, 223 y 224.

cio (§§ 1361 y 1569 y ss. BGB)¹³⁷, o las experiencias en Canadá, Noruega y California¹³⁸.

La racionalización y objetivización de las pensiones compensatorias es un tema complejo que ha sido abordado por la doctrina en algunas ocasiones¹³⁹, destacando sus ventajas e inconvenientes¹⁴⁰. Entre las primeras están la previsibilidad de la cuantía, la seguridad jurídica que ello origina y la igualdad en la aplicación de la ley; también debe destacarse el automatismo en su aplicación (celeridad en los procesos) y, dado que son conocidas por ambas partes del litigio, pueden ser base para llegar a acuerdos extrajudiciales. Entre las segundas están la disparidad de criterios para fijar las cuantías y su ajuste a la realidad del necesitado y del obligado.

En cualquier caso, los criterios fijados por el CCC son los siguientes:

– La posición económica de los cónyuges. Aunque no lo diga el art. 233-15 a) CCC, se entiende que es en la que quedan al extinguirse el régimen (de acuerdo con el art. 84.2 CF).

– Debe tenerse en cuenta si procede la compensación por razón del trabajo, de manera que o bien una, o la otra o ambas deberán moderarse en consonancia y según el arbitrio judicial.

137. Estas Tablas son meramente orientativas, de manera que no son ni ley ni causan jurisprudencia, aunque en la práctica son ampliamente utilizadas. Son de creación judicial desde 1961 (precisamente el *Landgericht* de Düsseldorf). Por un lado, hacen depender la cuantía de los alimentos de los hijos (Tabla A) de los ingresos netos del obligado y de la edad del menor (en base al § 1612a BGB), de manera que, a título de ejemplo, si el obligado ingresa hasta 1500 euros y el menor tiene 10 años, en 2009 le correspondería satisfacer 322 euros/mes en alimentos al hijo. En cuanto a la prestación compensatoria alimentaria en caso de divorcio (Tabla B; §§ 1569 y ss. BGB), diferencia entre los que deben satisfacer alimentos a los hijos y los que no y diferencia situaciones como los de los pensionistas y dependiendo también entre si el que tiene derecho a ser alimentado tiene ingresos o no. Generalmente se aplican 3/7 de los ingresos profesionales más 1/2 de otros ingresos. Véanse para más información las Tablas de 2009 en *Familienrecht*, 13 Aufl., München, 2009, Beck-Texte im dtv, pp. 858 a 864; un comentario a las Tablas en RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C., «Las «Tablas de Düsseldorf»: el sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-184, t. 6, p. 2. Sobre el funcionamiento de los alimentos al ex cónyuge por divorcio, véase SCHWAB, D., *Familienrecht*, 17 Aufl, München, 2009, Verlag CH. Beck, pp. 177 y ss.

138. Véanse sucintamente en RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C., *Las «Tablas de Düsseldorf»...*, p. 5.

139. MARFIL GÓMEZ, J. A., «Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: La tabulación», *Revista de Derecho de familia*, 2000, n.º 6, p. 23, quien hace énfasis en su temporalización.

140. Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 256 y 257, y RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C., *Las «Tablas de Düsseldorf»...*, p. 6.

— Del mismo modo, se deberán tener en cuenta otras atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial. Según el art. 233-20.7 CCC, en el caso de que se otorgue el uso de la vivienda (familiar o no) al cónyuge que no es propietario o co-propietario deberá computarse como contribución en especie tanto de lo alimentos a los hijos como de la prestación compensatoria que se deba satisfacer a dicho cónyuge.

— Se deberá tener en cuenta la realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia si ello ha provocado una disminución en la capacidad de obtener ingresos por parte de los cónyuges. No obstante, este criterio puede resultar confuso en tanto que parece solaparse plenamente con el art. 232-5 CCC en cuanto a los criterios para la cuantificación de la compensación por razón del trabajo. Efectivamente, si está dicho que esta mira compensar el pasado y la prestación compensatoria mira al futuro (más allá del momento de la ruptura), que para la prestación se tengan en cuenta actuaciones constante matrimonio no parece muy ajustado. A nuestro juicio, lo que realmente está dando a entender es que deberá tenerse en cuenta la formación, capacitación y estado profesional del cónyuge acreedor en el momento de la ruptura que le pueda condicionar el procurarse su propio sustento en el mundo laboral tras la crisis matrimonial¹⁴¹. Es decir, sus oportunidades laborales según su estado (en sentido amplio, todo lo que le afecte) en el momento de la ruptura. Así tiene sentido este precepto y no provoca una desnaturalización de la prestación, al tiempo que entronca con el siguiente criterio a tener en cuenta que es su edad y estado de salud y con la idea de las «perspectivas económicas».

— En consecuencia, cuando se habla de las «perspectivas económicas previsibles de los cónyuges» en el art. 233-15 c) CCC, deberá tenerse en cuenta su preparación profesional (punto anterior), su edad y su estado de salud. Debe destacarse también el último de los elementos que añade el precepto, que es el relativo a «la forma como se atribuye la guarda de los hijos comunes». Este criterio no puede referirse a los gastos de sustento de los hijos, porque los cónyuges contribuyen en proporción de sus posibilidades a los alimentos de los hijos —según las necesidades de estos— debiendo pasar el cónyuge no custodio la pensión de alimentos correspondiente (arts. 237-2, 237-9 y 232-2.2 CCC). A nuestro juicio, su interpretación debe ir dirigida a cómo la tenencia de la custodia de los hijos puede condicionar el acceso del cónyuge acreedor al mercado laboral.

141. Es el denominado «patrimonio invisible» (MORENO-TORRES HERRERA, *Pensión compensatoria...*, p. 39).

– La duración de la convivencia (STS de 10 de febrero de 2005)¹⁴², que puede tener impacto directo tanto en la duración de la prestación (SAP Asturias de 19 de marzo de 1999)¹⁴³ como en su cuantificación. Este es un criterio que puede llegar a excluir la prestación compensatoria si el matrimonio ha sido de corta duración (ej. SAP Valencia de 30 de abril de 2003)¹⁴⁴.

– Por último, deben tenerse en cuenta los nuevos gastos del cónyuge deudor de la prestación. Esta misma idea queda reiterada –quizás innecesariamente– en el art. 233-18.2 CCC en relación a la modificación de la prestación compensatoria. Precisamente en sede de modificación aparece la prioridad que debe darse a los alimentos todos los hijos del cónyuge deudor, idea que no figura en la determinación en el art. 233-15 CCC, pero que debería entenderse comprendida en la idea de la «posición económica de los cónyuges», dado que debe entenderse que los alimentos del cónyuge deudor a los hijos (comunes o no) debe considerarse preeminente.

3.3. Pago y garantías

La forma de pago es quizás la reforma más importante en materia de prestación compensatoria.

Ya hemos destacado el significativo cambio de denominación que pasa de «pensión» a «prestación» compensatoria. Este cambio se plasma en la práctica en el art. 233-17 CCC cuando alternativamente al establecimiento de la compensatoria en forma de pensión se da la opción de efectuarla en forma de capital –tanto en dinero como en bienes– a satisfacer hasta en tres años, sin que pueda ser reclamable en tres años, atendiendo a la literalidad del art. 233-17.2 CCC, a diferencia de lo venía sucediendo en el art. 85.1 CF, que disponía que la pensión compensatoria había que pagarla en dinero y por mensualidades avanzadas y solo subsidiariamente (lo que necesariamente ha tenido una consecuencia en la práctica judicial) se podía solicitar (en ausencia de acuerdo) la sustitución de dicha pensión por la entrega del dominio de bienes o de su usufructo, sin dar orientaciones al juez de qué criterio emplear para concederlo. Añadía el Proyecto 2009 que dicha obligación a satisfacer en 3 años en forma de capital era indemne a cualquier causa de extinción de la prestación sobrevenida. La duda consistía entonces en ver qué causas eran las admisibles para la extinción (ejemplo, condonación, compensación, transacción, etc.), aunque parecía referirse a que no le afectaban las causas previstas en el art. 233-19 CCC. Ello desaparece en la Ley 25/2010.

142. RJ 2005\1133.

143. AC 1999, 3965.

144. JUR 2003\188652.

La opción escogida, en cualquier caso, debe ser determinada, en primer lugar, por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, deberá resolver la autoridad judicial, atendiendo a las circunstancias del caso y, en especial, la composición del patrimonio y los recursos económicos del cónyuge deudor (entendemos que tanto actuales como futuros, como las opciones fundadas de conseguir un sueldo periódico si no lo tiene). A esto las siguientes cuestiones:

– Con la posibilidad de pagar en forma de capital y con bienes o con dinero se flexibiliza y facilita el pago de la prestación compensatoria, dado que el juez deberá tener en cuenta que si puede evitar que el cónyuge deudor deba pedir un préstamo puede optar por la pensión periódica, pero si no tiene trabajo y tiene patrimonio podrá decidir que satisfaga en forma de capital inmobiliario, por ejemplo. La capitalización de la prestación o la máxima facilidad en los bienes a satisfacer está en la línea de flexibilizar las consecuencias del divorcio y, en definitiva, hacerlo algo menos gravoso, línea que puede entenderse iniciada, en el nivel estatal, por la Ley 15/2005, con la modificación del art. 86 CC.

– Entendemos también que el pago en capital es el resultado de capitalizar la prestación compensatoria debida y el pago en forma en pensión es el resultado de prorratarla (sin generación de intereses, dado que son dos formas alternativas de satisfacer lo debido, aunque sí los legales para el mantenimiento del valor, al estilo del art. 240-7.3 CCC). Esta correspondencia no puede existir con la pensión compensatoria indefinida.

– El art. 233-19 CCC establece únicamente las causas de extinción de la prestación a satisfacer en forma de pensión, de lo que se deduce que la que debe satisfacerse en capital no puede extinguirse a pesar de que se den los motivos del art. 233-19 CCC antes de satisfacerse, teniendo en cuenta que puede pagarse en 3 años. Es decir, aunque al día siguiente de la sentencia de divorcio el cónyuge acreedor se case, si allí se ha establecido el pago en capital el cónyuge deudor deberá satisfacerlo. Ello no parece estar de acuerdo con la finalidad de la prestación compensatoria, que buscaba el mantenimiento del nivel de vida del cónyuge acreedor. ¿Sucedería lo mismo si el cónyuge acreedor falleciese, teniendo derecho a la prestación sus herederos? En este caso sí es evidente la descoordinación entre el mantenimiento de la prestación y su finalidad, ya que el tutelado ha dejado de existir. Parece que en este mismo sentido va lo que señalaba el art. 233-17.2 Proyecto 2009 de que la prestación en capital era indemne a cualquier causa de extinción sobrevenida¹⁴⁵.

– Ello obliga a ambos cónyuges a entrar en un juego de intereses, sobre el que normalmente no se tendrá toda la información (asimetría informativa).

145. Véanse más detalles en el punto siguiente.

Así, al cónyuge acreedor posiblemente le convendrá (y así lo pactará o, en su defecto, lo solicitará al juzgador) capitalizar la prestación si prevé contraer matrimonio o convivir maritalmente con otra persona o si prevé que se puedan dar las otras causas por las que se extingue la pensión periódica (art. 233-19 CCC; ejemplo, padezca una enfermedad terminal o prevea venir a mejor fortuna en poco tiempo). En cualquiera de estos casos, al cónyuge deudor, si dispone de la suficiente información, no le convendrá llegar a un acuerdo en este sentido y pleiteará para que se establezca una pensión compensatoria. Además de estos factores, otros pueden jugar en favor o en contra de uno u otro cónyuge para solicitar un sistema u otro, como por ejemplo: al cónyuge acreedor le convendrá cobrar cuanto antes si en el momento de la extinción del régimen el otro tiene patrimonio suficiente (el futuro siempre es incierto también en cuanto al valor) o teniendo en cuenta el factor edad (si la pensión es indefinida) o, incluso, en alguna ocasión, puede prevalecer el interés de ambos en romper cuanto antes cualquier relación u obligación patrimonial o, en su caso, por cuestiones fiscales.

— Entendemos que, en caso de duda —ejemplo, ninguna forma va especialmente bien o es especialmente mala— y de disparidad de intereses, debería prevalecer el interés del cónyuge deudor, con la finalidad de favorecer y facilitar el pago (para evitar futuros incumplimientos) y también, en su caso, teniendo en cuenta la mejor opción para terminar las relaciones de cualquier tipo con su ex cónyuge con la mayor brevedad, en tanto que es notorio que el impago de pensiones periódicas es un problema común.

El art. 233-17.4 CCC aporta otra novedad en relación al tiempo durante el cual debe realizarse el pago de la prestación compensatoria en caso de ser periódica, a diferencia de lo que estipulan los arts. 86.1.a) y d) y el 84.3 CF. Así, dicho precepto del CCC señala de manera contundente que la prestación compensatoria en forma de pensión deberá otorgarse por un período limitado; y da como excepción a la regla general que podrá ser indefinido si concurren circunstancias excepcionales. Queda al criterio del juzgador determinar cuáles son dichas circunstancias (ejemplo, una combinación de avanzada edad del cónyuge acreedor, juntamente con escasas posibilidades de inserción laboral, precaria salud, muy larga duración del matrimonio, etc.). El hecho es que nuestros Tribunales ya estaban optando a menudo por pensiones compensatorias limitadas en el tiempo, precisamente porque esta no puede ser concebida como un «seguro de vida» (STS de 9 de octubre de 2008¹⁴⁶; SAP Tarragona de 1 de septiembre de 2006)¹⁴⁷. Otras veces se fijaba indefinida confiando en

146. RJ 2008\5685.

147. JUR 2007\141124.

que ya sería en un posterior proceso de modificación de medidas el que debería valorar, en su caso, si la pensión debía reducirse o extinguirse (véase la discusión en STS de 10 de febrero de 2005). Con el CCC la limitación temporal *ab initio* pasa a ser la regla y la no limitación, la excepción, que deberá quedar debidamente acreditada en la sentencia.

El cónyuge acreedor tiene derecho a solicitar garantía para asegurarse el pago de la prestación en caso de que esta esté establecida en forma de pensión (art. 233-17.3 CCC). Entre las posibles garantías, destaca la hipoteca del art. 569-36 CCC.

3.4. *Modificación y extinción*

El CCC limita las causas de modificación y de extinción de la prestación compensatoria cuando esta se acuerda o se ordena satisfacer en forma de pensión, dado que, como se ha dicho, cuando se satisface en forma de capital, ninguna causa de extinción le es aplicable (art. 233-19 CCC, combinado con el art. 233-17.2 Proyecto 2009).

En consecuencia, aunque el cónyuge deudor tenga 3 años para pagar y dentro de este tiempo su ex cónyuge incurra en alguna causa de extinción del art. 233-19 CCC (ejemplo, se case o fallezca), deberá realizar el pago de todos modos. Ello puede provocar el contraponer esta forma de pago con la finalidad de la institución, tal y como se ha dicho, no solo cuando sea evidente que el cónyuge acreedor no necesite la compensación (ejemplo, se haya casado, según se desprende del art. 233-19 CCC), sino cuando ni siquiera el cónyuge acreedor viva (de manera que ya no hay nadie a quien compensar para que pueda mantener su nivel de vida tras la extinción del régimen). Es decir, le está vedado el acceso al proceso de modificación de medidas (art. 775 LEC) a aquel cónyuge deudor que haya satisfecho en todo o en parte —caso en que aún no hayan transcurrido los 3 años de los que dispone para ello— la prestación compensatoria en forma de capital. Así, si aún le queda un año y la mitad por pagar, aunque el cónyuge deudor muera o se case o haya venido a mejor fortuna o él a peor, deberá acabar con el pago. Otra cuestión es si, dada la falta de sintonía entre el pago por capital según viene previsto en el CCC y la prestación compensatoria (art. 233-14 CCC), la situación resultante es la adecuada: dado que el cónyuge acreedor ha quedado ya equiparado a su nivel de vida constante matrimonio (por matrimonio, mejor fortuna) o ya no es posible hacerlo (haya fallecido), se hace innecesaria la satisfacción de la prestación (para ello está el proceso de modificación de medidas, precisamente para el caso de pensión), de manera que no concuerda que la deba satisfacer de todos modos; ¿podríamos estar ante un caso de abuso de derecho? (art. 111-7 CCC).

Y ahora, en cuanto a la causas de modificación o extinción de la prestación compensatoria cuando deba satisfacerse como pensión, lo cierto es que las decisiones de los tribunales han convertido, a menudo, el procedimiento de modificación de medidas (entre ellas la reducción o la extinción de la pensión compensatoria) en un recurso muy extraordinario y únicamente atendible cuando queden alteradas *sustancialmente* las circunstancias (aplicando con rigor el art. 775.1 LEC, que proviene del art. 100 CC, al referirse a «variado sustancialmente las circunstancias») que se daban cuando se establecieron las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio (ejemplo, SAP Tarragona de 20 de abril de 2006)¹⁴⁸, y que, además, estas fueran imprevisibles (SAP Navarra de 22 de septiembre de 1998)¹⁴⁹; es decir, deben ser hechos posteriores y nuevos (SAP Valencia de 15 de mayo de 1995)¹⁵⁰, debidamente acreditados (SAP Barcelona de 20 de junio de 1997)¹⁵¹. El binomio art. 100 CC y 775.1 LEC, que ha sido interpretado de este modo por los tribunales, en Cataluña debería establecerse, hasta el 31 de diciembre de 2010, en relación al art. 80 CF (en lugar del 100 CC), pese a que este solo se refiere a «circunstancias sobrevenidas» (sin el requisito de la sustancialidad). Con el CCC deberá hacerse en relación al art. 233-7 CCC que se separa del CF y vuelve al requisito de que varíen «sustancialmente las circunstancias concurrentes» (art. 233-7 CCC), al estilo del art. 100 CC.

La duda que se plantea es cómo debe interpretarse el art. 233-18 CCC, rubricado «Modificación de la prestación compensatoria», el cual no exige ningún tipo de sustancialidad al señalar que «només pot ser modificada per a disminuir-ne l'import si millora la situació econòmica de qui la percep o empitjora la de qui la paga»; es decir, o bien debe integrarse con el art. 233-7 CCC de manera que tal mejora o empeoramiento de patrimonios debe ser sustancial o bien resulta ser una excepción al propio art. 233-7 CCC. A favor de esta segunda postura está el hecho de que si el régimen para modificar la prestación compensatoria fuese el mismo que para modificar el resto de medidas de la sentencia, no hubiese hecho falta el art. 233-18 CCC; y que sobre el art. 233-18 CCC planea la tradición jurisprudencial del art. 80 CF de exigir que la alteración sea sobrevenida (subsumida en la idea de mejora o empeoramiento del precepto).

En cualquier caso, las causas vienen fijadas en el art. 233-19 CCC. En relación a ellas, debemos realizar los siguientes comentarios:

a) En cuanto a la causa de extinción del art. 233-19.1 b) CCC, debería aclararse el alcance de la extinción «por convivencia marital con otra persona».

148. JUR 2006\272707.

149. AC 1998\8522.

150. AC 1995\961.

151. AC 1997\1386.

La convivencia *more uxorio* ha sido definida por el Tribunal Supremo «como una relación a semejanza de la matrimonial» (STS de 5 de febrero de 2004) ¹⁵². Por su parte, el TSJC ha otorgado la compensatoria por razón del trabajo a convivencias *more uxorio*, entendidas como «una vida en común de pareja» (STSJC de 27 de febrero de 2006) ¹⁵³, que no necesariamente debe coincidir con la convivencia estable de pareja, que el legislador parece evitar utilizar en este precepto. Por su parte, la STSJC de 4 de septiembre de 2008 ¹⁵⁴ añade que del término «convivencia» se infiere que «la pareja viva bajo el mismo techo teniendo una vivienda habitual común» y «que tratándose de convivencia *more uxorio* esta reúna ciertas características, esto es, se asemeje a la convivencia matrimonial aun sin el vínculo jurídico del matrimonio»; y las SSTs de 5 de julio de 2001 ¹⁵⁵ y 12 de septiembre de 2005 ¹⁵⁶ señalan que se dan determinadas características: la constitución voluntaria, la estabilidad o permanencia en el tiempo, la apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial o la unión de vida paraconyugal de una pareja por tiempo indefinido. De manera que se perderá cuando el cónyuge acreedor conviva en pareja con una relación semejante a la matrimonial después del establecimiento de la pensión compensatoria, sin necesidad de que se trate de una relación estable de pareja del art. 234-1 CCC.

b) Por lo que se refiere a la causa del art. 233-19.1 c), la muerte del acreedor, ha desaparecido la declaración de muerte de este, que sí figuraba en el art. 86 CF.

c) Y en cuanto al art. 233-19.2 CCC, la muerte del obligado no extingue la obligación de la prestación compensatoria en forma de pensión, aunque tanto sus herederos como el cónyuge acreedor pueden solicitar la sustitución de la pensión por el pago de un capital, teniendo en cuenta el monto de la pensión, su duración y el activo hereditario líquido del cónyuge deudor.

3.5. En las relaciones estables de pareja y en las relaciones convivenciales de ayuda mutua

A diferencia de lo que sucede con la compensación por razón del trabajo donde existe una identidad entre matrimonios y la pareja estable del art. 234-1 CCC, en el ámbito de la prestación compensatoria se mantienen relevantes diferencias, como ha venido sucediendo con el art. 14 LUEP.

152. RJ 2004\213.

153. La Ley 49209/2006.

154. RJ\2009\644.

155. RJ 2001\4993.

156. RJ 2005\7148.

Así, se denomina «prestación alimentaria» lo que ya denota su carácter alimentario y, por lo tanto, distinto del de la prestación compensatoria del matrimonio. Sus requisitos son los siguientes (art. 234-10 CCC):

a) Que la pareja estable se extinga en vida los convivientes.
b) Que uno de los dos necesite la prestación para atender adecuadamente a su sustento, en consonancia con los arts. 237-1 y 237-4 CCC sobre alimentos¹⁵⁷. De manera que la cuantía será la imprescindible para su mantenimiento (techo, vestido y asistencia médica, con la de educación limitada). Y, naturalmente, si el conviviente deudor no tiene suficientes recursos para prestarlos, no deberá hacerlo (art. 237-6.2 CCC).

c) Que o bien la convivencia haya restado al necesitado la capacidad para obtener ingresos o bien tenga hijos comunes a su cargo de manera que su capacidad para obtener ingresos quede reducida. Estos requisitos, al igual que hemos comentado en relación a la prestación compensatoria matrimonial, no deben confundirse con los requisitos de la compensación por razón del trabajo¹⁵⁸. Si se atribuye por el primer motivo, la prestación durará como máximo 3 años, y si se hace por el segundo se puede atribuir mientras dure la custodia (art. 234-11.3 CCC).

La prestación alimentaria puede establecerse en forma de capital o en forma de pensión (art. 234-11.1 CCC). Si no hay acuerdo, el juez decidirá según la misma ratio que la del art. 233-17 CCC, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la composición del patrimonio y los recursos económicos del cónyuge deudor.

En cuanto a su renunciabilidad, el art. 234-10.2 CCC señala que solo podrán renunciarse si han sido incorporados a una propuesta de convenio presentada de acuerdo con el art. 234-6 CCC. Ello está de acuerdo con su naturaleza y con el art. 237-12 CCC. En cuanto a su modificación cuando se estipule en forma de pensión, se estará a los mismos criterios que los del art. 233-18 CCC y en cuanto a los de extinción, a los criterios del art. 233-19 CCC.

Tal y como sucede con la compensación por razón del trabajo, la prestación alimentaria se debe solicitar en el plazo de un año desde que se extingue la pareja estable y se deben reclamar, si es el caso, en el mismo procedimiento donde se determinan los otros efectos de la extinción de la pareja.

Finalmente, por lo que se refiere a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, solo el art. 240-7 CCC hace referencia a una institución parecida a la

157. Parece que el CCC toma partido por el carácter alimentario de esta prestación, dada la discusión doctrinal al respecto, que también la había catalogado en la LUEP como mixta o compensatoria (LÓPEZ JIMÉNEZ, *Prestaciones económicas...*, pp. 150 y 151).

158. *Vid. supra* la interpretación.

prestación compensatoria. Se trata de la pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes que mantenía total o parcialmente a otros convivientes durante el año previo a la defunción y que no tienen recursos suficientes para mantenerse. En este caso, estos tienen derecho a una pensión alimentaria por un período máximo de tres años, cuya cuantía se fijará teniendo en cuenta el coste del mantenimiento, el tiempo que fueron mantenidos y el caudal relicto. Si se capitaliza, existen límites respecto al valor de la herencia (art. 240-7.3 CCC). Las causas de extinción o de no nacimiento se encuentran en el art. 240-7.4 CCC y su reclamación debe efectuarse en un año desde la extinción de la relación de convivencia.

4. Conclusiones

En cuanto a la compensación por razón del trabajo:

1. El CCC altera, en mayor o menor medida, todos los requisitos de la compensación por razón del trabajo que había marcado reiteradamente el TSJC desde que entró en vigor el art. 41 CF, lo que provoca una modificación sustancial tanto de la naturaleza –aproximándolo al régimen de participación– como del funcionamiento –requisitos, cálculo de la compensación, etc.– de la institución. Ello queda resumido en la siguiente tabla:

Jurisprudencia del TSJC (ejemplo, STSJC de 7 de julio de 2008)	Art. 232-5 CCC
Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio	Que se dé <i>cualquier supuesto</i> que extinga el matrimonio o la convivencia, incluso la muerte del cónyuge fuerte
Que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente	Que uno de los cónyuges se haya dedicado <i>sustancialmente</i> más que el otro al hogar o haya trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración <i>insuficiente</i>
Que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges	Que en el momento de la disolución del régimen o del cese efectivo de la convivencia, un cónyuge haya obtenido un <i>incremento patrimonial</i> superior de acuerdo con las reglas del art. 232-6 CCC, unas <i>reglas de cálculo</i> muy parecidas a las del régimen de participación en las ganancias (arts. 232-19 y 232-20 CCC)
Que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto	El enriquecimiento injusto se presume <i>iuris et de iure</i> si el cónyuge débil se ha dedicado <i>sustancialmente</i> más a la casa o si ha trabajado para el otro sin remuneración o con remuneración <i>insuficiente</i>

2. La dedicación «sustancialmente» mayor a la casa de uno de los cónyuges, añade un plus de incertidumbre a la compensación por razón del trabajo, dado que deberán entrar ahora en juego factores (que deberán probarse adecuadamente, especialmente por el cónyuge acreedor según el art. 217 LEC) cuantitativos —más tiempo— y cualitativos —de mayor dificultad o dureza— para determinar tal sustancialidad, creando dudas sobre cuál va a ser la consecuencia de ello. Así, deberá determinarse si cualquier dedicación mayor ya es sustancialmente más o no si ambos trabajan fuera o cómo se van a tener en cuenta factores correctivos como la mayor contribución económica al hogar del cónyuge que ha trabajado menos para la casa, según hemos expuesto a lo largo del trabajo. Más que la dedicación «sustancialmente mayor» es la contribución «notablemente superior» del art. 232-5.4 CCC, que la jurisprudencia deberá definir y cuantificar en aras de la seguridad jurídica para poder diferenciarla de la primera y poder superar así el 25% de la diferencia de incrementos patrimoniales para otorgar la compensación por razón del trabajo.

3. Que, dado que el CCC prima la idea de desigualdad de incrementos patrimoniales a la de enriquecimiento injusto (que ahora se presume *iuris et de iure*), es consecuente en relación a la cuantía que deberá satisfacerse como compensación por razón del trabajo, porque esta será una participación en el incremento patrimonial del cónyuge fuerte y no consistirá en determinar cuál ha sido la cuantía del enriquecimiento injusto. Esto último es lo que sucedía con el art. 41 CF, el cual pretendía facilitar la reclamación de una deuda entre los cónyuges fundamentándolo en la sobrecontribución que uno de ellos ha realizado y de la cual el otro se ha aprovechado (valor de la correlación entre enriquecimiento de uno y empobrecimiento del otro), casando perfectamente con el régimen de separación de bienes¹⁵⁹. En cambio, con la nueva previsión legal en el CCC, la desigualdad de incrementos se convierte, pues, en el fundamento para la compensación y origina un derecho a participar en las ganancias, en la línea de una parte del art. 14 Resolución 37/78 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa («fair share in the property of his former spouse»), aunque ello va en contra la naturaleza definidora del régimen de separación de bienes que en ningún caso pretende igualar patrimonios¹⁶⁰ o permitir participar en las ganancias del otro.

4. La subsunción del enriquecimiento injusto en la desigualdad de incrementos patrimoniales (como lo demuestra que deben detraerse de los incrementos lo recibido a título gratuito, en tanto que ello seguro que no ha

159. SOLÉ RESINA, J., «La compensació econòmica per raó del treball en el règim de separació de bens», *RJC*, 2001, 3, p.43.

160. SAP Barcelona de 16 de marzo de 1998 (AC\1998\4030).

causado un enriquecimiento por la dedicación desinteresada del otro; por eso no es compensable, art. 232-6.1 CCC) causa una serie de desajustes: no siempre que uno tiene mayor incremento patrimonial que el otro por razón del matrimonio es porque este se ha dedicado sustancialmente más a la casa; y, queda la duda de cuál es la causa de compensación en caso de muerte del cónyuge fuerte, dado que no puede ser el enriquecimiento injusto (era de esperar por el débil que el matrimonio acabase así, de manera que el otro no se ha enriquecido a su costa porque no se ha visto defraudado, sino que ha sido su manera de contribuir al matrimonio) ni tampoco se ajusta exactamente el de revocación por pobreza.

5. En cuanto al cálculo, la preeminencia del criterio de la descompensación de incrementos patrimoniales constante matrimonio y la desaparición del enriquecimiento injusto como condicionante de la concesión (presupuesto ya *iuris et de iure*) implican que el cálculo de la compensación se realice fijando un máximo de participación en las ganancias del cónyuge fuerte, que se sitúa en el 25% de ellas, aunque pactable en contrario y superable en caso de contribución «notablemente superior» del cónyuge débil. En consecuencia todas las reglas de cálculo del art. 232-6 CCC tienden a determinar las ganancias reales de uno y de otro, lo que entronca con la resistencia del TSJC a que se le fijaran criterios cuantificadores estándar, en tanto que los había considerado «encorsetadores». Entre los criterios se echa en falta el tener en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar (no tiene el mismo valor gravada con él que sin él, lo que debería tenerse en cuenta para valorar la posible ganancia que uno ha obtenido con ella). En cambio, correctamente se incorporan en el cálculo las atribuciones que constante matrimonio se han hecho los cónyuges, que se imputan al pago de la posible compensación al final. Otras cuestiones no quedan resueltas: ¿es el incremento del patrimonio intelectual no alimentario del cónyuge débil sufragado por el cónyuge fuerte un «excedente acumulable» como requiere la Exposición de Motivos? ¿Pueden las atribuciones del fuerte al débil constante matrimonio invertir los papeles del cálculo final de las ganancias obtenidas por cada uno de ellos? ¿Por qué existen diferencias entre el cálculo de las ganancias en la compensación por razón del trabajo con el cálculo del régimen de participación que no tienen fundamento, como el hecho de no excluirse del concepto de ganancias en la primera las donaciones realizadas por el cónyuge fuerte con el consentimiento del débil constante matrimonio o no computarse el incremento como consecuencia de compras con pacto de supervivencia?

6. Es un acierto que en la DA 3.^a CCC se den reglas procesales en relación a dos cuestiones claves para el régimen de separación de bienes, como son la división por lotes de bienes en proindiviso y el cómputo de la compensación por razón del trabajo.

7. Mientras que para las parejas estables se prevé una compensación por razón del trabajo equivalente a la de los matrimonios —siguiendo la línea del CF—, desaparece en el CCC para las relaciones convivenciales de ayuda mutua, aunque libremente pueden pactarla sus miembros.

Y en cuanto a la prestación compensatoria:

8. Su nueva regulación en el CCC aún deja lugar a dudas sobre su naturaleza jurídica que, en parte, es de carácter alimentario —en aquello necesario para el sustento del cónyuge débil— (arts. 233-16.2 y 233-2 CCC), manteniendo su principal función reequilibradora. El legislador catalán, en cualquier caso, sigue descartando cualquier baremación de la prestación compensatoria ni parte del principio de autosuficiencia de los cónyuges tras la crisis matrimonial del §1569 BGB.

9. Las dos grandes novedades en el ámbito de la prestación compensatoria, no obstante, se centran en el pago. Por una parte, el cambio de denominación de «pensión» a «prestación» compensatoria trasciende el mero cambio nominativo, dado que el legislador catalán en el art. 233-17 CCC presenta ahora dos auténticas alternativas para el pago de la prestación: en forma de capital o en forma de pensión. La forma podrán pactarla las partes y, en defecto de acuerdo, decidirá la autoridad judicial con base en criterios no estipulados en el CCC. La diferencia entre un sistema u otro radica en que al sistema de pago en capital en 3 años no le pueden afectar las causas de extinción del art. 233-19 CCC, de manera que, si se ha pactado así, la prestación deberá satisfacerse igual, independientemente de si el cónyuge acreedor se ha casado o vive en pareja o, incluso, si ha fallecido, que son naturalmente causas de extinción para el caso de la pensión y que, a expensas de su aplicación, puede ser una causa de desnaturalización de la institución (de hecho, no hay causa para reequilibrar si el cónyuge acreedor ha rehecho su vida o ha fallecido); podría plantearse que, de reclamarse en estos términos, pudiese exceptuarse abuso de derecho (art. 111-7 CCC). Y la segunda novedad hace referencia a la preferencia del legislador catalán por la limitación temporal de la prestación, dejando su estipulación por tiempo indefinido para causas excepcionales.

10. Y, en cuanto a instituciones análogas para las parejas estables y las relaciones convivenciales de ayuda mutua, se sigue la línea del derecho vigente hasta el momento, en tanto que para las primeras se prevé solamente una prestación alimentaria con limitación temporal y que es también capitalizable; y, en cuanto a las segundas, solo se prevé en el art. 240-7 CCC una pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes que al menos durante el año inmediatamente anterior a la defunción mantenía a otros convivientes, con duración limitada a 3 años y también capitalizable.

5. Bibliografía

- BADOSA COLL, F., «Puesta al día de notas. §81», en ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., «Tratado de Derecho Civil. Derecho de sucesiones», t. V, Barcelona, 1976, Ed. Bosch.
- BOSCH CAPDEVILA, E., «La compensación económica por razón de trabajo (Comentario a la Sentencia 8/2000, de 27 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *Carta Civil*, n.º 9, julio de 2000).
- BOSCH CAPDEVILA, E., *La compensación económica por razón del trabajo*, inédito, 2006.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E., «Separació de béns o participació: comentari a l'article 23 de a Compilació», discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *RJC*, 1998-IV, pp. 665-696.
- BRUNET, I., VALLS, F., BELZUNEGUI, A., «Pobresa femenina: pobresa amagada? Una anàlisi del risc de pobresa per raó de gènere en diferents períodes del cicle vital», *Revista Internacional de Organitzacions*, n.º 3, diciembre de 2009.
- CASAS VALLÈS, R., y MIRALLES GONZÁLEZ, I., *Nota sobre la propuesta de regulación de la «compensación por razón del trabajo en el régimen de separación»*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya 02113/18-12-2006/037223, 31 de octubre de 2005.
- COUNCIL OF EUROPE-COMMITTEE OF MINISTERS, *On Equality of Spouses in Civil Law*, adoptado el 27 de septiembre de 1978, en el 292 encuentro. Puede hallarse en <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=596422&SecMode=1&DocId=662346&Usage=2>> (fecha de consulta 1 de marzo de 2010).
- ESPIAU ESPIAU, S., «Comentario al art. 452-1 CCC», en EGEA, J., y FERRER, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya*, Barcelona, 2009, Ed. Atelier.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals*, Barcelona, 2005, Ed. Atelier.
- GETE-ALONSO, M. del C., «La compensación económica derivada de la liquidación del régimen de bienes de separación (art. 23 CDCC)», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996, n.º 139.
- INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*, 2009, <www.ipfe.org> (fecha de consulta 25 de febrero de 2010).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadística de la Enseñanza Universitaria en España. Curso 2007/2008*, «Notas de prensa», 27 de mayo de 2009, <www.ine.es>.
- JOU MIRABENT, L., «Comentari a l'article 23 de la Compilació», en CASANOVAS MUSSONS, A., EGEA FERNÁNDEZ, J., GETE-ALONSO, M. del C., y MIRAMBELL ABANCÓ, A., *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 1995, pp. 197-206.

- LACASA, J. M., «El fracaso escolar se expande por el nordeste de España en cinco años», *Magisnet*, disponible en <<http://www.magisnet.com/noticia.asp?ref=4842>> (consulta el 19 de febrero de 2010).
- LAMARCA I MARQUÈS, A., «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó del treball. Comentari a la STSJC de 21-10-2002», *InDret*, enero 2003-2 (<www.indret.com>).
- LLAMAS POMBO, E., «Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión», en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, 2009, Ed. La Ley.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J., «La Ley catalana de uniones estables de pareja», *RJC*, vol. 98, n.º 3, 1999.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson-Aranzadi, pp. 142 a 150.
- MARUANI, M., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, Barcelona, 2000, Ed. Icaria.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa, «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», *Revista de derecho de familia*, n.º 44, septiembre de 2009.
- NASARRE AZNAR, S., «Comentario a los artículos 122-2, 122-3 y 122-5 de la Ley del Código Civil de Cataluña, sobre caducidad», en LAMARCA I MARQUÈS, A., y VAQUER ALOY, A. (coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005.
- NASARRE-AZNAR, S., «Law of Torts-Spain», *International Encyclopedia of Law* (Tort law-Suppl. 17), Kluwer Law International, La Haya, 2008.
- NASARRE AZNAR, S., «La divisió dels béns en pro-indivís en el règim de separació de béns de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 10, 2009.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «Article 41», en EGEA, J., y FERRER, J. (dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de sistuacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pp. 231 a 261.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., *Memòria justificativa del director general de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia*, documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya 00095/18-12-2006/037223, 10 de julio de 2008.
- PARA MARTÍN, «El derecho de compensación económica por razón del trabajo», *RJC*, 1999-II, pp. 313 a 350.
- PARRA RODRIGUES, C., *Relación entre el divorcio y la prestación alimenticia (desde ahora PA)*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya, 02262/18-12-2006/037223.
- PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRIAS, E., *La compensació econòmica per raó del treball: aspectes problemàtics*, documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya, 02991/18-12-2006/037223.

- RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, C., «Las «Tablas de Düsseldorf»: el sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-184, t. 6.
- SCHWAB, D., *Familienrecht*, 17 Aufl, Verlag CH. Beck, München, 2009.
- SELVA MASOLIVER, M. (ICD), *Informe interdepartamental d'impacte de gènere emès per l'Institut Català de les Dones*, Documento anexo a la tramitación parlamentaria del CCC 2009, Registro General del Parlament de Catalunya 00568/18-12-2006/037223, 1 de octubre de 2008.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, *Series anuales (2002-2010). Paro registrado por sectores y Paro registrado por sexo y edad*, disponible en <http://www.sepe.es/contenidos/cifras/datos_avance/paro/index.html>, consultado el 19 de febrero de 2010.
- SOLÉ I FELIU, J., «La compensació econòmica per raó del treball de l'article 41 del nou Codi de Família de Catalunya», *La Llei de Catalunya i Balears*, n.º 231, noviembre de 1999.
- SOLÉ RESINA, J., «La compensació econòmica per raó del treball en el règim de separació de bens», *RJC*, 2001, 3, pp. 33 a 61.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.ª edic., Valladolid, 2003, Ed. Lex Nova.