

TESIS DE LA UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

2024 117

María Jesús Martínez Moreno

Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial

Director/es
Herrero Perezagua, Juan Francisco

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

ISSN 2254-7606



Premsas de la Universidad
Universidad Zaragoza



Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

**ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACIÓN
DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL**

Autor

María Jesús Martínez Moreno

Director/es

Herrero Perezagua, Juan Francisco

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2023

TESIS DOCTORAL



ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

M.^a Jesús Martínez Moreno

Director:

Dr. Juan F. Herrero Perezagua



Facultad de Derecho, noviembre de 2022

ÍNDICE

	páginas
Abreviaturas.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN. DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL.....	15
1.- INTRODUCCIÓN.....	17
2.- ASPECTOS SUSTANTIVOS. RELACIÓN DE RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES.....	19
2.1.- LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	22
2.2.- EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.....	27
2.3.- EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN.....	28
3.- REGULACIÓN PROCESAL DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	29
3.1.- RÉGIMENES MATRIMONIALES A LOS QUE RESULTA APLICABLE.....	30
3.2.- EXISTENCIA DE UNA MASA COMÚN DE BIENES Y DERECHOS SUJETA A CARGAS Y OBLIGACIONES.....	38
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.....	43
1.- INTRODUCCIÓN.....	45
2.- ¿ES JURISDICCIONAL EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL REGULADO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL?.....	53
2.1.- ¿ES LA FASE DE INVENTARIO UN PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN?.....	53
2.2.- ¿TIENE NATURALEZA JURISDICCIONAL LA FASE DE INVENTARIO CUANDO NO EXISTE INTERVENCIÓN DEL JUEZ?.....	59
2.3.- ¿ES LA FASE DE INVENTARIO JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O JURISDICCIÓN CONTENCIOSA?.....	61
A) INTRODUCCIÓN.....	61
B) SITUACIÓN ACTUAL.....	67
C) LA FORMACIÓN DE INVENTARIO Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	75
D) CONCLUSIÓN FINAL.....	77
CAPÍTULO III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	87
1.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	89
1.1.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	90
A) REGLAMENTO 2016/1103.....	93
B) REGLAMENTO 2016/1104.....	107
C) SUPUESTOS EN LOS QUE NO RESULTA APLICABLE EL DERECHO COMUNITARIO.....	108

1.2.- LEGISLACIÓN INTERNA	109
A) SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA —Art. 22 bis LOPJ—	112
B) DOMICILIO DEL DEMANDADO —Art. 22 Ter LOPJ—	114
C) RÉGIMEN SUBSIDIARIO —Art. 22 <i>quater</i> LOPJ—	114
2.- COMPETENCIA	115
2.1.- COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE ESTÉ CONOCIENDO O HAYA CONOCIDO O HUBIERE TENIDO LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO ..	116
A) SITUACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	117
B) SITUACIÓN ACTUAL. LA «PERPETUATIO IURISDICTIONIS» Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER	119
C) LA COMPETENCIA EN CASO DE CAMBIO DE RESIDENCIA	134
2.2.- COMPETENCIA DEL JUZGADO ANTE EL QUE SE SIGAN O SE HAYAN SEGUIDO LAS ACTUACIONES SOBRE DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL POR ALGUNA DE LAS CAUSAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.....	135
A) COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO	141
B) SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 1373 CC.	144
C) DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DERIVADA DEL HECHO DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES	146
D) CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL CONSENSUADO	146
E) CUESTIONES SOBRE COMPETENCIA TERRITORIAL.....	147
F) ADJUDICACIONES INDIVISAS.....	148
 CAPÍTULO IV. LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN. POSTULACIÓN Y DEFENSA.....	151
1.- LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y LEGITIMACIÓN.....	153
1.1.-INTRODUCCIÓN	153
A) NATURALEZA JURÍDICO-MATERIAL DE LA LEGITIMACIÓN.....	154
B) NATURALEZA JURÍDICO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN	156
C) LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN	162
1.2.- LEGITIMACIÓN DE LOS HEREDEROS DEL CÓNYUGE FALLECIDO	170
A) SITUACIÓN EXISTENTE ANTES DE LA LO 2/2022, DE 21 DE MARZO	171
B) SITUACIÓN TRAS LA LO 2/2022, DE 21 DE MARZO	184
1.3.- LEGITIMACIÓN DE LOS ACREEDORES.....	186
1.4.- LEGITIMACIÓN DEL ALBACEA Y DEL CONTADOR-PARTIDOR NOMBRADOS EN TESTAMENTO POR EL CÓNYUGE FALLECIDO	197
1.5.- LEGITIMACIÓN EN CASO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD	205
1.6.- LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	210
1.7.- LEGITIMACIÓN DE UN MIEMBRO DE UNA PAREJA DE HECHO	214

2.- POSTULACIÓN Y DEFENSA	216
2.1.- POSTULACIÓN	216
2.2.- DEFENSA.....	223
CAPÍTULO V. LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. INVENTARIO Y LIQUIDACIÓN.....	227
1.- INTRODUCCIÓN.....	229
2.- LAS CAUSAS DE LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.....	235
3.- INVENTARIO.....	241
3.1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL INVENTARIO QUE REGULAN LOS ARTÍCULOS 808 Y 809 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	245
3.2.- INICIO DEL PROCESO DE INVENTARIO. NECESIDAD U OPORTUNIDAD..	249
3.3.- EL INVENTARIO DEL ARTÍCULO 808 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y EL DEL ARTÍCULO 1394 DEL CÓDIGO CIVIL	256
3.4.- LA COMPARECENCIA ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	266
A) INTERVENCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMPARECENCIA PARA LA FORMACIÓN DE INVENTARIO	267
B) INTERVENCIÓN DE LOS CÓNYUGES EN LA COMPARECENCIA PARA LA FORMACIÓN DE INVENTARIO. EXIGENCIA DE COMPARECENCIA PERSONAL.....	278
C) CONTENIDO DEL INVENTARIO	280
D) CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA COMPARECENCIA DEL CÓNYUGE NO PETICIONARIO PARA OPONERSE	284
E) PLAZO PARA LA CELEBRACIÓN DE LA COMPARECENCIA	284
3.5.- JUICIO VERBAL Y SENTENCIA	285
4.- LIQUIDACIÓN	286
4.1.- EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN.....	286
4.2.- ESPECIAL REFERENCIA AL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR Y DE PERITOS.....	297
A) NOMBRAMIENTO DE CONTADOR.....	297
B) DESIGNACIÓN DE PERITO.....	300
C) RECUSACIÓN Y PROVISIÓN DE FONDOS	301
D) EJERCICIO DEL CARGO POR EL CONTADOR Y POR LOS PERITOS...	305
4.3.- APROBACIÓN DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS	310
4.4.- SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 1373 DEL CÓDIGO CIVIL	314
CONCLUSIONES	321
BIBLIOGRAFÍA.....	327

Abreviaturas

ALCP	Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental
AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJA	Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
JUR	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
LAPD	Ley de Apoyo a Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
p/pp	página/páginas
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RH	Reglamento Hipotecario
RJ	Repertorio jurisprudencial (Aranzadi)
ss	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TC	Tribunal Constitucional
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La historia de la institución matrimonial pone de manifiesto que desde siempre el matrimonio ha generado unas relaciones con consecuencias jurídicas que se proyectan tanto en el ámbito personal como en la esfera patrimonial de los cónyuges¹. Desde el mismo momento de su celebración, el matrimonio va a incidir decisivamente en la esfera jurídica de los contrayentes. Junto a la comunidad de vida, personal, espiritual y afectiva que se crea, el matrimonio supone también una cooperación económica y patrimonial entre los cónyuges, lo que imprime un carácter societario a la institución. Junto a la «sociedad de afectos», aparece inevitablemente una «sociedad de bienes» destinada a satisfacer las necesidades familiares. Hasta tal punto es importante el aspecto patrimonial del matrimonio que no se concibe un matrimonio sin que exista un mínimo reducto económico destinado a dar cobijo a esas necesidades. Podemos afirmar, por ello, que el aspecto patrimonial se alza como uno de los elementos esenciales de la institución matrimonial.

La mayor o menor incidencia que el matrimonio va a tener en la esfera patrimonial de cada uno de los cónyuges dependerá de cuál sea el régimen económico que lo discipline. Tal régimen económico vendrá determinado por la voluntad de los cónyuges, quienes podrán guardar silencio, en cuyo caso se les

¹ En este sentido, tanto en el Derecho Romano como en los ordenamientos germanos y en nuestro Derecho histórico, el matrimonio de manera constante ha llevado indefectiblemente inherente una cierta organización patrimonial, esto es, un régimen económico configurado para la atención de las necesidades familiares. CUADRADO PÉREZ, C., 2011, p. 69.

aplicará el régimen legal supletorio; elegir uno de los que la ley les ofrece; o incluso establecer uno a su medida. También podrán modificarlo a lo largo de la vida matrimonial. Por ello, la segunda afirmación que podemos hacer es que la autonomía de la voluntad impera a la hora de establecer la norma que va a regir los aspectos patrimoniales del matrimonio.

En muchas ocasiones, ocurrirá que los esposos decidirán poner fin a un régimen económico para establecer otro, o que el vínculo personal y afectivo se rompa y genere una crisis matrimonial que en muchos casos irá acompañada de una confrontación de intereses económicos, lo que desencadenará el conflicto en no pocas ocasiones. También aquí los cónyuges gozan de autonomía para solventar las discrepancias que surjan en el ámbito económico, pero, si ello no es posible, el conflicto deriva en litigiosidad, que necesariamente ha de solventarse a través del procedimiento articulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Destacamos así un tercer aspecto básico del tema a tratar, que es el carácter subsidiario de la regulación procesal. Es precisamente esa litigiosidad que generan los aspectos económicos y patrimoniales del matrimonio —tanto cuando existe un cambio de régimen económico como cuando se produce una ruptura matrimonial— la que constituye nuestro objeto de estudio.

No causa extrañeza que la liquidación del régimen económico matrimonial sea fuente de conflictos, pues durante su vigencia pueden coexistir los patrimonios privativos de cada cónyuge con un patrimonio común, produciéndose un entramado de relaciones y trasvases de bienes, derechos, cargas, deudas, etc., de un patrimonio a otro u otros que puede adquirir gran complejidad y que es necesario clarificar cuando la convivencia se rompe, o cuando los cónyuges deciden poner fin a un régimen económico y establecer otro, o en fin, cuando el juez decide la disolución del régimen económico matrimonial en los supuestos que la ley establece. Es ese el momento en el que se debe dar respuesta a situaciones o relaciones que se han ido gestando a lo largo de muchos años sin

un encuadre jurídico concreto, siendo el momento de la liquidación cuando reclaman por primera vez una calificación jurídica, como presupuesto previo a la solución que se adopte.

Esta tarea exige en muchos casos retroceder en el tiempo e indagar en el pasado de los cónyuges para reconstruir los aspectos económicos de su vida en común, en un momento en que esta puede que ya no exista.

Por todo ello, el Derecho debe articular las normas sustantivas y procesales que resuelvan los conflictos derivados de esa dimensión patrimonial del matrimonio; y tal regulación es necesaria en cualquiera de las tres situaciones que pueden conducir a la liquidación del régimen económico matrimonial, a saber: en primer lugar, en los casos de ruptura matrimonial y de la consecuente quiebra patrimonial entre los cónyuges; en segundo lugar, en aquellos otros en los que la convivencia continúa, pero los cónyuges han decidido liquidar el régimen vigente y establecer otro para el futuro; y finalmente, habrá que dar también respuesta a las situaciones en las que es el juez quien acuerda la disolución del régimen económico matrimonial en los supuestos que la ley establece.

La norma sustantiva está contenida en el Código Civil y en las legislaciones forales, como veremos más adelante, si bien la mención será sucinta ya que nuestro objeto de estudio son esencialmente los aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial, de competencia estatal conforme a lo previsto en el art. 149.1.6^a de la Constitución Española.

Desde el punto de vista procesal, la ya citada LEC regula *ex novo* el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, dentro de los procesos especiales² a los que se dedica el Libro IV, cuyo Título primero lo dedica a los

² Señala la doctrina que la especialidad del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial que regulan los artículos 806 y ss. de la LEC viene motivada por las limitaciones en cuanto al objeto procesal, pues desde un punto de vista positivo, se tramitarán por este cauce procesal solamente las pretensiones liquidatorias referidas a regímenes

procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores; y el Título segundo regula concretamente la división judicial de patrimonios, estructurado en dos capítulos. El capítulo primero está dedicado a la división de la masa hereditaria y el segundo a la liquidación del régimen económico matrimonial.

Si bien la Exposición de Motivos³ LEC anticipa la pretensión de simplicidad y claridad que ha guiado al legislador al regular estos procesos especiales, la realidad práctica diaria muestra más bien su complejidad jurídica y procesal.

Ciertamente la nueva regulación ha venido a resolver algunos problemas prácticos que existían bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (cuestiones de competencia, fin de la dispersión procedimental...)⁴, pues esta

económico matrimoniales comunitarios; y desde el punto de vista negativo quedan excluidas otras peticiones que si bien están relacionadas con el régimen económico matrimonial, son accesorias a él y deben tramitarse por el procedimiento declarativo ordinario (por ejemplo, las relativas a las divergencias entre los cónyuges sobre cuál sea el régimen económico aplicable a su matrimonio o las referidas a la posible invalidez de las capitulaciones matrimoniales en las que se pactan un régimen concreto). En este sentido ESCALADA LÓPEZ, M. L. Y PÉREZ GIL, J., 2019, p. 360. A ello cabe añadir que, precisamente derivado de tal delimitación del objeto procesal, la especialidad del procedimiento abarca también a otras cuestiones procesales, como la legitimación —de la que carecen, por ejemplo, los acreedores tanto de la sociedad conyugal como de cada uno de los cónyuges—, tema que abordaremos en el Capítulo IV.

³ «Para la división judicial de la herencia diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881. Junto a este procedimiento, se regula otro específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación judicial del régimen económico matrimonial, con el que se da respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se ha puesto reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente» (Exposición de Motivos LEC, apartado XIX).

⁴ La doctrina se hizo eco de los problemas prácticos que generaba la aplicación de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido BELLIDO PENADÉS, R., 2000, pp. 1318 a 1326 y REBOLLEDO VARELA, A. L., 1998, pp.153-181.

La LEC de 1881 no regulaba un procedimiento específico para llevar a cabo la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que podría pensarse que ese vacío normativo no obedeció a un olvido, sino que fue querido por el legislador que optó por la aplicación de las normas procesales del procedimiento declarativo que correspondiese por razón de la cuantía. Sin embargo, el art. 1410 CC introduce la duda al establecer que «en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas de tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicación a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia». Cabía preguntarse si esta remisión lo era únicamente a los preceptos sustantivos reguladores de la división hereditaria —arts. 1051 y ss. CC— o si había de extenderse también a las normas procesales (juicio voluntario de testamentaria), contenidas en la LEC — a la que a su vez remitía el art. 1059 CC—.

no contenía una regulación procesal específica para llevar a cabo la liquidación del régimen económico matrimonial, a la que se le aplicaba la normativa relativa al juicio de testamentaría.

Algunos autores⁵ consideran resuelto el problema competencial anterior, pues con la nueva ley resulta incuestionable que debe aplicarse el procedimiento específico de división patrimonial y que este ha de ser tramitado por el juez que fue competente para decretar la disolución del régimen económico. Ortuño Muñoz entiende que el legislador ha pretendido implantar un procedimiento basado en los principios de agilidad y eficacia ante la necesidad de garantizar la estabilidad económica de los cónyuges y de dar una pronta solución a las discrepancias que puedan surgir entre ellos. Dicho autor afirmaba, cuando la nueva ley procesal comenzaba su andadura, que el procedimiento especial que instauraba la LEC ofrecía una vía versátil y más idónea que el juicio ordinario⁶.

Sin embargo, pronto se manifestaron las deficiencias de la nueva regulación⁷ y la aplicación práctica a lo largo de más de 20 años ha evidenciado que también

Se discutía también si la liquidación del régimen económico matrimonial debía ventilarse en un procedimiento declarativo autónomo o bien debería resolverse en un incidente de ejecución de sentencia por imperativo del artículo 91 del CC. Estas discrepancias dieron lugar a un peregrinaje judicial de los interesados, pues después de instar la partición en la fase de ejecución del procedimiento matrimonial, el juez remitía la discusión del asunto al juicio declarativo que correspondiera en aplicación del artículo 1088 de la LEC de 1881.

Pero las discrepancias no acaban ahí, pues el problema procedimental derivó en un problema competencial entre los juzgados de familia y los juzgados de primera instancia, cuyo origen hay que situarlo en el artículo 95 del CC y que quedó reflejado en la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo. El Alto Tribunal en un primer momento consideró que el citado artículo, al establecer que la sentencia firme producirá la disolución del régimen matrimonial, no puede ser interpretado en el sentido de atribución de competencia sobre la liquidación del régimen económico matrimonial a los juzgados de Familia que hayan dictado la sentencia en el procedimiento matrimonial. Sin embargo, el Tribunal Supremo en una segunda etapa mantuvo la doctrina contraria al entender que la liquidación del régimen económico matrimonial, en cuanto consecuencia de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, ha de tramitarse en ejecución de dicha sentencia, por lo que la competencia correspondería al juzgado de Primera Instancia o de Familia que la dictó.

⁵ REBOLLEDO VARELA, A. L. AC, 1998, pp. 13 y ss.

⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., 2001, pp. 3766 y 3769.

⁷ REYES GALLUR, J. J., 2012, pp. 43 y 44.

adolesce de imperfecciones, pues al querer aglutinar en un único cauce procesal la gran diversidad de situaciones que pueden plantearse a la hora de dividir un patrimonio común, ha generado nuevos problemas a los que tanto la jurisprudencia como la doctrina intentan dar una solución.

En efecto, si bien parece que la nueva ley procesal ha venido a clarificar la situación, pues determina el juez competente y el procedimiento especial a seguir, lo cierto es que siguen planteándose numerosas dudas y problemas prácticos.

El primer escollo aparece a la hora de determinar la naturaleza jurídica del procedimiento de liquidación, pues cabe cuestionarse si es o no jurisdiccional a la vista de la forma en que se inicia, de las posiciones que ocupan las partes y del órgano interviniente (juez o letrado de la Administración de Justicia).

Otros problemas derivan de la complejidad del procedimiento. Así, una vez agotado el procedimiento de liquidación que regulan los artículos 806 y ss. de la LEC, es posible que los cónyuges no estén de acuerdo con la división practicada y se vean abocados a un juicio verbal, por remisión del artículo 810.5 al artículo 787.5, ambos de la LEC. La sentencia que recaiga en dicho juicio verbal no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que se remite a los interesados al juicio ordinario que corresponda⁸. La complejidad, la carestía y la duración del procedimiento

⁸ Las consecuencias de esta regulación a efectos casacionales se han puesto de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Auto de 19 de septiembre de 2006 [JUR 2006/234693] inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento incidental (juicio declarativo de menor cuantía conforme a la anterior LEC) de oposición a la partición practicada, por no ser una sentencia dictada en segunda instancia, tal como exige el artículo 477.2 de la LEC: «[...] la Sentencia recurrida carece de la condición de "Sentencia dictada en segunda instancia", y ello porque la propia LECiv/2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente; recordemos en este punto que, por remisión del art. 1310 del CC, el antiguo art. 1088 de la LECiv de 1881, establecía, en el caso de oposición al cuaderno particional, que se diera al asunto "la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda"[...] de cuanto deriva claramente que, en el caso examinado, a pesar de

desalientan tanto a justiciables como a profesionales, lo que lleva en muchas ocasiones a forzar pactos que realmente no constituyen una verdadera expresión de un acuerdo de voluntades asentado en una distribución consensuada y equilibrada del patrimonio, sino que se trata de no prolongar más una situación de indivisión que además de generar más tensión y conflictividad, conlleva un coste económico que resulta insoportable para muchas economías modestas. No es infrecuente que ante la terquedad de una parte se imponga la sensatez de la otra que fuerza el acuerdo, aun a costa de sus intereses económicos. Y no podemos olvidar al órgano jurisdiccional, para el que los procedimientos del art. 806 y ss. LEC representan un rendimiento estadístico insignificante y absolutamente desproporcionado a la complejidad técnica y a la dedicación que exigen.

También analizaremos los diferentes criterios de nuestros tribunales en torno al ámbito de aplicación del procedimiento regulado en los artículos 806 y ss. de la LEC, negando o admitiendo su aplicación, por ejemplo, en el caso de que el régimen económico matrimonial a liquidar sea el de separación de bienes.

Finalmente, no podemos concluir esta introducción sin hacer referencia a los cambios legislativos más recientes y a los que, *de lege ferenda*, puedan producirse.

haberse tramitado el pleito del que trae causa la Sentencia [...] por el cauce del juicio de menor cuantía, nos hallamos ante un procedimiento de naturaleza incidental de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación [...]. Así pues, no teniendo la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia, tiene cerrado el acceso al recurso de casación. Este criterio, y la decisión que ahora se adopta, resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala[...] en recurso 1318/2002, en autos de menor cuantía sobre impugnación de cuaderno particional elaborado por contador dirimente en una liquidación de sociedad de gananciales promovida en un procedimiento de divorcio, de 8 de julio de 2003 [RJ 2003, 5935] y 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 8445], en recursos 466/2003 y 708/2003, en incidente sobre inadmisión o exclusión de bienes en liquidación de sociedad de gananciales, de 31 de julio de 2003 [RJ 2003, 8445], en recurso 787/2003, en incidente sobre inadmisión o exclusión de bienes en liquidación de sociedad de gananciales de 31 de julio de 2003 [RJ 2003, 7261]...».

Por un lado hay que destacar que los procesos que estudiamos se han visto notablemente afectados por reformas procesales⁹, que ha venido a ampliar las funciones de los letrados de la Administración de Justicia y a introducir importantes cambios en esta materia.

Por otro lado, haremos breves referencias al Anteproyecto de Ley sobre la Corresponsabilidad Parental (en adelante ALCP) que el Consejo de Ministros aprobó con fecha 19 de julio de 2013¹⁰. Dicho Anteproyecto modificaba el CC y la LEC en el ámbito del Derecho de Familia, por lo que en el caso de que llegase a convertirse en norma de nuestro ordenamiento jurídico, introduciría importantes novedades en el procedimiento que estudiamos, ya que daría nueva redacción a los artículos 807 a 811 de la Ley Procesal Civil. Entre ellas destacamos que se verían aún más reforzadas las funciones del letrado de la Administración de Justicia, pues las modificaciones introducidas en el art. 809 le atribuirían nuevos cometidos, tales como acordar la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial y ordenar la apertura de una pieza separada para la formación de inventario y la liquidación. Sin entrar en mayores consideraciones, anticipamos ahora que algunos aspectos de la reforma que contiene el ALCP se ha llevado a cabo ya a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), por lo que parte del contenido de aquella ha dejado de tener razón de ser. Si bien la LJV no modifica la LEC, sí que reforma algunos preceptos del CC que van a incidir en la materia objeto de

⁹ Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial; LO 1/2009, de 3 de noviembre —complementaria de la anterior—, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ); Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal y Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cuyo artículo único modifica el artículo 456 de la LOPJ, que regula las competencias del letrado de la Administración de Justicia.

¹⁰ Con posterioridad a dicha aprobación se ha modificado la denominación del Anteproyecto que ha pasado a ser «Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a adoptar tras la Ruptura de la Convivencia», si bien mantendremos la denominación original en aras a la brevedad. Indicaremos por otro lado que, a pesar del tiempo transcurrido, dicho Anteproyecto sigue a la espera de su tramitación parlamentaria.

estudio. Centraremos el estudio de la materia haciendo referencia a la doctrina y jurisprudencia ya consolidadas, si bien hemos de abordar también la problemática que pueda plantear en el futuro la reciente reforma introducida por la Ley 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. Aunque el título de esta ley parece limitar su incidencia a los supuestos de violencia de género, la realidad es que el legislador ha llevado a cabo una reforma de los arts. 87 ter 2 LOPJ Y 807, 808 Y 810 de la LEC que expande sus efectos a todos los procedimientos sobre liquidación de régimen económico matrimonial.

Finalmente, abordaremos el tema a tratar, los aspectos procesales del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, con la exposición de dos temas introductorios que nos ayudarán a depurar conceptos para sustentar y centrar el tema que nos ocupa. El primero relativo a los aspectos sustantivos y procesales de los distintos regímenes económicos matrimoniales existentes y el segundo atinente a la naturaleza jurídica del procedimiento en cuestión. Hecho esto, nos adentraremos en la materia estudiando los aspectos procesales relativos a jurisdicción y competencia, las partes y la liquidación, distinguiendo en esta el procedimiento de inventario y el de liquidación propiamente dicho.

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN. DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN. DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL

1.- INTRODUCCIÓN

No existe una definición legal de «régimen económico matrimonial», si bien como ya hemos expuesto, no cabe duda de que el matrimonio tiene una proyección económica y que por ello es necesaria una regulación específica de este aspecto material y pecuniario que deriva de la propia convivencia y de la obligación de hacer frente a las necesidades del hogar.

Es posible que los cónyuges guarden silencio y no pacten ningún régimen económico por el que haya de regirse su matrimonio, en cuyo caso regirá el régimen legal supletorio, como veremos más adelante; o bien pueden optar por elegir alguno de los que legalmente están previstos; o incluso pueden establecer un régimen propio y singular. En cualquiera de estos casos existen unas normas, legales o convencionales, por las que han de regirse los aspectos patrimoniales o económicos de la unión matrimonial.

Podríamos definir el régimen económico matrimonial como el conjunto de normas que regulan las relaciones económicas del matrimonio. Ello implica que dichas normas van a establecer las pautas por las que se regirán las relaciones económicas del patrimonio conyugal con otros patrimonios (patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges y patrimonio de terceros), así como los poderes de gestión y disposición, la responsabilidad de los bienes que integra el patrimonio familiar, etc.

Estas normas reguladoras del régimen económico matrimonial, en su dimensión sustantiva, están contenidas en los artículos 1315 a 1444 del CC. Las disposiciones generales abarcan los artículos 1315 al 1324 y son conocidas en la

doctrina como normas de régimen económico matrimonial primario debido a que resultan de aplicación siempre, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que rija el matrimonio, ya que son normas imperativas, de derecho necesario o *ius cogens*, y por ello indisponibles para los cónyuges. Dichas normas regulan aspectos como la libertad de elección de los cónyuges, el levantamiento de las cargas matrimoniales, gestión, requisitos de eficacia de los negocios, transmisión de bienes, prueba de pertenencia de los bienes, etc.

De todas las normas reguladoras del régimen económico matrimonial primario, el artículo 1315 CC constituye la piedra angular, al consagrar el principio de libertad de los cónyuges para elegir el régimen económico por el que quieren que se regulen las relaciones económicas de su matrimonio.

El principio de libertad de los cónyuges supone también la introducción en nuestro derecho del principio de igualdad entre el marido y la mujer, superadas ya concepciones anteriores en las que el régimen matrimonial adoptaba un sistema de unidad, ya que configuraban al marido como dueño de todos los bienes, incluso los de la mujer¹¹.

Esta facultad de elección de los cónyuges implica que nuestro ordenamiento jurídico les permite crear un régimen propio, singular, estableciendo sus propias

¹¹ Entiende LACRUZ BERDEJO que históricamente la aportación pecuniaria de la mujer, la dote, representaba la casi totalidad del régimen matrimonial de ciertas civilizaciones. En el Derecho romano justiniano el régimen matrimonial era el de separación, conservando la mujer sus bienes y su capacidad, mientras que entre los germánicos era más corriente el régimen de unidad de usufructo y administración, en el cual, aun permaneciendo el patrimonio de cada cónyuge de su propiedad, todos los bienes pasan a poder del marido, que los administra y usufructúa con la obligación de sostener la familia. Sobre estos ordenamientos opera la idea de igualdad de las circunstancias económicas de los cónyuges, dando lugar al régimen de comunidad. En España se establece, como régimen legal, una verdadera comunidad de ganancias que durante la Edad Media se conserva en los fueros locales. El CC 1888 recogió las normas del Derecho anterior, codificándolas sin grandes variaciones, siendo uno de sus rasgos fundamentales la sumisión de la esposa, que al casarse queda sometida a la obediencia del marido y pierde la posibilidad de regir su patrimonio, necesitando obtener licencia marital para llevar a cabo determinados actos patrimoniales. (LACRUZ BERDEJO J. L Y SANCHO REBULLIDA F. DE A., 1984, pp. 277-279).

reglas, o bien adoptar alguno de los legalmente previstos, o incluso cabe la posibilidad de acogerse a un régimen extranjero, siempre que la aplicación de la ley extranjera no sea contraria al orden público, según exige el artículo 12.3 de nuestro CC.

2.- ASPECTOS SUSTANTIVOS. RELACIÓN DE RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

Lo anteriormente expuesto nos lleva al estudio de los diferentes tipos de regímenes económicos existentes, que han sido clasificados por la doctrina en dos grandes grupos, dependiendo del grado de comunidad o de comunicación existente entre los patrimonios privativos de los cónyuges, de modo que podemos hablar de regímenes en los que prevalece la idea de comunidad y regímenes en los que prevalece la idea de separación. Los expondremos siguiendo un orden de mayor a menor grado de comunidad.

Son comunes incluso los adquiridos con anterioridad a Así, en primer lugar se sitúa el régimen de comunidad universal ya que el grado de comunicación es absoluto, pues entran en la masa común todos los bienes de los esposos, presentes y futuros, muebles e inmuebles, adquiridos a título oneroso o lucrativo. la celebración del matrimonio. Consecuencia de ello es que existe un único patrimonio, que es común. Este régimen no aparece regulado en el CC, si bien resulta aplicable con carácter subsidiario en los territorios donde es de aplicación el Fuero de Baylío (algunas regiones de Extremadura). Es regulado en Holanda como régimen legal.

En segundo lugar está el régimen de comunidad de gananciales, en el que también prevalece la idea de comunidad, pero el grado de comunicación entre los patrimonios privativos es de menor intensidad, ya que no todos los bienes son comunes. Ello implica la coexistencia de tres patrimonios: los privativos de

cada uno de los cónyuges y el común o ganancial. Este régimen está regulado en el CC (artículos 1344 a 1410) y es de aplicación en territorio común cuando los cónyuges no han pactado ningún tipo de régimen económico matrimonial. Este régimen, también llamado de adquisiciones a título oneroso, implica que la masa común comprende, además de dichas adquisiciones a título oneroso desde la fecha de la celebración del matrimonio, las rentas y frutos de todos los bienes, lo adquirido por los cónyuges con su industria o trabajo durante el matrimonio y otras adquisiciones cuyo carácter común se pacte. Además de en España, es el sistema admitido en Francia, Italia, y en buen número de países iberoamericanos, países en los que se regula como régimen legal supletorio.

Como una variante de este régimen de comunidad cabe mencionar el régimen de comunidad de bienes futuros, en el que se excluyen del fondo común todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio y se incluyen todos los que adquieran constante este, sea cual sea su naturaleza o forma de adquisición.

En tercer lugar, existe el régimen de comunidad de muebles y adquisiciones, en el que la comunidad es menos intensa que en el régimen de gananciales, ya que el patrimonio común está limitado a los bienes muebles de los cónyuges, aunque hayan sido adquiridos lucrativamente, y a las ganancias que obtengan de su trabajo. Como consecuencia de ello coexisten también tres patrimonios. Este régimen no está regulado en el CC. Es el régimen legal de Bélgica y está previsto en el régimen convencional de Suiza.

En cuarto lugar, el régimen de participación ya no responde a la idea de comunidad sino a la idea de separación, puesto que cada cónyuge tiene un patrimonio independiente, si bien cada uno tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante el tiempo que esté vigente dicho régimen. Ello implica que solo existen dos patrimonios, los de los cónyuges, y no existe comunicación entre ellos durante el matrimonio. Solamente al final se

valoran ambos para determinar la diferencia entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge. Se encuentra regulado en los arts. 1411 a 1434 CC, pero ha de ser pactado expresamente, salvo en el caso de la excepción contemplada en los artículos 95 y 1395 del CC, para el caso de nulidad matrimonial y uno de los cónyuges haya actuado de buena fe.

En quinto lugar, el régimen de separación absoluta implica la ausencia de comunidad debido a la existencia de dos patrimonios privativos completamente separados, relacionándose entre sí como si de extraños se tratase. Se encuentra regulado en los arts. 1435 a 1444 del CC y ha de ser pactado expresamente, si bien rige en algunas Comunidades Autónomas a falta de pacto (Cataluña, Baleares y Valencia).

Dentro del territorio español, han de tenerse en cuenta los regímenes existentes en las Comunidades Autónomas que tienen un Derecho Foral propio, como es el caso de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco, así como las peculiaridades del Fuero de Baylío que se aplica en algunas zonas de Extremadura.

Retomando la regulación sustantiva contenida en el CC, hemos de advertir que únicamente regula los regímenes de sociedad de gananciales, participación y separación de bienes, y centrándonos en lo que constituye objeto de estudio, únicamente regula la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (artículos 1392 a 1410), si bien podemos entender que las normas contenidas en los artículos 1417 a 1434 constituyen la regulación de la liquidación del régimen de participación y las normas contenidas en los artículos 1437 a 1444 contienen las normas reguladoras de la liquidación del régimen de separación de bienes.

Es evidente que aun cuando no existan bienes comunes, en ocasiones es necesario practicar la liquidación del régimen económico, puesto que también

pueden surgir controversias y conflictos en ausencia de patrimonio común. Por ejemplo, en el régimen de participación el desacuerdo puede surgir sobre cuál sea el patrimonio inicial de cada cónyuge, o en el régimen de separación acerca de a quién corresponda la titularidad de un bien o el pago de una deuda, o qué destino ha dado un cónyuge a los frutos percibidos por la gestión de bienes del otro cónyuge, supuesto contemplado en el artículo 1439 del CC.

2.1.- LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Desde el punto de vista sustantivo, la pluralidad y diversidad legislativa existente en nuestro país como consecuencia de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia civil, y concretamente en el ámbito del derecho de familia, dibuja un mosaico de regímenes económico matrimoniales que tienen la nota común de participar de la idea de comunidad, pero con matices diferenciadores entre ellos y con respecto a la regulación contenida en el CC, por lo que haremos una breve referencia a las diferentes regulaciones que coexisten en España.

En cuanto a la regulación contenida en el CC, el régimen de la sociedad de gananciales aparece regulado en los artículos 1344 a 1410, concibiéndola como aquella sociedad existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario, en virtud de la cual se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.

La actual regulación de la sociedad de gananciales es fruto de una evolución legislativa en la que progresivamente se ha ido mejorando la posición de la mujer en el matrimonio y en la familia, que se evidencia especialmente en relación con las facultades de administración y disposición de los bienes gananciales. Los principios constitucionales de no discriminación por razón de sexo y de igualdad en el matrimonio impusieron una profunda reforma del CC

que se llevó a cabo mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

La idea central de la sociedad de gananciales es que quedan excluidos de ella aquellos bienes cuyo título de adquisición no depende del hecho del matrimonio, si bien existe una presunción favorable al carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (artículo 1361).

La disolución de la sociedad de gananciales, presupuesto necesario para poder liquidarla, puede producirse por ministerio de la ley (artículo 1392 CC), por decisión judicial (art. 1393 CC), por embargo de gananciales por deudas de un cónyuge (art. 1373 CC) y finalmente existe una regla especial de disolución para los casos de anulación del matrimonio (art. 1395 CC). A la liquidación propiamente dicha se dedican los artículos 1396 a 1410 del CC. En estos preceptos se regula el contenido del inventario, los pagos de las deudas de la sociedad, los derechos de los acreedores, indemnizaciones y reintegros a los cónyuges, etc., con remisión para lo no previsto a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia.

En Navarra, el régimen económico matrimonial de conquistas, de origen consuetudinario, es el régimen legal y supletorio que rige en defecto de otro establecido en capitulaciones matrimoniales (Ley 82 del Fuero Nuevo).

La sociedad de conquistas es fruto de una arraigada práctica consuetudinaria y viene a constituir un régimen de comunidad de bienes limitada a las adquisiciones a título oneroso producidas constante matrimonio y a los frutos y rendimientos obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges y de los bienes comunes o privativos de cualquiera de ellos. Podemos decir que el régimen navarro de conquistas y el régimen de gananciales del CC se

fundamentan en la existencia de tres patrimonios diferenciados: el común y los dos privativos de cada uno de los esposos. La diferencia del régimen navarro estriba en que las «conquistas» suponen unos gananciales ampliados y en la mayor libertad para convenir sobre los resultados de la liquidación de la sociedad (leyes 76 y 90 del Fuero Nuevo).

Se contempla la liquidación como una facultad de cualquiera de los cónyuges o de sus herederos una vez producida la disolución y puede llevarse a cabo extrajudicialmente mediante acuerdo de los interesados, o judicialmente, conforme a lo establecido en la LEC (Ley 89 del Fuero Nuevo).

En Aragón, el Código de Derecho Foral aragonés, siguiendo una larga y asentada tradición histórica, otorga a los cónyuges una amplia libertad de regulación de sus relaciones familiares, consagrada en el principio *standum est chartae* (artículo 185 del citado Código). Concretamente, en materia de régimen económico matrimonial, el artículo 193.2 establece que, en defecto de pacto, rige el consorcio conyugal como régimen económico matrimonial legal primario.

La disolución, liquidación y división del consorcio conyugal se regula en los artículos 244 a 270 del Código de Derecho Foral de Aragón, y en lo no previsto remite a las normas de liquidación y partición de la comunidad hereditaria.

Establece el artículo 258 que, disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes (herederos de uno u otro cónyuge) tiene derecho a promover la liquidación y división del patrimonio consorcial (también se halla legitimado el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto).

En Vizcaya y parte de Álava rige el régimen de comunicación foral de bienes como régimen supletorio, regulado en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. El régimen de comunicación foral de bienes

se caracteriza por ser un régimen de comunidad universal con ciertas peculiaridades, con tendencia a la universalidad.

El artículo 95 de la citada Ley de Derecho Civil Foral define la comunicación foral como aquella comunidad por la que se hacen comunes, por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen.

En Cataluña, el régimen de comunidad de bienes se configura como un régimen voluntario, es decir, ha de ser pactado expresamente en capítulos matrimoniales (artículos 231-10 y 231-19 del Código Civil de Cataluña), y en defecto de pacto, el régimen legal supletorio es el de separación de bienes (art. 231-10.2 del Código Civil de Cataluña).

La idea de comunidad queda matizada al establecer el propio Código una extensa facultad de pacto que atribuye a los cónyuges y, además, impone (artículo 68) la necesaria coexistencia de bienes privativos, quebrando, *ab initio*, la esencia de la universalidad, característica del *agermanement*, paradigma de la universalidad en el Derecho Catalán.

La disposición Adicional 3ª, 2 de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, para la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad se remite al procedimiento establecido en los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En las Islas Baleares, la normativa sobre régimen económico matrimonial se encuentra recogida en los artículos 3 a 5 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

El régimen económico del matrimonio en Baleares ha sido, tradicionalmente y a falta de pacto, el de separación de bienes, que resultó del desuso del régimen dotal, al dejarse de constituir dotes. Contiene una regulación por separado del derecho aplicable a las islas de Ibiza y Formentera, donde, en defecto de pacto, también rige el régimen de separación de bienes. La compilación no contempla los efectos económicos de la disolución del matrimonio, por lo que se aplican las normas del CC.

En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, dedica el Título 9º a la regulación del régimen económico familiar. Se establece que dicho régimen será el que establezcan los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, y en su defecto regirá el de la sociedad de gananciales. Además, los cónyuges pueden pactar también en capitulaciones las bases para la futura liquidación total o parcial de la sociedad conyugal, que tendrá plena eficacia en el momento de la disolución del régimen económico. (artículo 172 de la Ley de Derecho Civil de Galicia).

En Valencia, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano —modificada por Ley 8/2009, de 4 de noviembre—, establecía como régimen supletorio el de separación de bienes, previendo la Disposición Final segunda que «El Código Civil, en todas las materias regidas en esta ley, tendrá vigencia, con carácter de Derecho supletorio, en defecto de la presente Ley, la costumbre, los principios generales del ordenamiento jurídico, en materia económica matrimonial, y la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana». Sin embargo, el Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82) declaró dicha Ley 10/2007 inconstitucional por considerar que invadía competencias estatales. Como consecuencia de ello, en ausencia de pacto rige el régimen de gananciales, si bien el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afecta a las situaciones jurídicas ya consolidadas.

Finalmente, en Extremadura el Fuero de Baylío está vigente en diecinueve localidades próximas a Portugal, basado en normas consuetudinarias. Es un régimen supletorio cuya única institución es la comunidad universal de bienes. Es el único derecho foral del que no existe compilación.

Tras esta breve referencia a la regulación de la comunidad conyugal en las diferentes legislaciones vigentes, podemos afirmar que, aunque con distintas denominaciones (sociedad de gananciales en territorio común, consorcio conyugal en Aragón, comunicación foral de bienes en el Pas Vasco, comunidad de bienes en Cataluña, sociedad legal de conquistas en Navarra) la nota común de todas ellas es la existencia de una masa común de bienes y derechos sujetos a determinadas cargas y obligaciones que han de liquidarse tras la disolución del régimen económico matrimonial.

2.2.- EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

En este régimen existe una absoluta separación de bienes de los cónyuges, tanto los adquiridos antes como constante matrimonio. Cada cónyuge conserva la titularidad, administración, disfrute y disposición de todos sus bienes. Por ello, la nota distintiva de este régimen es de carácter negativo, la falta de comunidad de bienes e incluso de cualquier participación de cada cónyuge en el resultado de la actividad lucrativa del otro, de modo que cada uno gobierna su patrimonio con absoluta independencia.

Ahora bien, las relaciones personales que surgen con ocasión del matrimonio, conllevan la asunción de una serie de obligaciones que sí son comunes a ambos cónyuges, de modo que todo el patrimonio de cada uno de los cónyuges está vinculado al cumplimiento de dichas obligaciones, fundamentalmente al levantamiento de las cargas familiares. Por ello podemos afirmar que existe un mínimo común e irreductible que viene exigido por esa obligación común.

Esto significa que, aunque sean patrimonios independientes, la existencia de una «comunidad» de obligaciones o de deudas obliga a interrelacionarse a ambos patrimonios.

En consecuencia, la peculiaridad más destacable de la liquidación de este régimen es que no cabe reparto alguno de activo ya que no existe masa común a repartir. Sin embargo, sí que debe procederse a la liquidación de las deudas pendientes, correspondiendo a cada cónyuge la facultad de ejercitar los derechos de reembolso pendientes por haber asumido el pago de deudas derivadas del sostenimiento de necesidades familiares.

Recordamos que es el régimen de aplicación legal supletoria en Baleares y Cataluña. En Valencia lo fue también durante el periodo en el que estuvo vigente la ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2008 hasta que fue declarada inconstitucional por STC 82/2016, de 28 de abril —RTC 2016/82—).

2.3.- EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

El régimen de participación aparece regulado en nuestro CC en los artículos 1411 a 1434 y constituye un régimen convencional por el cual cada cónyuge adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

Parece que el legislador ha tratado de aunar las ventajas que supone el régimen de separación de bienes —independencia económica— con las que conlleva el régimen de sociedad —solidaridad económica—.

Dicha participación no tiene lugar durante la vigencia del matrimonio, sino a la finalización de este, es decir, una vez que ha sido disuelto. Por ello, durante el matrimonio, el régimen de participación funciona como un régimen de separación de bienes, ya que cada cónyuge administra sus bienes con

absoluta independencia y contribuye al levantamiento de las cargas familiares de igual modo que en el régimen de separación. Una vez disuelto el matrimonio, tiene lugar el ajuste o compensación entre los cónyuges, llevando a cabo el reparto por igual (artículo 1427), salvo pacto en contrario (artículo 1429) de las ganancias de ambos, mediante la determinación de las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Es el régimen legal en Alemania, Suecia, Noruega, Finlandia, Suiza, Canadá, Costa Rica, Honduras, entre otros países. Su aplicación práctica en España es casi inexistente, quizás motivado por las dificultades prácticas que pueda plantear su liquidación, en especial por la necesidad de llevar a cabo una contabilidad precisa a lo largo de un dilatado periodo temporal y una valoración compleja al final del régimen. Sin embargo, son muchas las ventajas que aúna, pues es un régimen flexible, el que mejor se acomoda a la realidad social —en la que impera la necesidad de lograr una relación de igualdad y colaboradora entre ambos cónyuges—, constituye una garantía para terceros y protege también a los cónyuges respecto a los acreedores del otro.

3.- REGULACIÓN PROCESAL DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 806 LEC establece que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables.

Todas las normas autonómicas remiten a la regulación contenida en los artículos 806 y ss. de la LEC, como no puede ser de otro modo, ya que la legislación procesal es materia reservada a la competencia exclusiva del Estado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.6ª de la Constitución Española.

Por ello el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial que regula la Ley procesal civil constituye el cauce formal creado por el legislador de forma unitaria para responder a las exigencias de la norma sustantiva contenida en los artículos 1392 a 1444 del Código Civil; artículos 258 a 270 del Código de Derecho Foral de Aragón; artículo 73 del Código de Familia Catalán; artículos 82 y ss. y 101 y ss. de la Ley Navarra 1/1973, de 1 de marzo y finalmente artículos 95 y ss. de la Ley 3/1992, de 1 de julio de Derecho Civil Vasco.

3.1.- REGÍMENES MATRIMONIALES A LOS QUE RESULTA APLICABLE

La expresión «cualquier régimen» del artículo 806 LEC evidencia que el legislador ha querido dar al precepto un ámbito de aplicación amplio y generalizado, de modo que la liquidación, sea cual sea el régimen que ha regido el matrimonio, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en las normas procesales contenidas en los artículos 806 a 811 LEC y en las normas civiles que resulten aplicables.

Ello nos lleva a pensar que la norma procesal va más allá de la norma sustantiva, ya que la liquidación podrá serlo de «cualquier régimen económico matrimonial», esto es, comunidad universal, gananciales, participación, separación¹², regímenes vigentes en los diferentes derechos forales, Fuero de Baylío o regímenes extranjeros.

¹² Con respecto al régimen de separación, en la doctrina hay posturas enfrentadas, de tal modo que la postura tradicional entiende que el régimen de separación de bienes es en realidad un «no régimen», por lo que puede parecer absurdo que se pretenda liquidar algo que no existe. En definitiva, este sector defiende que la separación de bienes implica la ausencia de régimen, puesto que las relaciones económicas entre los cónyuges y con los terceros no se ven modificadas

Entiendo que cuando los cónyuges pactan un nuevo régimen económico matrimonial al amparo de lo previsto en el artículo 1392.4º CC, el viejo régimen económico de gananciales que queda extinguido no se liquidará por los trámites que establecen los artículos 806 y ss. de la LEC, puesto que la liquidación se habrá llevado a cabo por los propios cónyuges en el ámbito de los acuerdos que adopten. Es decir, suponemos que la liquidación del régimen originario se habrá practicado de forma consensuada, pues en caso contrario o bien habría provocado la ruptura del matrimonio o bien habría impedido la liquidación de dicho régimen primitivo y por lo tanto seguiría vigente.

Aunque no exista una previsión legal específica, lo mismo habrá de entenderse cuando el régimen económico sustituido sea cualquier otro

por el hecho del matrimonio (DÍAZ FUENTES, A., 2001, pp. 199 y ss.). En coherencia con ello, se entiende que los bienes que los cónyuges hayan adquirido conjuntamente los comparten en régimen de comunidad ordinaria (art. 392 CC) por lo que el cauce procesal para poner fin a la comunidad será ejercitar la *actio communi dividundo* (DE LA SERNA BOSCH, 2020, p. 138).

Frente a ello, otro sector defiende que en ningún caso puede dejar de haber régimen de matrimonio desde el momento de la celebración, aunque la intensidad de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges sea muy variada. Según Ortuño Muñoz, la norma procesal tiene vocación de generalidad, ya que trata de establecer un cauce común para la liquidación de cualquier régimen. Defiende la posibilidad de coexistencia del régimen de separación de bienes con una masa común de bienes sujeta a cargas y obligaciones que la propia convivencia impone (vivienda familiar, patrimonio mobiliario, negocio familiar, etc.). Precisa además que la nueva realidad social ha venido a generar la teoría del «régimen económico matrimonial primario», que estaría formado por las cargas y obligaciones comunes, con independencia del régimen aplicable. (ORTUÑO MUÑOZ, P. 2011, pp. 3767-3768).

Ballester Giner considera que no es concebible un matrimonio sin régimen matrimonial, de modo que los distintos regímenes económicos constituyen con el matrimonio una unidad inescindible. BALLESTER GINER, E., 1983, p. 1376.

También sigue este criterio Alejandre Peña, que hace una interpretación literal del art. 806 LEC, que se refiere a «cualquier régimen económico matrimonial» con «existencia de masa común de bienes y derechos», considerando este autor un hecho evidente que en el régimen de separación existe tal masa común, no solo por las adquisiciones que puedan realizar conjuntamente los cónyuges, sino también por la presunción legal que establece el art. 1441 CC. ALEJANDREZ PEÑA, P., 2007, p. 74.

En nuestra jurisprudencia, la SAP ALAVA, de 11 de junio de 2019 (JUR 2019/250915) mantiene la misma interpretación.

En todo caso es necesario dotar a la unión conyugal de un régimen económico matrimonial que, siguiendo al profesor Lacruz Berdejo, no es sino la respuesta del Derecho ante una serie de intereses y cuestiones pecuniarias a las que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular. LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA F. A., 1984, p. 278.

régimen diferente al de la sociedad de gananciales. Por ejemplo, cuando el régimen originario es el de separación de bienes y los cónyuges convienen establecer el régimen de gananciales, participación, etc.

Es motivo de discusión en la doctrina si realmente es factible la existencia de una separación absoluta de bienes, es decir, si en la práctica es posible que los patrimonios privativos de los cónyuges se desenvuelvan con absoluta independencia uno de otro, ya que el hecho de la comunidad de vida que se establece por razón del matrimonio propicia la interrelación entre los patrimonios, que han de hacer frente conjuntamente a gastos comunes, interrelación que al extenderse a lo largo de mucho tiempo pueda llevar a generar una masa común.

Podría entenderse que es posible la separación absoluta de bienes, ya que hay una ausencia total de unión patrimonial y, por ello, una ausencia total de comunidad. Pero algunas posturas doctrinales entienden que, por más empeño que se ponga en afirmar la ausencia de comunidad, cuando rige el régimen de separación, es imposible la existencia de una separación absoluta de bienes, al menos cuando existe descendencia común, ya que el matrimonio conlleva la necesidad de constituir en la práctica un patrimonio común para hacer frente al levantamiento de las cargas familiares¹³.

Siguiendo a Lacruz, el aspecto comunitario mínimo e irreductible de la economía familiar se manifiesta en la existencia de cargas familiares, pues los cónyuges podrán evitar poner en común sus bienes o ganancias, pero no la

¹³ El matrimonio, desde el momento en que supone el *consortium omnis vitae* de dos personas para realizar un fin común específico de carácter extrapatrimonial, pero con gran proyección material y pecuniaria, exige una regulación específica de los medios económicos que sirven a tal fin. La raíz del régimen económico se encuentra, por tanto, en la comunidad de vida que comporta el matrimonio. LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHO REBULLIDA F. A., 1984, p. 277. LLEDÓ YAGÜE, F. Y FERRER VANRELL, M. P. (2010, p. 44) entienden que precisamente son las «cargas familiares» las que determinan la necesidad del «régimen».

presencia de una cooperativa de consumo y unas obligaciones que irrenunciablemente deben atender entre ambos.

El criterio mayoritario entiende que todas las controversias sobre distribución patrimonial entre los cónyuges deben ventilarse a través del trámite de liquidación, ya que la vigente LEC ha prescindido dentro de los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, de las cuestiones relativas al patrimonio conyugal, estableciendo al efecto un proceso separado que regula dentro del título dedicado a la «división judicial de patrimonios»¹⁴ y el artículo 806 se refiere a «*cualquier régimen matrimonial*» en el que exista una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones.

Además, es posible que los cónyuges casados bajo régimen de separación de bienes puedan adquirir bienes conjuntamente, en régimen de copropiedad ordinaria, o se les pueda atribuir un bien por mitad si no es posible acreditar a cuál de los dos pertenece (artículo 1441 del CC).

De todo ello podría deducirse que en estos casos también es aplicable el procedimiento regulado en los artículos 806 y ss. de la LEC.

En mi opinión, es incuestionable que la vida matrimonial genera una serie de gastos a cuya satisfacción están afectos los patrimonios de uno y otro

¹⁴ En este sentido se pronuncian la SAP Tarragona 69/2005, de 3 de febrero, Sección 1ª. (JUR 2005/83463). Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales niegan la aplicación de los preceptos estudiados al régimen de separación de bienes. Sirva de ejemplo la SAP Barcelona 337/2007, de 4 de julio de 2007, secc. 18ª, (JUR 2007/285131): «[...] los artículos 806 y ss. no son aplicables al régimen de separación de bienes [...] El régimen económico matrimonial de separación determina que cada cónyuge sea titular de los bienes que adquiere. La existencia de una cotitularidad sobre un bien o varios bienes no la determina el régimen económico, sino el título de adquisición, a través del cual se constituye una comunidad de bienes en los términos prevenidos en los artículos 392 y ss. del Código Civil [...]. La SAP Madrid 417/2005, de 27 de mayo, Secc. 22, (JUR 2005/17480) también se inclina por excluir la aplicación de este procedimiento al régimen de separación de bienes». En parecido sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife 513/2002, de 10 de diciembre, Sección 4ª, (JUR 2003/73926).

cónyuge por imperativo del artículo 1438 del CC, por lo que inevitablemente conlleva la necesidad de constituir un fondo común para hacer frente al levantamiento de las cargas familiares. Esta afección de ambos patrimonios a la satisfacción de ese fin común puede surgir al margen de la voluntad de los cónyuges y sea cual sea el régimen económico por el que se rige el matrimonio. Viene impuesta por la comunidad de vida que se establece por razón del matrimonio y por la vinculación de ambos patrimonios a la satisfacción de necesidades comunes. Podría generar dudas el inciso final del art. 1438 CC, conforme al cual el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. En efecto, parece establecer que el cauce procesal adecuado para llevar a cabo dicha compensación es el de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Pero, la redacción de este precepto es muy anterior a la LEC, por lo que el legislador civil no estaba pensando en ningún procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial. Además, parece desproporcionado tanto desde el punto de vista procesal como económico, tener que acudir al complejo procedimiento de liquidación solamente con el fin de practicar dicha compensación. Finalmente, aun si admitiéramos hipotéticamente la liquidación del régimen de separación de bienes por los cauces previstos en la LEC surgiría la duda de cuál sería el aplicable, si el previsto para la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales (arts. 808 a 810) o el previsto para el régimen de participación (art. 811).

En definitiva, entiendo que ese mínimo común de bienes y obligaciones surge al margen del régimen económico de separación, por lo que los cónyuges podrán ostentar la cotitularidad, pero no estará sometida a las normas de liquidación del régimen económico matrimonial, porque son ajenos a este,

por la tácita exclusión que hacen los cónyuges al someterse al régimen de separación. Creo que esta es la idea que subyace en la mente del legislador cuando, por ejemplo, para el régimen de separación de bienes, el art. 1441 del CC establece una presunción de copropiedad de un bien cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece o, con respecto al régimen de participación, cuando el artículo 1414 del CC establece que, si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario.

No entenderlo así llevaría a una situación insólita, pues habría que admitir que un matrimonio estaría regido por dos regímenes matrimoniales simultáneamente: el de separación o participación por un lado, querido por los cónyuges, y el de comunidad de bienes derivado de ese mínimo común, no querido por los cónyuges, pero sí impuesto por la propia convivencia.

Al hilo de lo anterior, considero que supondría una vulneración de la autonomía de la voluntad entenderlo de otro modo. El Derecho civil en general y el Derecho de familia en particular son eminentemente de carácter dispositivo, son derechos creados por y para los particulares, con la finalidad de resolver los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Los cónyuges que acuerdan que su matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes están manifestando una clara voluntad de que sus patrimonios se mantengan independientes y no podrían concebir que después tuvieran que someterlos a un procedimiento de liquidación. La autonomía de la voluntad, como máxima expresión del principio dispositivo, impediría la imposición de la norma legal al margen de los pactos. Precisamente una de las razones que llevó a los cónyuges a adoptar el régimen de separación de bienes, pudo ser, quizás, el evitar una hipotética, futura y costosa liquidación patrimonial. Por ello considero muy relevante que, en caso de que finalmente se impusiera el criterio de la aplicación de los

preceptos procesales relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial al régimen de separación de bienes, deberían ser informados los contrayentes o los cónyuges de que el hecho de adoptar el régimen de separación de bienes no evitará en todo caso el tener que acudir a una liquidación respecto a la masa común que necesariamente se creará para atender las necesidades familiares.

A mayor abundamiento, el legislador procesal ha dedicado una regulación específica a la liquidación del régimen de participación (artículo 811 LEC), guardando silencio sobre la liquidación del régimen de separación de bienes, por lo que entiendo que de ello se deriva la voluntad implícita del legislador de excluirlo.

Otro argumento sólido para excluir el régimen de separación de bienes del ámbito de aplicación de los artículos 806 y ss. de la LEC es la coordinación existente entre la normativa sustantiva y procesal cuando se trata de los regímenes de gananciales y de participación, pero se echa en falta cuando estamos ante el régimen de separación de bienes. Así, en lo que concierne al régimen de gananciales, el artículo 1396 del CC y ss. contienen la regulación sustantiva que se complementa con la norma procesal (artículos 806 y ss.), y con respecto al régimen de participación el artículo 1417 CC se complementa con el artículo 811 LEC. Este paralelismo no existe respecto al régimen de separación de bienes, cuya norma sustantiva (artículo 1438 CC) establece que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, precisando además que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. Dada la calificación del trabajo para la casa como carga del matrimonio, su determinación por el juez deberá hacerse en la sentencia que

dicte en el procedimiento matrimonial, pues a tenor de lo establecido en el artículo 774.4 LEC, el tribunal determinará en la sentencia las medidas relativas a las cargas del matrimonio. En consecuencia, realizada la cuantificación económica de dicha carga en el procedimiento matrimonial, resultará innecesario el procedimiento de liquidación.

Finalmente, no está de más recordar la redacción dada por la Ley de 7 de julio de 1981 al artículo 95.1 CC, conforme al cual la sentencia firme de separación, nulidad o divorcio «producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial». Dicha redacción fue fruto de la aceptación de una enmienda que sustituyó la palabra «liquidación» por la palabra «disolución», precisamente para incluir al régimen de separación de bienes, en el que la «liquidación» no existe¹⁵.

Es obligado sin embargo hacer mención al ALECP, cuya tramitación parlamentaria está paralizada. Si bien el tema central del texto era la custodia compartida, introducía importantes novedades en los artículos 807 a 811 LEC, y en la Exposición de Motivos se hacía mención expresa a que la liquidación del régimen económico matrimonial sería aplicable tanto a la sociedad de gananciales como a la separación de bienes u otro régimen económico, por

¹⁵ No obstante, MONTERO AROCA, (2003, p. 1641) tras afirmar la defectuosa técnica legislativa del art. 95.1 del CC, con mención de la STS de 2 de abril de 1992 (RJ 1992/4415) que se hace eco de tales deficiencias, entiende que el art. 95.1 excluye el régimen de separación de bienes «[...]pues para el supuesto de que se trate de la separación de bienes la norma carece, en rigor, de posibilidad de aplicación. De este modo sabemos ya que el artículo no cabe con referencia a la separación de bienes [...] Aunque pueda hablarse de la extinción del régimen de separación de bienes, y así lo hace el artículo 1438 del CC, no parece adecuado referir la disolución del régimen económico matrimonial al supuesto de que ese régimen fuera el de separación de bienes, por cuanto entonces no hay nada común que “disolver”. La STS de 1992 antes citada así lo estima también cuando dice que “no se ve inconveniente en referir el artículo 95.1 sólo a los regímenes económico-matrimoniales comunitarios, pues en el supuesto de previa separación de bienes carece, en rigor, de finalidad”. Debe asumirse, pues, que la disolución ha de entenderse referida sólo a los casos de que ese régimen sea el de sociedad de gananciales o el de participación».

lo que si en un futuro entrase en vigor dicho texto, podría poner fin al debate expuesto¹⁶.

3.2.- EXISTENCIA DE UNA MASA COMÚN DE BIENES Y DERECHOS SUJETA A CARGAS Y OBLIGACIONES

El presupuesto legal que delimita el ámbito de aplicación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial es la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones. Por lo tanto, hemos de entender que resulta aplicable al régimen de comunidad universal de bienes, al régimen de sociedad de gananciales, a la sociedad de conquistas de Navarra, al consorcio foral aragonés y a la comunicación foral de bienes de Vizcaya.

La idea de «masa común» nos indica por un lado la universalidad del proceso en cuestión y por otro la comunidad del régimen matrimonial.

El carácter de proceso universal implica que afecta a todos los bienes integrados en una unidad jurídica que escapa a las acciones individuales sobre cada uno de ellos. Esta nota de universalidad plantea la cuestión de cuál es la posición de los acreedores y de los deudores, tanto gananciales como privativos de los cónyuges, en el procedimiento de liquidación, cuestión que abordaremos más adelante en el apartado Cuarto, relativo a las partes que intervienen en el procedimiento de liquidación.

El presupuesto necesario para que proceda la liquidación es que exista una masa común de bienes y derechos, y que además esté sujeta a determinadas cargas y obligaciones.

¹⁶ Entiendo que existe una incoherencia en el Anteproyecto mencionado, pues a pesar de que establece que el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial será aplicable tanto a la sociedad de gananciales como a la separación de bienes u otro régimen económico, sin embargo, no modifica el artículo 806 LEC, relativo precisamente al ámbito de aplicación del citado procedimiento.

La exigencia legal de que esa masa común esté sujeta a cargas y obligaciones evidencia la complejidad de la comunidad por la interrelación que se produce en esa coexistencia de activo y pasivo. Ello nos podría llevar a razonar que no es posible acudir a la liquidación prevista en los artículos 806 y ss. LEC cuando no existe esa masa común por existir un único bien.

En este sentido se ha defendido por algún sector doctrinal¹⁷ que en caso de la existencia de un único bien, y siempre y cuando no haya pasivo, no es necesario acudir a la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que la disolución de la sociedad de gananciales no da lugar a una comunidad postmatrimonial, sino a una comunidad sobre un único bien sometida al régimen de la comunidad de bienes de los artículos 392 y ss. CC.

Sin embargo, otros autores¹⁸ defienden que en todo caso ha de acudirse al proceso liquidatorio de los artículos 806 y ss. de la ley procesal, ya que nuestro ordenamiento jurídico prevé dicho procedimiento como único medio de transformar la titularidad colectiva en titularidad individual. Así, el artículo 541 de la LEC en sede de ejecución prevé dicho procedimiento como la única vía que tiene el cónyuge no deudor para individualizar su derecho y liberarlo así de la traba que recae sobre el bien ganancial embargado.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de julio de 1991¹⁹ trata esta cuestión, considerando que es absurdo e inútil practicar las operaciones liquidatorias cuando el único bien es el piso litigioso.

¹⁷ MONTERO AROCA, J., 2014, pp. 99 a 102; DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., 2011, p. 998. Este último autor se pregunta si cuando existe en la masa común un solo bien es preciso someterse a este procedimiento cuando no existe acuerdo, teniendo en cuenta que los acreedores no están protegidos, sugiriendo que se podría optar por el ejercicio de la *actio comuni dividundo* frente a la mayor complejidad y menor utilidad del juicio de liquidación del régimen económico matrimonial «relativamente universal».

¹⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 2003, pp. 4685 y 4686.

¹⁹ STS 1 de julio de 1991, Secc. 1ª, Pte: Morales (RJ 1991/5314): «Porque en la sociedad de gananciales a que se refiere este proceso que quedó disuelta en el año 1978 [...] solamente existe, como bien ganancial, el piso litigioso [...] no existiendo ninguna otra clase de bienes que

En las Audiencias Provinciales los pronunciamientos no son unánimes: mientras las SAP de Valladolid de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007/263491), en materia de división de herencia, entiende que la existencia de un único bien evitaría el proceso de formación de inventario pero no sería inadecuada la división de la herencia, la SAP de Tenerife de 4 de diciembre de 2012 (JUR 2013/57659) razona que si no existe más que un solo bien, falta el presupuesto para seguir el procedimiento dada la inexistencia de un patrimonio que partir ni bienes concretos que adjudicar individualmente. En términos similares a esta última se pronuncia el Auto de la AP de Murcia de 20 de febrero de 2014 (JUR 2014/72865); la SAP de Alicante de 5 de abril de 2017 (JUR 2017/210993), SAP de Cádiz de 10 de octubre de 2016 (JUR 2017/1228), SAP de Barcelona de 18 de enero de 2018 (JUR 2018/82304) y SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 2018 (JUR 2018/253532).

Entiendo que, aunque en rigor podría pensarse que es necesario acudir al procedimiento de liquidación legalmente previsto, razones de economía procesal y de agilidad aconsejarían evitar tener que acudir a dicho trámite en casos en los que existe un único bien. Además, no podemos olvidar que la liquidación está integrada por diferentes fases, —inventario, avalúo, liquidación propiamente dicha y partición—, con finalidades diferentes, pues el inventario tiene como objetivo fijar los bienes, derechos y obligaciones; el

puedan integrar el activo de la sociedad de dicha sociedad conyugal (art. 1397 CC), así como tampoco ninguna partida que pueda formar el pasivo de la misma (art. 1397 CC), por lo que carece de sentido jurídico el pretender practicar las operaciones liquidatorias a que se refieren los preceptos que, como infringidos invoca el recurrente, cuya pretendida aplicación había de quedar vacía de contenido, debiendo, por tanto, en el caso concreto aquí examinado, partirse inicialmente de la situación que contempla el art. 1404 CC, con arreglo al cual, hechas las deducciones en el caudal inventariado, que prefijan los arts. anteriores (deducciones que no han sido necesario hacer [...] y caudal inventariado que lo forma sólo el piso litigioso), el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá entre marido y mujer [...] y como el referido remanente [...] lo integra única y exclusivamente el expresado piso... es evidente que puede y debe procederse a su división entre los esposos litigantes, como se está tratando de hacer a través del proceso a que este recurso se refiere».

avalúo darles un valor; la liquidación fijar el activo o pasivo neto y la partición adjudicar el remanente. Por ello, si extremamos el rigor, el proceso de liquidación presupone la existencia de activo y pasivo, por lo que realmente cuando hay un único bien y no hay deudas ni créditos, es imposible que haya que liquidar puesto que el activo ya es neto por faltar el pasivo. Solamente habrá que llevar a cabo la partición y el trámite procesal adecuado será el ejercicio de la acción de división de la cosa común (artículos 392 a 406 del CC).

La misma cuestión se plantearía si no hubiese ningún bien y existiese una sola deuda común. En tal caso habría que hablar también de partición, en este caso del pasivo neto, y no de liquidación propiamente dicha al faltar el activo.

Si existe desacuerdo entre los cónyuges sobre cuál sea el valor de ese único bien que se adjudica a un cónyuge compensando al otro, o cuál sea el valor de esa única deuda que va a asumir un cónyuge al que compensa el otro, en tales casos será necesario hacer un previo avalúo y posterior partición, pero no liquidación propiamente dicha.

Cuando exista una pluralidad de bienes comunes, pero no exista ninguna carga, tampoco será necesaria la liquidación porque el activo será ya neto. De Miranda Vázquez entiende que en tal caso lo procedente será interponer la acción de división de cosa común²⁰.

Es posible que los cónyuges hayan pactado el régimen de participación o de separación, pero a lo largo de la convivencia hayan adquirido bienes conjuntamente y en el momento de la liquidación reclamen ambos la titularidad de los mismos: ¿cabría acudir al procedimiento de liquidación de los artículos 806 y ss. de la LEC?

²⁰ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., 2011, p. 1001.

Tal y como hemos expuesto en el apartado anterior, la respuesta ha de ser negativa, ya que dicha «masa común» ha surgido al margen del régimen económico (que no admite patrimonio común). Considero más coherente entender que los cónyuges ostentan la titularidad de los bienes en régimen de comunidad ordinaria, por lo que deberán acudir al procedimiento general de liquidación de una comunidad de bienes que regulan los arts. 392 y ss. del CC.

Finalmente considero que «masa común» no debe interpretarse como «pluralidad de bienes» ya que es posible que esté integrada por un único bien sobre el que los cónyuges ostentan diferentes derechos o titularidades (propiedad, usufructo, derecho de uso, arrendamiento, etc.), en cuyo caso sería más correcto hablar de «pluralidad de derechos». En estos supuestos entiendo que sí que resultará necesario acudir al procedimiento de liquidación en caso de controversia.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1.- INTRODUCCIÓN

Una de las primeras cuestiones que se suscitan al estudiar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial es cuál sea su naturaleza jurídica. Por ello nos planteamos si el procedimiento que regulan los artículos 806 a 811 de la LEC es o no jurisdiccional.

El planteamiento de este tema nos obligará a delimitar previamente el concepto mismo de «jurisdicción», no como mera necesidad de construcción teórica, sino con el fin de facilitar la obtención de respuestas prácticas, pues según cuál sea la calificación, jurisdiccional o no, que demos a la actividad desarrollada en un procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial se derivarán, por ejemplo, consecuencias relativas a la competencia y al papel que dentro del procedimiento desempeñan los letrados de la Administración de Justicia. En efecto, las reformas procesales de la última década ²¹ han ampliado sustancialmente las competencias de los letrados de la Administración de Justicia, cuya actuación precede a la del juez en determinadas fases del procedimiento, incluso es posible que este no llegue a intervenir. ¿Hay verdadera actuación jurisdiccional cuando no existe intervención del juez?

No es objeto de este trabajo llevar a cabo una exposición detallada de las diferentes teorías sobre la jurisdicción, por lo que me limitaré a exponer mi

²¹ Reformas operadas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial; LO 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la LOPJ, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, y Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

posicionamiento al respecto y a mencionar algunos cambios legislativos y su impronta en el concepto de jurisdicción.

Entiendo que, para entender el debate dialéctico existente en la doctrina, hemos de partir de una afirmación admitida unánimemente, y es que la jurisdicción es ejercida por el Estado y por ello pertenece al ámbito del Derecho Público. Como consecuencia de ello la jurisdicción tiene carácter dinámico, pero ello no puede implicar la alteración de su sustantividad o esencia, que debe mantenerse inalterable sea cual sea el orden estatal en el que se desenvuelva.

Este carácter dinámico del concepto de jurisdicción explica la gran diversidad de definiciones elaboradas por la doctrina procesalista y la inexistencia de unanimidad doctrinal en esta materia, sin que exista siquiera un acuerdo en cuanto a cuál sea la nota esencial del concepto que lo haga universalmente válido, de tal modo que las diferentes corrientes doctrinales ponen el acento en una u otra característica como definidora del concepto de jurisdicción. Las consecuencias prácticas son evidentes. Frente a la concepción relativa, contingente y flexible, al permitir adaptar el concepto a una situación sociológica concreta, la concepción absoluta implica la formulación de un concepto teórico, abstracto, metafísico o filosófico, más allá de las experiencias concretas de cada Estado. La primera conlleva flexibilidad e inseguridad, la segunda rigidez y certeza. Realmente es el reflejo de la eterna pugna entre dos valores fundamentales de la ciencia jurídica, la equidad por un lado y la certeza por otro, la innovación que permita mantener el nexo entre Derecho y sociedad por un lado y los principios abstractos que le doten de seguridad jurídica por otro.

Voy a tratar de construir mi propio razonamiento entorno al concepto de jurisdicción, desgranando los diferentes elementos que lo integran para intentar llegar a su esencia. Partiré del análisis de tres ideas básicas: qué función cumple

la jurisdicción, quién es su titular y quién la ejerce, sin perder de vista el carácter complejo de algunos de los aspectos analizados.

A) FUNCIÓN DE LA JURISDICCIÓN. La jurisdicción tiene atribuida la función de aplicar el Derecho al caso concreto, lo que en Derecho Romano es el «*ius dicere*». Consiste en «decir el derecho» que resulta aplicable a una situación conflictiva. Podríamos decir que este elemento es el aspecto material de la jurisdicción y constituye el núcleo de su esencia.

Esta primera afirmación implica en primer lugar la existencia previa de una situación de conflicto, que se manifiesta mediante el ejercicio de la acción en defensa de determinados derechos y, en segundo lugar, que a través de la jurisdicción se lleva a cabo un proceso de individualización de la norma.

Este razonamiento me lleva a disentir de las teorías objetivas y a excluir como elemento definitorio de la jurisdicción el elemento público en cuanto aquéllas ponen el énfasis en la actuación y protección del Derecho objetivo, concibiendo la jurisdicción como una garantía del cumplimiento de las normas. Entiendo que, desde el punto de vista teleológico, la meta inmediata de la jurisdicción es actuar el Derecho para proteger los intereses concretos debatidos y no para proteger la norma objetivamente considerada. Es decir, la función jurisdiccional viene impuesta por la necesidad de dotar a los derechos de mecanismos que garanticen su efectividad. Cuestión distinta es que tales derechos estén reconocidos en normas jurídicas, cuya aplicación sea necesaria para salvaguardarlos. La norma es el instrumento genérico de protección de los derechos, y en cuanto tal, debe de ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, que desarrollan la función, también instrumental, de protección de los derechos en el caso concreto. Podría decirse que la norma es el instrumento del instrumento (órganos jurisdiccionales).

B) TITULARIDAD DE LA JURISDICCIÓN. La jurisdicción implica la intervención del Estado en la resolución de los conflictos, por lo que corresponde al Estado el derecho-deber de «decir el derecho». Este sería el elemento subjetivo que forma parte de la esencia de la jurisdicción. Estado es toda comunidad social con una organización política común, un territorio y órganos de gobierno propios, cualquiera que sea la estructura política que ostente, ya sea dictatorial o democrática. Ciertamente en los regímenes democráticos pesa sobre el Estado la obligación de proporcionar el debido proceso a los ciudadanos como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, pero ello, en mi opinión, no constituye un elemento definitorio de la jurisdicción.

C) EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN. El Estado cumple esa función de «decir el derecho» a través de determinados órganos, que pueden variar en el tiempo y en el espacio (elemento orgánico). Así en el Derecho Romano correspondía a los pretores, en los regímenes absolutistas al monarca, en los regímenes democráticos a los jueces y tribunales... El Estado es el titular de la jurisdicción, y los órganos que la ejercen no son sino medios instrumentales.

Los jueces y tribunales ejercen la función jurisdiccional dotados de dos cualidades distintivas: independencia e imparcialidad. Precisamente esas dos notas constituyen la esencia de la función jurisdiccional y la dotan de *auctoritas*.

En definitiva, la vida en sociedad genera relaciones jurídicas o extrajurídicas que en no pocas ocasiones dan lugar a conflictos entre los interesados, los cuales no siempre son capaces de resolverlos por sí mismos. En tales situaciones pueden acudir al titular de la potestad jurisdiccional, el Estado, para que resuelva las divergencias, lo que implica que sea un juez quien dé una respuesta mediante la aplicación de la ley a cada caso concreto. Ahí es donde ejerce su función la jurisdicción, de modo que podemos afirmar con Serra Domínguez²² que sólo en la

²² MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, 2008, p. 18.

jurisdicción se aprecia la existencia del Derecho, ya que este alcanza en la decisión judicial su máximo valor en cuanto es resolución de un problema vital concreto.

La conducta de los particulares se desarrolla generalmente bajo consideraciones sociales, económicas, culturales, etc., pero pocas veces la actuación está precedida de una valoración de sus consecuencias jurídicas. Por su parte, la ley se formula al margen de lo concreto, ya que contiene una previsión general y abstracta desvinculada de un supuesto de hecho determinado. En la jurisdicción convergen ambas: el hecho concreto y la norma abstracta. Solo la jurisdicción da vida a la norma genérica, ya que entiende conjuntamente del Derecho y de lo concreto, aplicando la norma general a una situación singular, fundiendo lo jurídico y lo fáctico en las resoluciones judiciales, al dar soluciones concretas a supuestos de hecho concretos. El juez lleva a cabo una tarea de individualización de las normas, haciendo hablar a la norma en cada caso que resuelve.

Pues bien, partiendo de estas tres ideas básicas, entiendo que la jurisdicción no puede definirse atendiendo a uno o varios de los tres elementos, sino que necesariamente hay que considerar los tres aspectos de forma conjunta. En este sentido comparto la postura de las teorías mixtas, que analizan el concepto considerando que no es un solo elemento sino varios los que constituyen la esencia del concepto estudiado.

Por ello, la jurisdicción siempre consistirá en «decir el derecho» (aspecto material) por el Estado (aspecto subjetivo), a través de determinados órganos (aspecto orgánico), que pueden variar en el tiempo y en el espacio. Por ello hay dos elementos esenciales e invariables (material y subjetivo), pero un tercer elemento que es variable (orgánico), en función del lugar y del tiempo en que se ejerza.

Podríamos afirmar que, partiendo de esos tres elementos, es posible construir un concepto unitario y universalmente válido de jurisdicción, pues en todo caso

se tratará de determinar el derecho aplicable, por el Estado, a través de determinados órganos, a una situación conflictiva concreta. Ahora bien, se trataría de un concepto tan genérico como inútil.

Desde el punto de vista pragmático, la variabilidad de ese tercer elemento dificulta la formulación de un concepto unitario, universalmente válido, que a su vez resulte útil, pues se antoja absolutamente improbable que todos los Estados que ostentan el «*ius dicere*» lleguen a un acuerdo respecto al órgano que debe ejercer dicha función. Pero llegados a este punto surge una pregunta: ¿realmente resulta relevante cómo se denomine al órgano que vaya a ejercer la jurisdicción? Ya sea juez, tribunal, letrado de la Administración de Justicia, o un ente administrativo, lo relevante no es la nomenclatura del órgano, sino el contenido o esencia de la función que ejerce (el *ius dicere* o elemento material).

Finalmente, en los últimos tiempos estamos asistiendo a cambios legislativos, tanto a nivel interno como en el ámbito europeo, que parecen extender la potestad jurisdiccional a entes u órganos distintos a jueces y tribunales.

En nuestro ordenamiento interno, la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria en su preámbulo reafirma nuestra concepción tradicional de jurisdicción²³. Sin

²³ La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, al referirse en el preámbulo a las materias que disciplina, parte de la idea de que se requiere la actuación del juez, en atención a la autoridad que como titular de la potestad jurisdiccional merece, siendo el intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante él se dilucidan (apartado IV). Afirma también, a continuación, que la ley encomienda a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos y que no es nuevo el debate sobre si sería pertinente mantener en este campo la exclusividad de los tribunales de justicia —y, dentro de ellos, del personal jurisdicente—, o si sería preferible encomendar su conocimiento a otros órganos y funcionarios públicos. Concluye la Ley de Jurisdicción Voluntaria que se ha optado por atribuir a otros operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, el conocimiento de una serie de asuntos que tradicionalmente se atribuían al juez, justificando la desjudicialización en la ausencia de contenido jurisdiccional de los referidos supuestos, con el fin de que jueces y magistrados puedan centrar sus esfuerzos en el cumplimiento de la esencial misión que la Constitución les encomienda, como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional, reiterando a lo largo del preámbulo la idea de que la Administración de Justicia debe centrarse en la labor fundamental que la Constitución le

embargo, incurre en una gran imprecisión porque en el artículo primero establece que tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, por lo que implícitamente parece estar reconociendo a los letrados de la Administración de Justicia la categoría de órganos jurisdiccionales, por ser estos los competentes para tramitar gran número de los expedientes que regula. Ello unido a la ampliación de competencias de los letrados de la Administración de Justicia llevada a cabo en las últimas reformas legislativas se ve con recelo en diferentes sectores jurídicos porque podría invadir la función jurisdiccional de jueces y tribunales.

Por su parte, la normativa europea ha venido a distorsionar el concepto tradicional de órgano jurisdiccional, ya que reconoce como tales a órganos administrativos, notarios y otros profesionales del Derecho²⁴. Esta expansión del

atribuye de juzgar y ejecutar lo juzgado. En el mismo sentido, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Preámbulo —Apartado III— prevé que el Consejo General del Poder Judicial pueda adscribir al órgano instructor a Letrados de la Administración de Justicia para que realicen labores de estudio, apoyo, colaboración y propuesta, sin desempeño compartido de funciones jurisdiccionales y sin posibilidad por tanto de actuar en la causa. (Sorprende que la LJV siga utilizando la denominación de «Secretario Judicial» ya que la anterior Ley Orgánica 7/2015, de 21 de abril por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial modificó el artículo 440 de esta última, sustituyendo la denominación de Secretarios Judiciales por la de Letrados de la Administración de Justicia).

²⁴ El Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en el considerando 20 establece que «A efectos del presente Reglamento, se debe dotar al término "tribunal" de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal. Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo. En cambio, el término "tribunal" no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del Derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen

concepto de órgano jurisdiccional se ha justificado por el TJUE en base a la necesidad de lograr una noción propia y autónoma, hablándose así de «órgano jurisdiccional europeo», si bien el propio TJUE entiende que el concepto nacional de jurisdicción de cada Estado debe ser superado²⁵.

Sin embargo, algunas resoluciones del TJUE vienen rechazando el carácter de «órgano jurisdiccional» tanto del notario como del letrado de la Administración de justicia. Así, en STJUE de 16 de febrero de 2017 (JUR 2017/49666) resolvió que, en el contexto del control de abusividad de cláusulas contractuales, el letrado de la Administración de justicia no tiene la consideración de órgano jurisdiccional, por lo que lo declara no competente para plantear cuestiones prejudiciales. Respecto a los notarios, la STJUE de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/104523), en materia de ejecución de resoluciones judiciales, entiende que el carácter no contradictorio del procedimiento notarial impide que los notarios puedan considerarse órganos jurisdiccionales.

funciones jurisdiccionales». El Gobierno español comunicó a la Comisión Europea que los notarios sí que son considerados órganos jurisdiccionales.

El Reglamento del Consejo de la Unión Europea 2016/1103, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, en su considerando 29 contiene una regulación muy similar, si bien sustituye el término «tribunal» por el de «órgano jurisdiccional». A día de hoy, el Gobierno español no ha comunicado a la Comisión Europea si los notarios son o no órgano jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurrió con el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, que contiene idéntico mandato de notificación, por lo que cabe esperar que en materia de régimen económico matrimonial la respuesta sea similar.

²⁵ Es evidente la repercusión práctica que esta concepción amplia de la jurisdicción tendría en nuestro actual sistema procesal, más allá de la elaboración de una filosofía jurídica o de una construcción dogmática, pues exigiría redefinir los otros dos elementos integrantes del Derecho Procesal: la acción, por cuanto podría ser ejercitada ante órganos no judiciales y el proceso, que no tendría que ser necesariamente judicial. Además sería preciso revisar el instituto de la cosa juzgada, y en definitiva, un replanteamiento de la médula espinal de nuestro Derecho Procesal. Por ello, en nuestra doctrina se ha criticado la indefinición del modelo de desjudicialización que se está llevando a cabo mediante la atribución de competencias, cercanas a la función jurisdiccional, a letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores. En este sentido, SOSPEDRA NAVA, F. J.2016, p. 38.

2.- ¿ES JURISDICCIONAL EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL REGULADO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL?

El procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial está regulado en los artículos 806 a 811 de la LEC.

Los artículos 806 y 807 regulan el ámbito de aplicación y la competencia, respectivamente.

Si analizamos los artículos siguientes observamos que delimitan dos fases bien diferenciadas dentro del proceso de liquidación: la fase de inventario, que abarca los artículos 808 y 809 y la fase de liquidación propiamente dicha que regulan los artículos 810 y 811 LEC.

2.1.- ¿ES LA FASE DE INVENTARIO UN PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN?

Como cuestión previa vamos a reflexionar acerca de si la formación de inventario en vía judicial que regulan los artículos 808 y 809 LEC es una fase independiente de la fase de liquidación, de modo que constituyan dos procedimientos procesalmente autónomos o si por el contrario la fase de inventario carece de entidad procesal propia y es simplemente un incidente dependiente del procedimiento de liquidación.

Si bien alguna Audiencia Provincial²⁶ venía a considerar el inventario como una fase independiente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷ atribuyó

²⁶ AAP Santa Cruz de Tenerife de 1 de julio de 2002: «...ese proceso general para la liquidación del régimen económico matrimonial tiene una naturaleza especial en el que, como se ha señalado en la doctrina, se contienen dos procedimientos diferenciados, uno para la formación de inventario y otro para la liquidación, o al menos se trataría de un solo proceso, pero con dos fases autónomas e independientes...» (Ref: La Ley 127572/2002).

²⁷ ATS de 30 de marzo de 2004 (RJ 2004/3425), ATS de 15 de octubre de 2013 (JUR 2013/326831, Recurso 20/2013), Ponente Marín Castán, F.: «Conforme al artículo 477.2 LEC el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por una Audiencia Provincial, por lo que están excluidas del recurso de casación —además de las

naturaleza incidental al juicio verbal previsto en el art. 809.2 LEC, relativo a la controversia sobre inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario. La consecuencia de esta doctrina jurisprudencial es que la sentencia que lo resuelva no pone fin a la primera instancia y la recaída en apelación no constituye una segunda instancia, cerrando así el acceso a la casación. El Auto del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2008 precisa que «[...] la propia LEC/2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso y en el régimen de la nueva LEC/2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el artículo 809.2 es evidente, [...] lo que determina la irrecurribilidad en casación de las Sentencias dictadas en grado de apelación de estos procedimientos».

Esta jurisprudencia ha dado lugar a enérgicas críticas, considerándose más bien una excusa para no admitir el recurso de casación²⁸ y ha propiciado estudios doctrinales con conclusiones radicalmente opuestas al criterio del Alto Tribunal²⁹.

resoluciones que no revisten forma de sentencia— las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelven cuestiones incidentales.

Este criterio —que se ha reiterado por esta Sala desde la entrada en vigor de la LEC— implica que la sentencia recurrida no tiene acceso al recurso de casación, dado que no es una sentencia dictada en segunda instancia, sino una sentencia dictada en grado de apelación en un incidente promovido en el seno de un procedimiento.

Así lo ha declarado esta Sala en ATS de 11 de diciembre de 2012,(Recurso 921/2012, JUR 2012/406383); ATS de 4 de septiembre de 2012, RQ nº 182/2012, 4 de septiembre de 2012, RC Nº 104/2012 —entre otros muchos que los preceden—, en los que se examina la naturaleza incidental en el régimen de la LEC del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 LEC, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC, que determina el carácter no recurrible en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

²⁸ MONTERO AROCA, J. 2014, p. 234.

²⁹ BONET NAVARRO, Á. 2010. El autor analiza el Auto de 16 de abril de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia resolviendo una controversia suscitada en la formación de inventario de un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, fundamenta la inadmisión en la evidente naturaleza incidental

La postura del Alto Tribunal comenzó a cambiar a partir de la Sentencia de 21 de diciembre de 2015³⁰. Si bien esta resolución se limita a reconocer que la regulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial contiene realmente dos procedimientos diferentes, —el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811)—, abre ya el camino a resoluciones posteriores que suponen un cambio radical de criterio³¹. Sirva de ejemplo el Auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2016 (JUR 2016/59037), que precisa que «[...] debe ponerse de manifiesto que la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación 2459/2013 [...]. Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales [...] el capítulo II del título II regula el procedimiento para la

de la formación de inventario. En consecuencia, la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia en la formación de inventario no pone fin a la primera instancia y la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial no es una segunda instancia. Según los criterios de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 solo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia, por lo que, al no darse este requisito legal, no puede admitirse el recurso de casación.

Bonet Navarro entiende que si bien el juicio verbal es el cauce procedimental tanto para los incidentes (art. 393.3) como para el juicio de inventario (arts. 784.5 y 809.2) tal coincidencia no convierte en cuestión incidental lo que es un procedimiento incidental de declaración. Por ello la controversia suscitada en torno al art. 809.2 da lugar a un proceso incidental (que termina con sentencia), pero no es una cuestión incidental (que termina con auto).

Tras desgranar las diferencias existentes entre las cuestiones incidentales del artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento incidental —que en ocasiones es elegido por el legislador para tramitar procesos no propiamente incidentales, por permitir una tramitación rápida y más sencilla— y el procedimiento autónomo que en ocasiones sirve de cauce procedimental a cuestiones incidentales, concluye que lo relevante a efectos casacionales no deriva de la clase de proceso, sino de la clase de resolución recaída en él, y el juicio de inventario termina con una sentencia que aprueba definitivamente el inventario, cerrando la tramitación ordinaria del proceso incidental, y en consecuencia es una sentencia definitiva que pone fin a una verdadera primera instancia.

³⁰ STS de 21 de diciembre de 2015. Pleno. Sala Primera. (Recurso de casación 2459/2013; RJ 2016/75). Ponente Marín Castán.

³¹ AATS 9 de marzo de 2016 (recurso 283/2015 —JUR 2016/59037— y recurso 10/2016 — JUR 2016/59064— respectivamente); ATS de 15 de junio de 2016 (recurso 302/2015 —JUR 2016/139947—); ATS de 25 de enero de 2017 (Recurso 206/2016 — JUR 2017/25106—).

liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) [...]. De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, [...]. La prioridad del procedimiento especial [...] sobre el ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, [...] desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario. Entrando por tanto en el examen del recurso de casación [...]»³².

Desde mi punto de vista, es insostenible la consideración de la fase de inventario como un incidente o como una cuestión incidental. Partiendo de la distinción que hace Bonet Navarro entre cuestión incidental y procedimiento incidental, entiendo que la fase de inventario no es una cuestión incidental de los artículos 387 y ss. de la LEC, sino un presupuesto o una fase necesariamente previa a la fase de liquidación.

Una cuestión incidental es voluntaria, puede plantearse o no, y constituye un obstáculo o entorpecimiento a la continuación del juicio. La fase de inventario, por el contrario, lejos de ser un obstáculo, constituye un requisito necesario y previo a la liquidación.

A mayor abundamiento, la regulación de las cuestiones incidentales en los artículos 387 y ss. LEC presupone que el proceso principal se ha iniciado antes de suscitarse la cuestión incidental. Así, el artículo 390 al regular las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento establece que «cuando las cuestiones supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación

³² En el mismo sentido ATS 9 marzo 2016 (JUR 2016/59064).

del juicio (principal) [...] se suspenderá el curso de las actuaciones [...]». Las palabras «continuación» y «suspenderá» nos están indicando que el proceso principal ya está iniciado. En nuestro caso el tenor literal del art. 810 LEC impediría que el procedimiento de liquidación —que sería el procedimiento principal— se inicie antes de que se haya concluido el inventario —que sería la cuestión incidental—.

Tampoco responde a las características de un procedimiento incidental, porque este exige que exista otro procedimiento principal y simultáneo del que depende, mientras que el inventario es un presupuesto previo a la liquidación. Inventario y liquidación nunca pueden ser simultáneos. La lógica exige que para que se realice la liquidación, necesariamente habrá de existir previamente un inventario de bienes a liquidar. El inventario precede a la liquidación. La propia Ley procesal marca esta diferencia temporal: el momento en que puede iniciarse el inventario será posterior a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio³³ —sin necesidad de que haya recaído sentencia—, o una vez iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial por otra causa al margen del procedimiento matrimonial, mientras que el momento de inicio del procedimiento de liquidación exige como presupuesto previo la firmeza de la sentencia que declare la nulidad, separación o divorcio. En definitiva, la solicitud de inventario puede presentarse antes de que recaiga sentencia de

³³ Sin embargo, el ALRP en caso de nulidad, separación y divorcio si bien el tema nuclear que regulaba es la custodia compartida, introducía importantes modificaciones en los preceptos que estudiamos. Concretamente se imponía con carácter imperativo la presentación simultánea de la demanda de separación, divorcio o nulidad y la solicitud de formación de inventario ya que establecía que, a falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se debería solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, para su posterior liquidación, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa.

nulidad, separación o divorcio, mientras que la solicitud de liquidación únicamente podrá instarse cuando dicha sentencia haya adquirido firmeza, por lo que no resulta imaginable que el pretendido proceso incidental de inventario se inicie antes que el procedimiento principal del que se supone que es incidente.

Entiendo por todo ello que la petición inicial de formación de inventario es instrumental de una petición que se formulará —o no— en una segunda fase: la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que cabría afirmar que el proceso de inventario tiene carácter instrumental del proceso de liquidación, por cuanto es un medio para alcanzar aquella, pero no es incidental desde el punto de vista jurídico procesal.

Pero la pretensión que se ejercita en el proceso de inventario, además de no ser incidental desde el punto de vista formal, tampoco es incidental desde el punto de vista material, pues su objeto es distinto del de la liquidación: en el primero se trata de delimitar los bienes y deudas comunes, mientras que en el segundo la finalidad es liquidar y repartir esos bienes y deudas comunes.

Si ambos procesos tienen pretensiones distintas, la consecuencia lógica es que estemos ante procesos autónomos, distintos e independientes. Cada pretensión genera un proceso.

En esta línea, Montero Aroca³⁴ entiende que la pretensión engendra el proceso, es decir, este no puede existir sin pretensión. Toda pretensión da lugar a un proceso y tan pronto como aparezca o desaparezca la pretensión, aparece o desaparece el proceso.

Ciertamente la pretensión del inventario tiene una vinculación material con la pretensión de la liquidación, pero goza de autonomía procesal. Podríamos

³⁴ MONTERO AROCA. 1979, p. 74.

decir que el proceso de inventario está materialmente vinculado a la liquidación, pero procesalmente goza de autonomía.

Partiendo de que la fase de inventario es procesalmente independiente de la fase de liquidación propiamente dicha, vamos a tratar de determinar si es o no actividad jurisdiccional.

2.2.- ¿TIENE NATURALEZA JURISDICCIONAL LA FASE DE INVENTARIO CUANDO NO EXISTE INTERVENCIÓN DEL JUEZ?³⁵

El art. 809 prevé la posibilidad de que la fase de inventario concluya sin intervención del juez, único titular de la potestad jurisdiccional.

La fase de inventario se inicia con la solicitud de formación de inventario (artículo 808) por cualquiera de los cónyuges o sus herederos, a la que se deberá acompañar una propuesta que contenga las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil, así como los documentos que justifiquen dichas partidas.

A la vista de dicha solicitud, el letrado de la Administración de Justicia mandará citar a los cónyuges —o a los herederos del que hubiera fallecido— a una comparecencia para la formación de inventario (artículo 809 LEC).

Si alguno de los cónyuges no comparece, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido; si comparecen ambos y llegan a un acuerdo, se hará constar en el acta y se dará por concluido el acto; y si se suscitase controversia, se citará a los interesados a una vista, que se tramitará con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

³⁵ Aunque centraremos el análisis en la fase de inventario, la problemática que vamos a plantear es igualmente extensible a la fase de liquidación, ya que el art. 810.4 LEC también contempla la posibilidad de que dicha fase concluya sin intervención del juez.

El análisis del artículo 809 LEC nos lleva a la conclusión de que la fase de inventario se lleva a cabo en presencia del letrado de la Administración de Justicia, sin intervención del juez, si uno de los cónyuges no comparece o si comparecen ambos y llegan a un acuerdo. La intervención del juez tendrá lugar únicamente en el caso de que se suscite controversia.

Por otra parte, como ya hemos dicho, el artículo 807 LEC contiene una norma de competencia al establecer que será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo o haya conocido, o hubiera tenido la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

La conclusión que podríamos extraer de ambos preceptos es que, si bien conforme al artículo 807 LEC cabría afirmar que estamos ante una actividad jurisdiccional —que presupone la intervención del juez— ya que atribuye la competencia al Juzgado de Primera Instancia o al de Violencia sobre la Mujer, ello no casa con lo previsto en el artículo 809 LEC que permite la terminación del procedimiento de inventario sin intervención judicial en caso de que los cónyuges estén de acuerdo, de modo que el juez puede quedar reducido a mero espectador del proceso, cuando su función es dirigir este.

En definitiva, la no intervención del juez excluiría la calificación de «jurisdiccional» del proceso que analizamos³⁶. Pero si no es un proceso

³⁶ Si aplicamos al procedimiento de liquidación los planteamientos doctrinales de las teorías actuales entorno al concepto de jurisdicción, podríamos decir que, en la fase de inventario, la comparecencia ante el secretario no es un acto jurisdiccional puro, porque no interviene el juez investido de *auctoritas*, sino un acto jurisdiccional por conexión, porque sirve para preparar el juicio, o más bien, en dicho acto se anticipa ya qué derroteros va a seguir el juicio, según haya o no acuerdo.

jurisdiccional ¿qué es? ¿Podría tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al faltar la controversia o conflicto entre las partes? Veamos esta última cuestión.

2.3.- ¿ES LA FASE DE INVENTARIO JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O JURISDICCIÓN CONTENCIOSA?

A) INTRODUCCIÓN

La denominación de *iurisdictio voluntaria* tiene su origen en el Derecho Romano³⁷, donde mediante la *in iure cessio* se constituían relaciones procesales puramente ficticias, en las que ni siquiera había controversia o litigio real entre las partes. Los litigantes, puestos previamente de acuerdo, utilizaban la mecánica procesal con fines distintos a los que son propios del litigio. En definitiva, se servían del proceso para formalizar el acuerdo alcanzado previamente.

El progresivo desarrollo del Derecho Romano llevó a la desaparición de la *in iure cessio*, pero los formalismos de aquella original jurisdicción voluntaria se conservaron con la finalidad de dar fuerza jurídica a actos privados, hacer más solemnes determinados negocios jurídico privados o imprimirles autenticidad.

En la época medieval, y especialmente en las Partidas de Alfonso X, los *scriptores* —antecedentes remotos de los actuales notarios— tenían competencia para redactar documentos que dotaban de forma y eficacia a

Podría decirse que la «actividad jurisdiccional pura» está latente, en estado de espera, dando a los cónyuges la oportunidad de que lleguen a un acuerdo sobre el inventario, y sólo cuando esa posibilidad fracasa, se activa la jurisdicción pura, provocando la intervención del juez.

³⁷ La primera referencia que encontramos a la jurisdicción voluntaria es en el Libro I de las Instituciones de Marciano, quien la contraponen a la jurisdicción contenciosa: «todos los procónsules, tan pronto como hubieran salido de Roma, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones». *Apud* BROCÁ-MAJADA CORBAL, «Jurisdicción Voluntaria». Boch 2016.

actuaciones privadas, especialmente adopciones y emancipaciones, materias que guardaban gran semejanza con la jurisdicción voluntaria. Las Partidas sobrevivieron en el tiempo a la Nueva y a la Novísima Recopilación, por lo que regularon la Jurisdicción Voluntaria hasta que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en la que ya se regularon de forma expresa los expedientes de Jurisdicción Voluntaria. Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se ha mantenido vigente hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La expresión jurisdicción voluntaria sobrevive en muchos ordenamientos jurídicos modernos, y bajo ella se engloban procedimientos de muy diversa naturaleza, sin ninguna técnica ni sistemática jurídica. Ello ha generado multitud de definiciones doctrinales y ha provocado que se llegue a hablar del laberinto de la jurisdicción voluntaria.

Las principales dificultades con las que se ha encontrado la doctrina para perfilar el contenido de la jurisdicción voluntaria es la heterogeneidad de los procedimientos³⁸ que se incluyen en ella y la dificultad para deslindarla de la actividad administrativa.

Un sector doctrinal niega que la jurisdicción voluntaria sea una verdadera jurisdicción. Estos autores fundamentan su postura en que la jurisdicción voluntaria carece de alguna nota esencial al concepto de jurisdicción (ausencia de cosa juzgada o ausencia de controversia)³⁹.

³⁸ Entiende GONZÁLEZ POVEDA (1997, p. 61) que «La heterogeneidad de procedimientos que se comprenden bajo la denominación de Jurisdicción Voluntaria es la mayor dificultad para llegar a una conclusión definitiva sobre la naturaleza de esta jurisdicción».

³⁹ *Ibid.* La cosa juzgada es el efecto de la jurisdicción y lo que la define, y tal efecto no se da en los actos de jurisdicción voluntaria, por lo que no tienen naturaleza jurisdiccional, sino administrativa. Por ello entiende este autor que la jurisdicción voluntaria es función administrativa encomendada a los jueces por su imparcialidad y por haberse conferido tradicionalmente a los Tribunales de Justicia la definición de las relaciones de Derecho Privado.

Frente a este sector, otros autores⁴⁰ defienden que la jurisdicción voluntaria es genuinamente jurisdiccional.

Serra destaca el mérito de la teoría de Marini por el hecho de haber centrado la atención en las formas constitutivas de la jurisdicción voluntaria en los casos en que es precisa la actuación del juez para obtener determinados efectos jurídicos que no pueden ser alcanzados por la mera actuación de los interesados, cuya voluntad ha de ser suplida por el órgano judicial, citando como ejemplos la enajenación de los bienes de un menor, la declaración de fallecimiento o las medidas provisionales en relación con los hijos⁴¹. Sin embargo, Serra también presenta objeciones a esta teoría ya que entiende que son motivos de política legislativa los que han llevado

⁴⁰ Destacan MICHELI, SATTÀ Y DE MARINI.

Micheli, para definir la jurisdicción, parte del criterio de la independencia del Juez y lo completa con el criterio de la imparcialidad «donde hay un proceso e interviene un Juez como órgano imparcial e institucionalmente indiferente, allí hay jurisdicción». En consecuencia, la jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción porque el juez es imparcial, siendo irrelevante que exista o no controversia o que se produzca o no el efecto de cosa juzgada. *Apud* González Poveda, B. *La jurisdicción Voluntaria*. 4ª Ed, p. 55.

Sattà defiende también el carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria, estableciendo un límite claro entre jurisdicción y Administración, pues mientras aquella protege intereses privados, la Administración se encarga únicamente de intereses públicos. Frente a la doctrina tradicional que tenía una visión estática y abstracta del ordenamiento, Sattà sostiene que el ordenamiento vive en lo concreto, pues la voluntad de los sujetos es la que lo realiza continuamente: la jurisdicción aparece cuando la voluntad del sujeto no realiza el ordenamiento, se pone en contra de él y, por consiguiente, contra el derecho de otro sujeto. Surge entonces la necesidad de someter la voluntad renuente. *Apud* González Poveda, B., *Ob. cit.*, p. 57.

Su teoría fue desarrollada por De Marini, quien define la jurisdicción voluntaria como «la actuación del Derecho al caso concreto con el fin de tutelar un interés privado insatisfecho por el imposible ejercicio de facultades o poderes por parte de su titular, por obra de un juez imparcial, mediante pronunciamientos constitutivos, discrecionales y modificables que hagan posible o sustituyan tal ejercicio». De Marini defiende la existencia de dos características comunes entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria: la naturaleza privada de los intereses tutelados y la imparcialidad del juez, y tras exponer magistralmente su teoría concluye que, teniendo la jurisdicción contenciosa y la voluntaria un sustrato común: actuación del Derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo Derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de la jurisdicción comúnmente admitida, la jurisdicción voluntaria debía ser estimada verdadera jurisdicción. *Apud* González Poveda, B., *Ob. cit.*, p. 58.

⁴¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., 2008, p. 145.

al legislador a confiar al juez la resolución de los actos de jurisdicción voluntaria, sin que existan motivos sustanciales para ello, afirmando que podría perfectamente suprimirse los actos de jurisdicción voluntaria sin que por ello sufriera la esencia de la jurisdicción.

Existe una tercera postura que podríamos llamar ecléctica ya que entienden que la jurisdicción voluntaria conjuga elementos propios de la jurisdicción y otros de naturaleza administrativa.

Finalmente podríamos hablar de una cuarta tendencia, que considera que no es actividad jurisdiccional ni administrativa sino una función autónoma o especial del Estado⁴².

La doctrina mayoritaria, así como el Tribunal Constitucional, entienden que el artículo 117.4 CE regula la jurisdicción voluntaria cuando establece que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». De este modo entienden que la jurisdicción voluntaria pertenece al ámbito de lo judicial, ya que el artículo 117 CE está bajo el Título VI «Del poder judicial». Esta previsión constitucional vendría a reforzar la naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria.

Pero esta interpretación en mi opinión genera algunos problemas, pues si afirmamos que la jurisdicción voluntaria pertenece a la esfera de lo judicial y además afirmamos que es actividad jurisdiccional ¿cómo justificar la desjudicialización de algunos expedientes de jurisdicción voluntaria? ¿Cómo justificar la atribución de funciones de jurisdicción voluntaria a notarios y registradores?⁴³. Podemos afirmar que alguno de los actos de

⁴² *Apud* BROCÁ-MAJADA, CORBAL., 2016, p. 45.

⁴³ La Exposición de Motivos del Proyecto de Jurisdicción Voluntaria establecía que «la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución, como

jurisdicción voluntaria, como la declaración de herederos abintestato, ha experimentado una evolución desde la absoluta judicialización en la vieja LEC a la total desjudicialización tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pasando por una situación intermedia en la que su tramitación era compartida por juzgados y notarías en función de la relación de parentesco que tenía el causante con sus herederos. ¿Ese cambio de atribución de competencia afecta a la esencia de la jurisdicción?, ¿puede ser decisivo a la hora de calificar o no como jurisdiccional la actividad? En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa: el hecho de atribuir al órgano judicial el conocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria no les imprime a estos carácter jurisdiccional.

En definitiva, entiendo que el elemento orgánico no es suficiente para determinar la verdadera naturaleza de la jurisdicción, debiendo considerar además aspectos objetivos y formales para integrar el concepto que buscamos.

Quizás podríamos entender que ciertamente el artículo 117.4 CE, cuando en el último inciso se refiere a que los Juzgados y Tribunales ejercerán las funciones que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, está atribuyendo a Juzgados y Tribunales competencias ajenas al ámbito jurisdiccional, y entre ellas las competencias en materia de jurisdicción voluntaria. Pero si matizamos más el contenido del precepto, dicha previsión constitucional no agotaría todos los

función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales [...]. El claro encuadramiento de la jurisdicción voluntaria en el apartado 4 del artículo 117 de la Constitución ha permitido atribuir competencia a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional tales como los Secretarios judiciales, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles [...]. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria en el apartado IV del preámbulo considera que «resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria».

procedimientos de jurisdicción voluntaria, es decir, permitiría entender que hay procedimientos de jurisdicción voluntaria fuera de la esfera judicial, lo que justificaría la atribución de competencias a notarios y registradores.

Desde el punto de vista material u objetivo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 evitó definir la jurisdicción voluntaria, optando por describir los actos que la integran, según puso de manifiesto Gómez de la Serna⁴⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 diferenciaba la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria en función de si existía o no controversia o contradicción. Así el artículo 1811 establecía que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas».

El hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 regule el procedimiento de liquidación nos lleva a pensar que se trata de un procedimiento de jurisdicción contenciosa, puesto que aquellos procedimientos considerados por el legislador como jurisdicción voluntaria quedan al margen de la citada ley procesal. En efecto, la LEC remite a una

⁴⁴ «Nada hay que haga dudar de cuáles son los actos de jurisdicción contenciosa: [...] cuando el Juez es llamado a dirimir controversias sobre intereses opuestos, sobre contestaciones encontradas, cuando tiene que atender a las pretensiones contradictorias de los litigantes, escuchar las pruebas que aducen, y apreciar y decidir sus diferencias en el terreno de la ley, no se ha puesto nunca en cuestión que conoce de negocios contenciosos. Pero no puede decirse otro tanto de los actos de jurisdicción voluntaria. Una definición antigua [...] dice que los actos de esta clase dependen [...] de la voluntad de las partes que pueden o no acudir al ministerio judicial. Esta idea equivocada podría conducir a consecuencias lamentables...Esto es lo que quiso evitar la comisión al describir los actos de jurisdicción voluntaria: no definió: estableció implícitamente las reglas de aplicación: quiso cerrar la puerta a cavilosas definiciones antiguas podían suscitar». GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 2 – Madrid 1857-; Apud JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTIZ, 2012, p. 37.

futura Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁵, de modo que hasta la aprobación de esta, esa diversidad de actos englobados bajo la denominación de «jurisdicción voluntaria» siguieron rigiéndose por la vieja Ley Procesal⁴⁶.

B) SITUACIÓN ACTUAL

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha venido a clarificar en cierta medida la cuestión. En el preámbulo pone de manifiesto la función racionalizadora que se propone cumplir, en el ámbito del proceso civil, destacando que la regulación de la jurisdicción voluntaria en una ley independiente de la LEC, no obedece únicamente a razones sistemáticas, sino que considera que su regulación anterior dentro de la Ley Procesal decimonónica obedecía más a una vocación recopilatoria de nuestro Derecho histórico que a un encaje conceptual propiamente dicho.

El artículo 1.1 establece que LJV, tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales y el artículo 1.2 indica que «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

⁴⁵ la Disposición Final decimoctava de la vigente LEC establece que en un plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Si bien se aprobó por el Gobierno un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre de 2006, éste fue finalmente retirado por no alcanzar el apoyo suficiente durante su tramitación parlamentaria. Con la llegada de un nuevo Gobierno, se inició la redacción de un nuevo proyecto que fructificó en la actual Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁶ Sin embargo, resulta cuando menos sorprendente que la LEC regule también procedimientos que tradicionalmente han sido considerados de jurisdicción voluntaria: procedimiento regulado en los artículos 779 y ss., relativo a la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y procedimiento para la división de herencia, regulado en los artículos 782 y ss.

De ambos preceptos podemos extraer dos conclusiones que nos llevan a plantearnos diversas cuestiones:

La primera conclusión, relativa al aspecto orgánico o competencial, es que la LJV únicamente regula los expedientes cuya competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales. En el apartado IX del preámbulo de la ley ya se anticipaba que contiene las normas comunes para la tramitación de los expedientes cuyo conocimiento se atribuye al juez o al secretario judicial, de modo que todos aquellos demás expedientes que con la nueva regulación quedan fuera del ámbito competencial de los tribunales de justicia se regulan extramuros de esta ley⁴⁷. La cuestión que se plantea es que la Ley, al delimitar el objeto y el ámbito de aplicación en el artículo 1, introduce una novedad sustancial al considerar órgano jurisdiccional, además de al juez, al secretario judicial, hoy denominado letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, en el preámbulo (Apartado V) al referirse a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional incluye a los secretarios judiciales, por lo que la contradicción entre el preámbulo y el articulado es evidente.

La segunda conclusión, relativa al aspecto objetivo o material, define la jurisdicción voluntaria como aquella en la que no existe controversia «que deba sustanciarse en un proceso contencioso», por lo que abre la posibilidad a que exista jurisdicción voluntaria cuando, a pesar de existir controversia, esta deba resolverse dentro del expediente de jurisdicción voluntaria. En este sentido, el art. 17.3, párrafo segundo, establece que, si

⁴⁷ Dichos expedientes son los tramitados por notarios y registradores, y se regulan específicamente en la legislación notarial e hipotecaria respectivamente, si bien el artículo 6 de la LJV extiende el régimen jurídico que regula a los expedientes tramitados por notarios y registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del secretario judicial (actualmente letrado de la Administración de Justicia).

alguno de los interesados formulara oposición, no se hará contencioso el expediente ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. En definitiva, puede producirse una situación contenciosa, sin que ello lleve consigo necesariamente su transformación en procedimiento de jurisdicción contenciosa. Esta regulación difiere radicalmente de la que contenía la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, conforme a la cual lo esencial era la falta de controversia, de modo que, si esta surgía, el expediente devenía contencioso. También difiere de la configuración que la jurisdicción voluntaria tenía en el Anteproyecto ⁴⁸ y en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁹.

Como consecuencia de esta nueva configuración, podemos afirmar que los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden tener una triple naturaleza:

- Expedientes de jurisdicción voluntaria puros, que serán aquellos en los que no existe controversia, y por lo tanto no ofrecen ninguna duda de que deben tramitarse por el procedimiento que regula la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁸ El Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción voluntaria disponía que «se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un Tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre partes conocidas y determinadas [...]». Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, Año LIX, octubre de 2005, p. 52.

⁴⁹ El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria establecía que «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario, Registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de Derecho civil y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados» (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Referencia 121/000109, núm. 109-1, de 27 de octubre de 2006, p. 10) y se buscaba como objetivo «desjudicializar o sustraer de los Jueces todas aquellas funciones que no tengan una naturaleza estrictamente jurisdiccional, encomendándoselas a funcionarios cualificados, como los Secretarios judiciales, los Notarios y los Registradores» (Extracto de la respuesta del Ministro de Justicia a la pregunta formulada por una diputada socialista. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 117, de 17 de mayo de 2006, p. 8850).

- Expedientes de jurisdicción voluntaria mixtos, en los que surja controversia, pero respecto a los cuales el legislador, atendiendo a razones de utilidad práctica, considere que no deben transformarse en procedimiento contencioso, sino que deben resolverse de una forma más ágil y simplificada dentro del expediente de jurisdicción voluntaria.
- Expedientes de jurisdicción voluntaria contenciosos, en los que en el momento en el que surja oposición, se transforman en contenciosos. Constituyen la excepción y son los supuestos en los que la ley expresamente así lo prevé.⁵⁰

Esta clasificación nos lleva a afirmar que, en algunos casos, cuando exista controversia, el procedimiento de jurisdicción voluntaria se revela inidóneo para su solución, de modo que esta solo podrá hallarse, tras la presentación de la correspondiente demanda, en la resolución que ponga fin al proceso. No es la controversia en sí, sino la actuación que requiere, la que tiene naturaleza jurisdiccional. Tales casos tendrían encaje en el artículo 117 de la Constitución Española, por lo que serían expedientes propiamente jurisdiccionales, mientras que otros carecerán de este carácter.

En mi opinión la nueva regulación merece una valoración favorable, pero también algunas críticas.

Por un lado, esta ley dota de coherencia y seguridad jurídica a las materias que regula, y además viene a completar la regulación de nuestro sistema

⁵⁰ La LJV contempla esta conversión de la jurisdicción voluntaria en contenciosa en los artículos 37.2 (expediente de adopción en el que los progenitores pretenden la necesidad de prestar su asentimiento y presenten demanda); art. 39.3 (oposición a la adopción); art. 42 bis b) 5 (oposición a la adopción de medidas de apoyo por parte de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados); art. 47.2 (controversia sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario presentado por el tutor o curador); art. 49.1 (expediente de remoción de tutor o curador); art. 97.3 (expediente de fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones conforme a lo previsto en el art. 1128 CC).

procesal, siendo tras la Ley de Enjuiciamiento Civil, el segundo pilar normativo procesal.

Además, entiendo que la LJV ha venido a clarificar algunas cuestiones sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, ya que queda claro que únicamente tienen tal naturaleza los procedimientos judiciales (art. 6), si bien se asimilan a ellos determinados procedimientos notariales y registrales, a los que se aplica el mismo régimen jurídico que a los expedientes de jurisdicción voluntaria propiamente dichos —procedimientos judiciales no jurisdiccionales—.

Respecto a las críticas que merece la regulación, entiendo que no ha puesto fin a la dispersión normativa existente, pues al transferir la competencia de los expedientes no judiciales a otros profesionales (notarios y registradores), deriva también su tramitación a sus respectivas normas reguladoras (Ley del Notariado, Ley Hipotecaria) y a otras normas sectoriales (Ley de Sociedades de Capital). Por ello cabe plantearse si no hubiera sido más acorde con la pretensión de simplicidad y eficacia haber regulado de forma unitaria todos los expedientes tanto los judiciales como los notariales o registrales.

Por otro lado, considero que se ha desaprovechado la ocasión para conceptuar las materias que regula de acuerdo con su verdadera naturaleza. Así, en mi opinión, únicamente tendrán naturaleza jurisdiccional los expedientes que se transformen en contenciosos, los cuales habrían tenido mejor encaje en la LEC. Respecto al resto de expedientes, debería haberse prescindido del término «jurisdicción», ya que en los mismos no se ejerce jurisdicción alguna, aunque intervenga un órgano jurisdiccional, y chirría con la regulación que contiene el art. 117 de

la CE. Podría haberse llamado «Ley de expedientes con tramitación judicial o administrativa», «Ley de procedimientos no jurisdiccionales», etc.

Considero que el mantenimiento de la denominación de «jurisdicción voluntaria» obedece a la tradición histórica pero no se corresponde con la naturaleza actual del procedimiento que estudiamos, pues realmente la jurisdicción voluntaria ni es jurisdiccional ni es voluntaria.

No será jurisdicción si carece de los elementos que constituyen su esencia, y no será voluntaria si viene impuesta con carácter necesario.

Respecto al primer aspecto (jurisdicción), la jurisdicción voluntaria carece de los tres elementos definidores de la jurisdicción: no existe controversia o intereses contrapuestos, el juez no ejerce función jurisdiccional y no produce efectos de cosa juzgada. Podría decirse que se trata de actividad formalmente judicial porque interviene el juez, pero esencialmente administrativa porque tal es la naturaleza de las heterogéneas materias que resuelve, pero en ningún caso será función jurisdiccional porque no existe conflicto ni produce efecto de cosa juzgada. La ausencia de cosa juzgada podría cuestionarse a la luz de lo previsto en el artículo 19.3 de la LJV, a cuyo tenor, resuelto el expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto y lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél. Sin embargo, estamos ante un efecto de cosa juzgada meramente formal, que solo vincula a quienes intervinieron en el expediente, ya que el artículo 19.4 LJV viene a suponer una negación de la cosa juzgada material desde el momento en que establece que lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto.

Respecto al segundo aspecto (voluntaria) ya hemos dicho que realmente tiene carácter necesario. El preámbulo vincula la jurisdicción voluntaria con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. Conviene recordar que la jurisdicción voluntaria tuvo un origen privado, en la *in iure cessio*, basada efectivamente en la voluntad de los interesados, pero en su configuración actual ha perdido totalmente esa esencia originaria, pues en la mayoría de los procedimientos que regula se ha convertido en un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad. Así ocurre cuando la voluntad o el acuerdo de las partes es irrelevante y ha de ser suplida por la decisión judicial (adopción, enajenación de bienes de menores, medidas provisionales en relación con los hijos, declaración de ausencia y de fallecimiento y abintestato). En definitiva, la jurisdicción voluntaria no es realmente «voluntaria», sino necesaria, ya que el solicitante está obligado a iniciar el procedimiento para lograr la producción de determinados efectos jurídicos.

Desde el punto de vista sustantivo, la crítica más severa que puede hacerse es la relativa a la confusión que crea la nueva regulación respecto a la verdadera naturaleza de la función que desempeñan los letrados de la Administración de Justicia: ¿es o no es jurisdiccional?⁵¹. La misma cuestión cabría plantearse respecto a los notarios cuando ejercen funciones

⁵¹ Como ya hemos puesto de manifiesto, desde el punto de vista subjetivo o competencial, la LJV se contradice a sí misma, pues al delimitar el objeto y el ámbito de aplicación en el artículo 1, considera órgano jurisdiccional al letrado de la Administración de Justicia mientras que en el preámbulo (Apartado V) al referirse a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional incluye a los secretarios judiciales.

concurrentes con los letrados de la Administración de Justicia. A título de ejemplo, respecto a los procedimientos de divorcio y separación de mutuo acuerdo, entiendo que resulta difícil atribuir competencias decisorias a letrados de la Administración de Justicia y a notarios, pues desbordan los límites del artículo 90 CC que permite no aprobar la propuesta de convenio regulador que presentan las partes, cuando consideren que alguno de los pactos pueda ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos. La decisión de aprobar o no el convenio regulador tiene naturaleza jurisdiccional y su atribución a un órgano no jurisdiccional, ya sea letrado de la Administración de Justicia o notario, colisiona con el concepto constitucional de jurisdicción⁵².

Por ello, en mi opinión, el letrado de la Administración de justicia no tiene jurisdicción porque desde el punto de vista normativo, lo impide el art. 117 CE, y desde el punto de vista material, la *auctoritas* corresponde en exclusiva a jueces y tribunales. Podríamos admitir que las funciones que ejerce en materia de jurisdicción voluntaria son formalmente jurisdiccionales, pero lo cierto es que son sustancialmente administrativas⁵³.

⁵² En los supuestos en los que existe un acuerdo previo de los interesados, la doctrina entiende que la solución puede venir admitiendo que, sobre la base de ese acuerdo, las competencias decisorias realmente constituyen una atribución legal de funciones arbitrales al letrado de la Administración de Justicia o al notario, lo cual es un campo que potencialmente podría desjudicializar numerosos conflictos. SOSPEDRA NAVAS, F. J., 2016, p. 39.

⁵³ Cabría objetar que la jurisdicción voluntaria tiene delimitada su actuación al ámbito de los intereses y derechos privados, ausentes en la actividad administrativa. Sin embargo, Gimeno Gamarra entiende que tal apreciación no eliminaría el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria por cuanto la actividad administrativa tiende también, aunque sea de forma mediata, a la protección de intereses particulares. Por su parte, Liébana Ortiz considera que se trata de una potestad administrativa innominada que al desarrollarse en el ámbito judicial se trata del ejercicio de actividad administrativa en el ámbito judicial. *Apud* Brocá-Majada, Corbal. 2016, p. 45.

Finalmente, crítica merece también el hecho de que la LJV no haya servido para poner fin definitivamente a las discusiones doctrinales en torno a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, por lo que el debate sigue abierto.

C) LA FORMACIÓN DE INVENTARIO Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

¿El procedimiento de formación de inventario regulado en los artículos 806 a 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil participa de las características de la jurisdicción voluntaria?

Podemos afirmar que el procedimiento de formación de inventario se asemeja a la jurisdicción voluntaria en la forma de iniciarse el procedimiento, ya que quien insta la formación de inventario no formula una «pretensión» en forma de demanda⁵⁴, sino una «petición» escrita y el conflicto de intereses no existe en principio, por lo que faltaría esta nota esencial del concepto de jurisdicción⁵⁵.

En el procedimiento de inventario, como en el de jurisdicción voluntaria, no cabe hablar de acción y pretensión. Además de no existir controversia inicial, puede que tampoco existan intereses contrapuestos entre los cónyuges. Es evidente que quien insta el procedimiento tiene interés en identificar todos y cada uno de los bienes con una finalidad concreta, que

⁵⁴ En este sentido SAP de La Coruña de 30 de junio de 2020 (JUR 2020/252233), que cita otras (SAP de Cáceres de 6 de mayo de 2004 –JUR 2004/161871–; SAP de La Coruña de 19 de noviembre de 2012 –JUR 2013/35172–; y SAP de Murcia de 26 de febrero de 2018 –AC 2018/598–). También las SAP de Valladolid de 6 de abril de 2016 (JUR 2016/101167); SAP de Valencia de 26 de septiembre de 2011 (JUR 2011/417867).

⁵⁵ ESCALADA LÓPEZ, M. L. Y PÉREZ GIL, J. (2019, p. 361) entienden que estamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria por varias razones: porque en origen no existe controversia, porque la intervención del juez es eventual frente a la constante presencia del letrado de la Administración de Justicia y porque la terminología utilizada por el legislador en la LEC es propia de la jurisdicción voluntaria («solicitud» en vez de «demanda», «interesados» en vez de «partes»), destacando además que la única ocasión en la que se hace referencia a la terminología propia de la jurisdicción contenciosa es el art. 809.2 LEC, precisamente para referirse a la existencia de discrepancia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto o importe de las partidas del inventario.

no es otra que repartirlos e individualizar su derecho sobre ellos, y tal interés puede ser compartido por el otro cónyuge, por lo que ambos orientarán su actuación a la consecución de un mismo fin, o puede que el otro cónyuge tenga pretensiones complementarias o conexas y no necesariamente opuestas.

La petición va dirigida al juez, pero no se ejercita pretensión contra persona determinada. Esta ausencia de controversia es propia de la jurisdicción voluntaria. Es un procedimiento sin partes, ya que no existen en él personas con posiciones enfrentadas o contrapuestas.

La ausencia de controversia elimina la dualidad o bilateralidad. Por ello no resulta aplicable el principio de contradicción, esencial en la jurisdicción contenciosa.

Además, la función del órgano judicial es más de garantía y de conveniencia de su intervención que decisoria o resolutive, teniendo un cometido de preparación del juicio ordinario contencioso, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, y es en tal caso de falta de acuerdo cuando el procedimiento adquiere naturaleza contenciosa, no antes.

Finalmente, la nueva redacción dada al art. 809.1 LEC que sustituye la expresión impersonal «se señalará» por «el letrado de la Administración de Justicia» podría interpretarse como una intención del legislador de dotar de naturaleza de jurisdicción voluntaria al proceso de inventario.

Hasta aquí podríamos mantener que la fase de inventario es jurisdicción voluntaria⁵⁶.

⁵⁶ El Tribunal Supremo antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 consideraba que el juicio de testamento, que era el cauce procesal para la liquidación del régimen económico matrimonial, era un procedimiento no contencioso (STS 704/1994, de 14 de julio de 1994. Sala 1ª. Ponente Nosete Almagro —RJ 1994/6396—): «El juicio voluntario de testamento, como su denominación denota, tiene un origen no contencioso, sino voluntario, y ya esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es

Sin embargo, también tiene rasgos propios de la jurisdicción contenciosa. Así, el artículo 809 LEC establece que, si se suscitase controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. El juicio verbal aparece regulado en los artículos 437 a 447 LEC, estableciendo este último precepto excepciones a los efectos de cosa juzgada en casos especiales, entre los que no cabe incluir el aquí analizado, por lo que hemos de concluir que la sentencia dictada en la fase de inventario produce el efecto de cosa juzgada. A diferencia de ello, en la fase de liquidación, el artículo 810 remite a los artículos 785 y ss. LEC, relativos a la liquidación de herencia, negando el efecto de cosa juzgada a la sentencia que se dicte (artículo 787.5 segundo párrafo LEC).

En consecuencia, estamos ante una fase dentro del procedimiento de liquidación que puede concluir con sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada. Recordamos que el efecto de cosa juzgada es exclusivo de la jurisdicción, —aunque no siempre la jurisdicción produzca aquel efecto⁵⁷—. De acuerdo con el razonamiento anterior, podríamos afirmar que la fase de inventario sí es actividad jurisdiccional cuando surge la controversia.

D) CONCLUSIÓN FINAL

Encontramos por lo tanto argumentos tanto a favor como en contra de la calificación del procedimiento de inventario como de jurisdicción

contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional como ocurre con el juicio declarativo ordinario [...] no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten escapan del ámbito del juicio de testamento en cuanto que desde el momento de iniciado existen discrepancias entre las partes, respecto de los bienes que integran la masa hereditaria [...]».

⁵⁷ Como afirma Reyes Gallur, no toda sentencia firme produce efecto de cosa juzgada, pues el art. 447 LEC establece que carecerán de dicho efecto las sentencias a las que la Ley niegue tal efecto. REYES GALLUR, J. J., 2012, p. 47.

voluntaria, hasta el punto de que en la doctrina se ha llegado a considerar que estamos ante un procedimiento «mutante»⁵⁸.

Montero Aroca⁵⁹ entiende que la actuación de la jurisdicción debe ponerse en marcha ante cualquier petición que se formule. Afirma este autor que, a pesar de la terminología que utiliza la LEC, que se refiere a «solicitud», estamos ante una auténtica demanda porque se trata de un verdadero proceso jurisdiccional y todo proceso comienza con una demanda. Apoya esta tesis en que el solicitante no se limita a pedir que se forme inventario, sino que propone uno concreto, por lo que ejercita una verdadera pretensión, hace una petición concreta con un contenido concreto⁶⁰. Guasp afirma que lo verdaderamente relevante para el proceso no es la existencia de conflicto, que no es necesaria, sino la reclamación ante el juez.

En mi opinión, respecto al elemento orgánico, la facultad para ejercer la jurisdicción corresponde en exclusiva a jueces y tribunales. La autoridad que preside toda actuación judicial implica que el juez es imparcial e independiente, con desvinculación del poder ejecutivo e incluso del poder judicial, ya que debe interpretar las normas con generalidad y abstracción, o bien debe resolver en equidad también con objetividad e imparcialidad. Frente a ello la Administración carece de autoridad y de imparcialidad, aunque también actúe el derecho positivo.

Por ello comparto con Carreras⁶¹ la idea de que solo la *auctoritas* del juez nos permite conocer la verdadera esencia de la jurisdicción, de tal modo que el juicio se impone por la bondad intrínseca de su contenido y por la

⁵⁸ DE LA SERNA BOSCH, J. 2020, p. 32.

⁵⁹ MONTERO AROCA, J. 1979, p. 94.

⁶⁰ MONTERO AROCA, J. 2014, pp. 195, 201 y 218.

⁶¹ FENECH/CARRERAS, 1962, pp. 112, 123.

autoridad y prestigio de quien lo emite. Como consecuencia de ello vincula jurídica y moralmente por sí mismo a los destinatarios.

Respecto al elemento objetivo, la finalidad que persigue ese ejercicio jurisdiccional, que es un ejercicio de autoridad, es el *ius dicere*, con una doble proyección. Por un lado tiene una finalidad pública, que es la aplicación de la norma, la realización del Derecho de un modo irrevocable, por otro lado tiene una finalidad privada que no es otra que satisfacer pretensiones y resistencias, de acuerdo con el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho de todos a promover la actividad jurisdiccional a fin de obtener una decisión sobre las peticiones que ante ella formulen⁶².

El juez investido de autoridad cumple así dos fines: concretar el Derecho de forma irrevocable y satisfacer pretensiones y resistencias.

La determinación irrevocable del Derecho nos lleva a definir la jurisdicción como la aplicación de la norma general y la creación de la norma individual que obliga a las partes. La sentencia actúa como acto regulador y la cosa

⁶² Esta doble finalidad de la actividad jurisdiccional la refleja magistralmente SOTO NIETO, F. en *Jueces y Abogados*. (pp. 899, 900 y 906) al afirmar que el juez, mediante la aplicación diaria y renovadora del Derecho, «hace la ley». El juez viene a ser un legislador de segundo grado, con la enorme responsabilidad de elaborar soluciones concretas de justicia. El monopolio ordenador de que la ley hace gala queda desmentido en la práctica, lo que lleva a afirmar a Carnelutti que, si el legislador tiene las enseñanzas de la soberanía, el Juez tiene sus llaves. En definitiva, el Tribunal es órgano intérprete y creador, fuerza viva de propulsión social. Lo que es el Derecho en su dimensión y en su vigencia queda definido en las resoluciones judiciales. Pero el Derecho no puede entenderse como conjunto de reglas o normas extraídas de un laboratorio. Los fenómenos jurídicos son primariamente fenómenos colectivos o sociales y, a su vez, fenómenos individuales en cuanto cualquier preceptiva jurídica necesariamente se dirige al individuo y tiene su reflejo en él. Según el citado autor, el Derecho de nuestro país pasa a través de nuestras arterias, de nuestros músculos, de nuestro cerebro. Por ello el Derecho no procede exclusivamente del legislador. Se consolida, vivifica y afirma, gracias al fervor ciudadano que cree en él y que reacciona cuando comprueba que es atropellado y sufre en sus carnes las consecuencias de la incivildad o la violencia.

juzgada es un efecto necesario de la jurisdicción y por ello elemento integrante de su definición.

Pienso que, aunque ciertamente lo más habitual es acudir a la jurisdicción partiendo de la existencia previa de un conflicto, este no siempre ha de existir previamente para activar aquella. Por ello entiendo que el concepto básico no es el de «conflicto de intereses», sino el de «satisfacción de intereses». El conflicto de intereses pone en marcha la actividad jurisdiccional, la pretensión de satisfacción de un interés pone en marcha la actividad judicial que puede derivar en jurisdiccional a lo largo del procedimiento. La actividad jurisdiccional solamente se inicia cuando se presenta una demanda, es decir, cuando hay confrontación de intereses. Si no es así, se desarrolla la actuación judicial, pero no la jurisdicción.

Ahora bien, el hecho de que la controversia no sea necesaria «*ab initio*» no quiere decir que esta no pueda surgir en un momento posterior. En el procedimiento de liquidación, la pretensión común de satisfacción de intereses tiene como objeto la delimitación previa del activo y pasivo comunes, y es esta concreción de derechos y cargas comunes lo que puede hacer brotar el conflicto y provocar la intervención del juez, de modo que es posible que surja la controversia en un momento posterior a la petición inicial, y es en ese momento cuando el procedimiento se transforma en jurisdiccional. La actividad jurisdiccional no está presente desde el inicio, sino desde que surge el conflicto, pero una vez que surge, impregna todo el procedimiento. Para que el procedimiento sea jurisdiccional basta con que el litigio esté presente en algún momento, no en todo el procedimiento. Del mismo modo que es posible también la situación contraria, es decir, que el conflicto exista en el momento inicial pero que desaparezca a lo largo del procedimiento. Esta situación procesal puede darse en caso de transacción o acuerdo, en virtud del derecho de

disposición de los litigantes que contempla el artículo 19 de la Ley Procesal, sin que se ponga en duda el carácter jurisdiccional de toda la actuación del juez, tanto la anterior como la posterior a la transacción o acuerdo.

Centrándonos en el procedimiento de inventario, entiendo que es jurisdicción contenciosa tanto si atendemos a razones de tipo formal y sistemático como si valoramos motivos sustanciales.

Desde el punto de vista formal, en primer lugar, el legislador ha regulado la liquidación del régimen económico matrimonial, y dentro de ella el inventario, en la LEC, lo que evidencia que desde el punto de vista de política legislativa se le ha dado tratamiento de jurisdicción contenciosa y no voluntaria. Si el legislador del año 2000 hubiese considerado que es jurisdicción voluntaria hubiera reservado esta materia para regularla en la futura Ley de Jurisdicción voluntaria (como ha hecho, por ejemplo, al regular en el art. 47 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria la formación de inventario por el administrador de los bienes en la constitución de la tutela y la curatela, regulación que es muy similar a la del art. 809.2 de la LEC).⁶³

En segundo lugar, la Exposición de Motivos de la LEC, al referirse al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, lo considera un procedimiento que permitirá solventar cuestiones que no se hayan querido o podido resolver «sin contienda judicial», es decir, está presuponiendo la existencia de controversia.

En tercer lugar, el artículo 806 de la LEC presupone la existencia de desacuerdo, y el desacuerdo deriva en conflicto. Dicho precepto atribuye

⁶³ Aunque realmente no resulta muy coherente que en el caso del inventario de la liquidación del régimen económico matrimonial el legislador haya considerado que tiene naturaleza contenciosa y en el de la formación de inventario en la tutela y curatela tenga naturaleza de jurisdicción voluntaria. Es evidente que el legislador no ha tenido en cuenta la similitud de ambos procedimientos a la hora de buscarles encaje procesal.

al procedimiento de liquidación un carácter supletorio ya que en principio habrá de estarse a lo acordado por los cónyuges, y solo en caso de que tal acuerdo no exista es posible iniciar el procedimiento judicial de liquidación. Es decir, el procedimiento judicial es consecuencia del desacuerdo.

En cuarto lugar, el hecho de que el legislador se refiera en el art. 809.1 a que «el letrado de la Administración de Justicia señalará «día y hora [...]» o «[...] procederá el letrado de la Administración de Justicia, con los cónyuges, a formar el inventario [...]» no otorga naturaleza de jurisdicción voluntaria a todo el procedimiento de inventario, pues la función que cumple el letrado de la Administración de Justicia, si bien es de impulso procesal, de asistencia a los cónyuges y de documentación —y por ende no jurisdiccional— está incardinada dentro del procedimiento de inventario, que tiene naturaleza de jurisdicción contenciosa. En mi opinión no puede analizarse el acto de la comparecencia aisladamente, sino como una pieza más del puzle jurisdiccional del que forma parte, el procedimiento de liquidación, el cual a su vez forma parte del procedimiento matrimonial. La parte es una pieza más del todo y ese todo es mucho más que la suma de las partes porque está presidido por una autoridad común, el juez. Debe ser así porque el hecho de que determinados actos procesales se lleven a cabo sin la presencia física del juez no les priva de su naturaleza jurisdiccional, que les viene dada por estar incardinados en un procedimiento jurisdiccional. No entenderlo así nos llevaría a fragmentar los procesos en compartimentos estancos, dependiendo la calificación jurídica de cada acto procesal del órgano que lo presida, juez o letrado de la Administración de Justicia. Además, la presencia del juez existe siempre en el proceso jurisdiccional, porque este estará presidido siempre y en todo caso por la *auctoritas* del juez, aun cuando no intervenga directamente en todos y cada uno de los actos procesales que integran el

proceso. La *auctoritas* del juez impregna todo el proceso, esté o no presente en todos y cada uno de los actos procesales.

En quinto lugar, si analizamos la génesis normativa para conocer la intención del legislador, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2007, que finalmente no fue aprobado por el Senado, buscaba entre otros objetivos, «desjudicializar o sustraer de los jueces todas aquellas funciones que no tengan una naturaleza estrictamente jurisdiccional, encomendándoselas a funcionarios cualificados, como los secretarios judiciales, los notarios y los registradores»⁶⁴, por lo que *a sensu contrario*, cabe suponer que las materias no incluidas en dicha ley no lo han sido por participar de una naturaleza distinta.

En sexto lugar, la LJV, al regular en el artículo 47 la formación de inventario en el procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la tutela y a la curatela, establece que si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, el secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, por lo que es evidente que se transforma en jurisdicción contenciosa cuando surge la controversia y se asimila en este sentido a lo dispuesto en la LEC para el inventario de la liquidación del régimen económico matrimonial⁶⁵.

⁶⁴ Extracto de la respuesta dada por el Ministro de Justicia, Sr. López Aguilar, a la pregunta formulada por la diputada socialista Sra. Couto Rivas sobre cuáles eran las iniciativas que tenía previstas el Gobierno para dar cobertura al compromiso de regulación de la jurisdicción voluntaria. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 117, de 17 de mayo de 2006, p. 8850.

⁶⁵ Como ya hemos puesto de manifiesto, no resulta coherente que el legislador haya regulado de forma diversa dos procedimientos tan similares, pues el procedimiento de formación de inventario en la liquidación del régimen económico matrimonial se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil mientras el procedimiento de formación de inventario en la tutela y en la curatela se regula en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Ahora bien, advertimos que la regulación del inventario relativo a la tutela y curatela tiene una peculiaridad porque el precepto continúa diciendo «suspendiéndose su formación hasta que la misma sea resuelta». Es decir, una vez resuelta la controversia por los trámites del juicio verbal, parece que el espíritu de la ley es que se levante la suspensión y el expediente siga su curso por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

Desde el punto de vista material, en primer lugar entiendo que cuando un cónyuge o ex cónyuge acude al juzgado para instar la liquidación es porque existe un conflicto en potencia,⁶⁶ pues es evidente que si los cónyuges están de acuerdo, si no existe controversia, no acuden al juzgado, ya que tienen la posibilidad de liquidar su régimen económico matrimonial de una forma mucho más sencilla y menos costosa ante el notario. En la práctica, cuando no existe contienda, las partes acuden a la notaría, no al juzgado. Además, existe la percepción social de que cuando existe desacuerdo, resuelve el juez; al juzgado se va cuando hay conflicto, manifiesto o latente, actual o en potencia.

En segundo lugar, entiendo que la existencia de controversia no es un elemento esencial al inicio, pues puede existir actividad jurisdiccional sin controversia en cualquier tipo de pleito que se reconduce al acuerdo o transacción, al amparo del artículo 19.2 de la LEC. En una gran mayoría de juicios cabe el acuerdo o la transacción, y no por ello deja de ser jurisdiccional la actividad que desarrolla el órgano judicial una vez que el acuerdo se ha alcanzado. Basta con que la controversia esté presente en alguno de los momentos del procedimiento para que el procedimiento sea

⁶⁶ En este sentido, Carnelutti entiende que toda demanda o solicitud que se presenta ante los juzgados o tribunales lleva inherente un conflicto en potencia o en acto. *Apud* Liébana Ortiz, J. R., *Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*, p. 56.

jurisdiccional. En definitiva, el mero hecho de acudir al órgano judicial nos sitúa ya en la antesala del conflicto.

Por todo lo expuesto, podríamos concluir que el procedimiento de formación de inventario sí es jurisdicción contenciosa porque la simple posibilidad de que brote el conflicto latente imprime carácter jurisdiccional a todo el procedimiento de liquidación.

CAPÍTULO III

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

CAPÍTULO III

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Asistimos a una creciente interrelación a nivel mundial y, en consecuencia, a un aumento de los litigios que tienen algún punto de conexión con distintos Estados, cada uno de los cuales dispone de sus propios servicios jurisdiccionales. Esta diversidad normativa plantea lo que en la doctrina se denomina problemas de internacionalidad procesal⁶⁷.

Por ello vamos a estudiar la jurisdicción como uno de los presupuestos procesales que debe concurrir en el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto. Es lo que denominamos jurisdicción de los tribunales españoles o competencia judicial internacional.

La jurisdicción es una cuestión de soberanía ya que es ejercida por uno de los poderes que estructura y sustenta el Estado, el poder judicial. Aunque la jurisdicción es única, es preciso conocer las reglas que determinan en cada caso qué órgano judicial la ejerce.

En el ordenamiento jurídico español esas reglas están contenidas en el artículo 117.3 CE, los artículos 36 a 39 LEC y artículos 21 a 25 de la LOPJ.

En el ámbito europeo, la libre circulación de personas ha generado problemas competenciales que han puesto de manifiesto la necesidad de armonización

⁶⁷ VIRGÓS SORIANO, M Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., 2000, p. 27: «los problemas de internacionalidad procesal constituyen el objeto propio del Derecho procesal civil internacional (DPCI). Por lo tanto, podemos ofrecer ya una definición aproximativa de lo que es el DPCI: aquel sector del Derecho procesal civil cuyo objeto es resolver los problemas procesales asociados al fraccionamiento jurídico del mundo y a la división territorial de los servicios jurisdiccionales estatales». En parecido sentido AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. ET AL., 2002, p. 19.

normativa, que se lleva a cabo mediante la unificación de las normas de conflicto de jurisdicciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

1.1.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La falta de armonización del derecho sustantivo⁶⁸ y la diversidad de normas de conflicto existentes en los Estados de la Unión Europea ha supuesto la ausencia de un instrumento común aplicable en materia de régimen económico matrimonial, lo que ha generado problemas jurídicos no solo por la falta de compatibilidad de las diferentes normas reguladoras de la materia y por la posibilidad de conexión simultánea con varias normas que puedan resultar aplicables, sino también y sobre todo por los problemas de seguridad jurídica que ocasiona a los ciudadanos europeos el fenómeno denominado «relatividad de soluciones en Derecho internacional privado», ya que, por ejemplo, los cónyuges pueden desconocer qué ley será aplicable a su divorcio futuro, pues dicha ley dependerá de cuál sea el tribunal competente para conocer del proceso, que a su vez vendrá determinado por la decisión que adopte el cónyuge demandante al presentar la demanda ante un tribunal de un determinado Estado por considerar que su ley estatal resulte más favorable a sus intereses⁶⁹.

⁶⁸ Desde el punto de vista material conviene precisar que la Unión Europea carece de competencia para llevar a cabo la armonización legislativa en materia de derecho sustantivo de familia de los Estados miembros, ya que los Tratados excluyen expresamente esta materia.

⁶⁹ Incluso se ha llegado a hablar de manipulación de los criterios de competencia judicial internacional (*forum shopping*) porque un cónyuge puede plantear estratégicamente la demanda en el lugar que considere más favorable a sus intereses o más desfavorable al otro cónyuge. QUINZÁ REDONDO, J. P., 2016, p. 214.

En la práctica la falta de uniformidad normativa ha dado lugar a una autonomía de la voluntad oculta o al llamado «turismo divorcista» que opera sobre la ecuación «*Forum Shopping + exequatur = elección de la ley aplicable al divorcio*». Frente a esa situación anterior, la normativa comunitaria opta por fortalecer la autonomía de la voluntad de los cónyuges eliminando el «*Forum Shopping + exequatur = elección de la ley aplicable al divorcio*», que oscurece las soluciones jurídicas y acaba por beneficiar a los cónyuges más ricos, que son los que se pueden permitir el turismo divorcista. CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. 2009, Vol. 1, pp. 43 y 53.

Hasta fechas muy recientes, ningún instrumento de la Unión Europea incluía en su ámbito de aplicación el régimen económico matrimonial. Más bien al contrario, la normativa comunitaria excluía expresamente cualquier regulación relativa a las cuestiones patrimoniales entre cónyuges⁷⁰.

Sin embargo, en los últimos años la Comisión Europea ha tenido como prioridad abordar la cuestión relativa a las normas de conflicto de leyes con el objetivo de armonizar las normas nacionales, y fruto de ello es la normativa que analizamos a continuación: el Reglamento 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales y el Reglamento 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la

⁷⁰ El Convenio de La Haya, sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 14 de marzo de 1978, si bien pretendía establecer reglas de conflicto uniformes de modo que la ley aplicable al régimen económico matrimonial fuese siempre la misma, sólo fue ratificado por Francia, Luxemburgo y los Países Bajos.

El Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre 2000, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (derogado por el art. 80 del Reglamento 1215/2012) en su artículo primero excluía de su ámbito de aplicación lo relativo a los regímenes matrimoniales. En el mismo sentido se pronunciaba el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; dicho Reglamento derogó el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo, competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El Reglamento 2201/2003 en el considerando 8 establece que sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las consecuencias patrimoniales del mismo. En el mismo sentido el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. La Comisión Europea emitió el Libro Verde el día 17 de julio de 2006, sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que dejaba constancia de que la materia de los regímenes matrimoniales estaba excluida de los instrumentos comunitarios; finalmente el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, —que deroga el Reglamento 44/2001— excluye expresamente en su artículo 1.2 a) los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio, por lo que existía una falta de armonización o coherencia entre las normas nacionales reguladoras de esta materia.

ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Ambos Reglamentos suponen un gran avance en la uniformidad del Derecho de Familia en la Unión Europea ya que, como decimos, regulan por primera vez la competencia judicial internacional para conocer de un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. El mérito de estas normas es doble porque contienen una regulación uniforme tanto para determinar la competencia judicial como la ley aplicable (*fórum y ius*), los cuales aparecen interconectados en muchas ocasiones ⁷¹.

Me centraré en el análisis del Reglamento 2016/1103 que es el que contiene las normas para determinar la competencia en la materia que estudiamos, si bien hemos de acudir también a otras normas comunitarias que resultan aplicables en casos de conexidad. Se trata del Reglamento nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, y del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por la conexidad existente entre el proceso de crisis matrimonial y el de liquidación del régimen económico matrimonial. Así, en los casos en los que

⁷¹ En la doctrina se dice que «Existe una profunda relación entre la competencia judicial y la competencia legislativa, entre la determinación del tribunal competente y la designación del derecho aplicable, entre el *forum* y el *ius*. La solución del conflicto de jurisdicciones, si bien no determina automáticamente la solución del conflicto de leyes, sí influye sobre ella. Una cierta correspondencia o correlación entre ambas competencias ha sido sostenida por numerosos autores, y de manera especialmente brillante por el profesor J.D. González Campos. La tendencia del juez del foro a aplicar su propio derecho, la *lex fori*, obedece, en primer término, a la territorialidad en la aplicación de las normas de conflicto» (AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., 2002, p. 13).

exista conexidad entre el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial y el proceso sucesorio por fallecimiento de uno de los cónyuges o el proceso de crisis matrimonial, la competencia viene regulada en los citados Reglamentos 650/2012 y 2201/2003 respectivamente.

Haré también una breve referencia al Reglamento 2016/1104 relativo a uniones registradas, cuya regulación es similar al Reglamento 2016/1103.

Finalmente me referiré a los supuestos en los que no resulta aplicable la normativa europea.

A) REGLAMENTO 2016/1103

El Reglamento 2016/1103 fue adoptado por el procedimiento de cooperación reforzada que prevé el art. 329.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, por lo que solo vincula a los Estados miembros de dicha cooperación⁷². Contiene dos sistemas de delimitación de la competencia judicial internacional: acumulación de competencias y foros subsidiarios⁷³.

⁷² Son 18 los países adscritos al sistema de cooperación reforzada: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia.

⁷³ La cuestión que cabe plantearse es si esta norma al regular el régimen económico matrimonial se refiere únicamente a aspectos relativos al régimen aplicable o hemos de entender que también incluye su liquidación. En mi opinión el Reglamento 2016/1103 no deja lugar a dudas en cuanto a la vocación de llevar a cabo una regulación uniforme en la materia que tratamos. Así, en su considerando 6 pone de relieve que las dificultades a las que se enfrentan las parejas en Europa a la hora de liquidar su patrimonio común es una cuestión prioritaria para la Comisión; asimismo en el considerando 7 se hace eco del Programa del Consejo Europeo (Programa de Estocolmo) que considera que el reconocimiento mutuo debía extenderse a los ámbitos aún no cubiertos pero que son fundamentales en la vida diaria, como los derechos económico matrimoniales; en el considerando 8 refleja que la Comisión anunció la adopción de una propuesta legislativa con el fin de eliminar los obstáculos para resolver los problemas a los que se enfrentan las parejas para la administración o división de su patrimonio; el considerando 18 establece que el ámbito de aplicación del Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho Civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio como con la liquidación del régimen, el considerando 43 establece que la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, continuando el considerando 52 diciendo que la ley que se determine aplicable al régimen económico matrimonial debe regirlo desde la clasificación de los bienes durante el

a).- Acumulación de competencias: Es el denominado foro de conexidad porque da prevalencia al órgano judicial que esté conociendo de un proceso anterior en materia de sucesiones o de crisis matrimonial, al objeto de facilitar la buena administración de justicia (Considerando 32)⁷⁴.

a).1. Conexión a un proceso sucesorio: El art. 4 del Reglamento 2016/1103 establece que cuando un órgano judicial de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento 650/2012⁷⁵, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión.

Por ello cuando uno de los cónyuges haya fallecido y exista un procedimiento abierto para resolver su sucesión, la determinación de la competencia para conocer del régimen económico matrimonial vendrá determinada por el citado Reglamento sucesorio europeo 650/2012, que contiene cuatro foros organizados de forma jerárquica:

matrimonio y después de su disolución hasta la liquidación del patrimonio, en parecido sentido el considerando 72, que precisa que el objetivo del Reglamento es lograr «la libre circulación de las personas en la Unión, la posibilidad de que los cónyuges organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y con terceros, durante su vida en pareja y al liquidar su patrimonio...».

⁷⁴ Este considerando establece que «A fin de tener en cuenta la movilidad creciente de las parejas durante su matrimonio y facilitar la buena administración de la justicia, las normas de competencia recogidas en el presente Reglamento deben permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. Para ello, el presente Reglamento debe tratar de concentrar la competencia en materia de régimen económico matrimonial en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales deban resolver sobre la sucesión de uno de los cónyuges de conformidad con el Reglamento (UE) nº 650/2012 o el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio de conformidad con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo».

⁷⁵ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

1.- Foro de nacionalidad del causante: El art. 7 otorga la competencia para regular la sucesión a los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante en virtud del art.22, precepto conforme al cual cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

En consecuencia, la vinculación del proceso de liquidación al proceso sucesorio permite que, mediante el ejercicio de la *professio iuris* o elección de la ley aplicable, será el causante, en vida, quien decida qué tribunal será el competente para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial, siempre que se cumplan determinados requisitos que vamos a analizar a continuación.

En primer lugar, conforme al citado art. 7, al hacer uso de la *professio iuri* el causante debe elegir como ley reguladora de su sucesión la ley del Estado de la nacionalidad que ostente en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento. Por lo que, si entre ambos momentos ha ostentado diferentes nacionalidades, únicamente entrará en juego este foro de determinación de competencia si la ley elegida es la que corresponda al Estado cuya nacionalidad ostente en uno de esos dos concretos momentos, y no en otros.

En segundo lugar, conforme a los arts. 5 y 6 b) el cónyuge supérstite y los herederos han debido pactar la sumisión expresa o tácita al mismo órgano jurisdiccional designado por el causante. Es decir, una vez ejercida la elección de ley o *professio iuris* por este, sus herederos deben haber acordado que la sucesión se siga

ante los órganos jurisdiccionales del Estado cuya ley resulte aplicable, por ser la elegida por el causante.

2.- Foro de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento —art. 4 del Reglamento de Sucesiones—, siempre que el causante no haya realizado la elección de ley y por lo tanto haya quedado excluido el foro de nacionalidad del causante.

3.- Foro de lugar de situación de los bienes —art. 10 del Reglamento de Sucesiones—, cuando no concorra ninguno de los foros anteriores.

Este foro de competencia parcial plantea el problema de la fragmentación de la jurisdicción, ya que los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentren los bienes únicamente ostentarán competencia respecto a dichos bienes, por lo que deberían conocer del procedimiento de liquidación los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados en los que el causante tuviera bienes.

4.- Finalmente, si no concurre ninguno de los foros anteriores, entra en juego el foro de necesidad —art. 11—, conforme al cual, de manera excepcional, cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver sobre la sucesión, siempre que el asunto tenga vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer. Por lo que también en este caso, el órgano judicial que conozca de la sucesión, será competente para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

El problema que se observa en la aplicación de este foro será determinar cuándo se da la «vinculación suficiente» que permita a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro asumir la competencia. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado cuya precisión sería necesaria para evitar criterios dispares y garantizar la seguridad jurídica.

a).2. Conexión a un proceso de crisis matrimonial: La vinculación sustantiva que existe entre un proceso matrimonial y la liquidación del régimen económico tiene su reflejo en el ámbito procesal. Las crisis matrimoniales que generan un proceso de nulidad, separación o divorcio constituyen situaciones complejas ya que produce una onda expansiva de efectos jurídicos más allá de las relaciones personales de los cónyuges, y concretamente alcanzan al régimen económico matrimonial. Por ello vamos a analizar ahora la conexión existente entre la liquidación del régimen económico matrimonial y el proceso de crisis matrimonial ⁷⁶ y su incidencia en la competencia judicial internacional.

El art. 5.1 del Reglamento 2016/1103 establece la regla general, al disponer que cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda.

⁷⁶ Esta conexión será objeto de un análisis más pormenorizado cuando tratemos la liquidación del régimen económico matrimonial propiamente dicho—Capítulo V—.

Vemos que existe un paralelismo con el art. 4 que hemos analizado al estudiar la conexión al proceso sucesorio. Sin embargo, hay una diferencia sustancial, pues mientras la conexidad al proceso sucesorio juega de forma automática, de modo que constituye el foro prevalente, cuando tal conexidad se da con el proceso de crisis matrimonial, no es un foro preferente, sino que puede ceder a favor de los foros subsidiarios, como vamos a ver al analizar el art. 52 del Reglamento.

Veamos, en primer lugar, los foros que atienden a la regla general, es decir, que vienen determinados por la conexidad entre el procedimiento matrimonio y la liquidación del régimen económico y, en segundo lugar, los supuestos en los que se exceptiona la regla general.

1.- Art. 5.1. Regla general de conexidad. Foros que no exigen acuerdo entre los cónyuges: En estos casos sí que juega la conexidad con el proceso de crisis matrimonial, sin necesidad de acuerdo entre los cónyuges por tratarse de foros neutros y equitativos que objetivamente no supondrían una situación privilegiada para ninguno de los cónyuges, porque la competencia no ha sido determinada bajo el criterio de la residencia habitual o nacionalidad del demandante, sino por alguno de los foros regulados en el art. 3 del Reglamento 2201/2003⁷⁷, que son los

⁷⁷ Su artículo 71 derogó el Reglamento nº 1347/2000, de 29 de mayo, de la Unión Europea, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que entró en vigor en España el 1 de marzo de 2001 y cuyo artículo 2 contenía los criterios de determinación de la competencia judicial en el ámbito comunitario, criterios que ahora contiene el art. 3 del citado Reglamento 2201/2003. Esta norma establece que serán competentes para resolver sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación judicial o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges; o la última residencia habitual de los

siguientes: residencia habitual de los cónyuges; último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; residencia habitual del demandado; residencia habitual de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta; residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos seis meses inmediatamente antes de la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; la nacionalidad común de ambos cónyuges.

2.- Art. 5.2. Excepción. Exigencia de acuerdo entre los cónyuges: el art. 5.2 excepciona la regla general, estableciendo que la

cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí; o la residencia habitual del demandado; o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; o la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí al menos seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda o bien sea nacional del Estado miembro en cuestión, o en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su "domicile"; y finalmente el órgano judicial de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" de ambos cónyuges.

Respecto a la referencia a Reino Unido e Irlanda hay que precisar que tras la culminación del *Brexit*, se ha establecido un régimen transitorio en materia de competencia judicial. Desde el 1 de enero de 2021 el Reino Unido dejó de disfrutar de los derechos y obligaciones derivados de su condición de Estado miembro de la UE -Acuerdo sobre retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, firmado en Bruselas y Londres el día 24 de enero de 2020, publicado el 31 de enero de 2020 en el diario oficial de la Unión Europea y con entrada en vigor el 1 de febrero de 2020, con un periodo transitorio que finalizó el 31 de diciembre de 2020. No obstante, en materia de competencia judicial, respecto a los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento (CE) 2201/2003 se aplicarán las disposiciones de dicho Reglamento. También se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos celebrados antes del final del periodo transitorio.

Finalmente, respecto al *domicile*, aunque tiene ciertas similitudes con nuestra vecindad civil, es un concepto legal puramente anglosajón, y está referido a la intencionalidad de permanencia en un lugar, diferenciándose de la vecindad civil en que una persona puede tener un *domicile* en una jurisdicción y vivir en otra.

competencia por conexidad prevista en el apartado anterior estará sujeta al acuerdo de los cónyuges en los cuatro supuestos que regula, a saber, cuando el órgano jurisdiccional competente sea de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda; cuando sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, cuando el órgano jurisdiccional deba resolver en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 del Reglamento 2201/2003, y finalmente cuando deba resolver en casos de competencia residual en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento 2201/2003⁷⁸.

De acuerdo con el precepto analizado, si bien a tenor del art. 5.1 —regla general de conexidad— podría ser competente para conocer de la liquidación el mismo órgano judicial que haya conocido de la nulidad, separación o divorcio, es posible que decaiga tal competencia si se trata del órgano judicial de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y el demandado no dé su conformidad para que conozca de la liquidación. En definitiva, en los supuestos contemplados en el art. 5.2 del Reglamento 2016/1103, para que entre en juego la regla de competencia por conexidad, será además necesario el

⁷⁸ Vemos que el legislador europeo ha incorporado en el Reglamento 2016/1103 los foros que contiene el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

acuerdo de los cónyuges, de tal modo que para tramitar la liquidación del régimen económico matrimonial será competente el tribunal que conoció del divorcio únicamente cuando los cónyuges estén de acuerdo en que así sea. La falta de acuerdo frustrará el objetivo de acumulación de competencia.

En los cuatro supuestos contemplados por la norma, el legislador europeo ha tratado de establecer un equilibrio entre los cónyuges litigantes, exigiendo el acuerdo entre ambos cuando existe mayor vinculación del demandante con el tribunal del foro, que podría hacer prever una situación privilegiada o de cierta ventaja para este. Concretamente en los dos primeros supuestos el criterio determinante de la competencia es la residencia habitual del demandante, y por ello claramente discriminatorio para el demandado.

Otra razón que justificaría la exigencia de acuerdo entre los cónyuges sería que el legislador ha querido permitir a estos elegir el foro donde se encuentren los bienes inmuebles, que puede no ser el del Estado que conoció de la crisis matrimonial.

En otro orden de cosas, el art. 5.3 establece que si el acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, dicho acuerdo deberá realizarse por escrito, fechado y firmado por las partes.

b) Foros subsidiarios. Otros foros en los que no existe conexión: Están regulados en los arts. 6 a 11 del Reglamento 2016/1103, tienen carácter subsidiario y están dispuestos jerárquicamente. Son los siguientes:

1.- Foro de sumisión tácita, con fundamento en la mera comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional, siempre que tal comparecencia no tuviere por objeto impugnar la competencia ni se trate de casos regulados en los arts. 4 y 5.1 (art. 8). En consecuencia, será posible que entre en juego este foro en los cuatro supuestos del art. 5.2, es decir, en los que se exige acuerdo de los cónyuges, de modo que cabrá alternativamente la sumisión tácita del demandado.

2.- Foro de sumisión expresa, regulado en el art. 7 del Reglamento, conforme al cual en los casos del art. 6 (conexidad sin necesidad de acuerdo), los cónyuges podrán acordar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable en virtud del art. 22 (elección de la ley aplicable) o del art. 26.1 a) o b) (Ley aplicable en defecto de elección por las partes: primera residencia habitual común o nacionalidad común) o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, tengan competencia exclusiva para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Este foro únicamente podrá activarse en ausencia de un proceso sucesorio o de crisis matrimonial que provoque la acumulación automática conforme a los arts. 4 y 5.

3.- Foros de competencia general, estructurados jerárquicamente en el art. 6, que fija la competencia judicial internacional para los supuestos en los que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los arts. 4 o 5 o en otros casos distintos de los previstos en estos artículos. Así, establece foros subsidiarios que coinciden con el art. 22 *quater* de la LEC y están fundamentados en el principio de proximidad, otorgando la

competencia al órgano judicial de la residencia habitual común de los cónyuges⁷⁹, en su defecto al de la última residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda, o en su defecto, el del lugar de residencia habitual del demandado en el momento de interposición de la demanda y en su defecto, el de la nacionalidad común de los cónyuges en dicho momento.

Así, en el caso de un matrimonio entre español y extranjero que se hayan divorciado en España, si el cónyuge no español no consiente que sea el mismo tribunal español que conoció del divorcio el que conozca de la liquidación, decaerá la competencia del tribunal español y entrarán en juego los foros subsidiarios del artículo 6 del Reglamento comunitario.

4.- Foro de inhibición: Previsto en el art. 9, que establece que con carácter excepcional, si un órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de los arts. 4, 5, 6, 7 u 8 considera que en su Derecho internacional privado no está reconocido el matrimonio en cuestión a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial, podrá inhibirse.⁸⁰

⁷⁹ En el considerando 35 del Reglamento 2016/1103 se impone el deber de establecer una escala de puntos de conexión con el fin de determinar la competencia judicial, que comienza con la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, siendo relevante que exista un verdadero punto de conexión entre los cónyuges y el Estado miembro en el que se ejerza la competencia.

⁸⁰ Esta previsión normativa tiene su fundamento en el hecho de que el Derecho comunitario no define el concepto de «matrimonio» porque la Unión Europea carece de competencia para llevar a cabo la armonización legislativa en materia de derecho sustantivo de familia de los Estados miembros. En efecto, los Tratados excluyen expresamente esta materia. En este sentido, el art. 1.2 del Reglamento 2016/1103 descarta de su ámbito de aplicación la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio, lo que resulta lógico ante la diversidad de uniones matrimoniales existentes y la falta de reconocimiento de algunas de ellas en numerosos Estados miembros. Por ejemplo, Bulgaria, Croacia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovaquia no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, la STJUE

5.- Foro de competencia subsidiaria o de bienes inmuebles (art. 10) lo que como ya hemos indicado al estudiar la norma similar del Reglamento de Sucesiones puede provocar una fragmentación de la jurisdicción cuando existan bienes en distintos países.

6.- Foro de necesidad, que se activa de forma excepcional cuando no resulte de aplicación ninguno de los foros anteriores, siempre que exista «conexión suficiente», regulación muy similar a la que contempla el art. 11 del Reglamento de Sucesiones.

A la vista de la normativa expuesta, ciertamente han quedado resueltas muchas dudas acerca de la jurisdicción competente cuando exista un elemento extranjero y esta primera regulación armonizadora de la competencia judicial internacional en la materia que nos ocupa evitará conflictos de competencia en liquidaciones de regímenes económico matrimoniales transfronterizos.

En caso de producirse conflictos de competencia judicial internacional entre los foros internos y los europeos, hemos de considerar que la norma interna⁸¹ debe ceder ante el Reglamento comunitario, primera norma que trata de establecer un Derecho uniforme, otorgando coherencia normativa y seguridad jurídica. Si bien su regulación es incipiente, se vislumbra como la solución más acorde para regular las liquidaciones del régimen económico

(Gran Sala) de 5 de junio de 2018 —Asunto C-673/16— (TJCE 2018/127) ha supuesto un claro toque de atención a estos países por cuanto entiende que el concepto de «cónyuge» en el sentido de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libertad de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias incluye a los cónyuges del mismo sexo, ya que es un concepto neutro desde el punto de vista del género. Así, aunque cada Estado miembro tiene libertad para autorizar o no el matrimonio homosexual, no puede obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión denegando a su cónyuge del mismo sexo, nacional de un Estado no miembro de la Unión Europea, la concesión de un derecho de residencia derivado de su territorio.

⁸¹ Conforme a lo establecido en el artículo 96 CE y 21 LOPJ, por lo que sólo se podrá aplicar esta en defecto de norma internacional aplicable.

matrimonial dentro del ámbito comunitario. En este sentido se habla de un proceso de «comunitarización del Derecho internacional privado» que comporta la atribución a las instituciones comunitarias de la competencia para adoptar normas de competencia judicial internacional uniformes. Como consecuencia de ello, los Estados miembros ven reducida progresivamente la posibilidad de elaborar normas de Derecho internacional privado. En la materia que nos ocupa podemos decir que a través de los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 las normas de conflicto en materia de sucesiones y de régimen económico matrimonial han pasado a ser competencia exclusiva de la UE⁸² y la aplicación de los Convenios Internacionales dependerá de lo previsto en dichos Reglamentos (arts. 75 y 62 respectivamente). Cabría objetar que el art. 149.1.8ª de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las normas de resolución de los conflictos de leyes, pero hemos de entender que tal exclusividad ha de entenderse frente a la legislación autonómica y no frente a la europea.

A la vista de lo expuesto, destacaría algunas notas que, en mi opinión, vertebran la citada norma comunitaria.

En primer lugar, cabe subrayar la relevancia que adquiere la prorrogabilidad de la competencia, es decir, que las partes puedan elegir el foro por sumisión expresa o tácita, lo que constituye un reflejo del fomento de la

⁸² El art. 93 de la CE prevé la posibilidad de que mediante Ley Orgánica se autorice la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la propia CE. Tal transferencia de competencias se materializó en el año 1985 mediante la ratificación de los Tratados de París y Roma y las modificaciones posteriores hasta llegar a los actuales TUE y TFUE. La cooperación judicial en materia civil es compartida entre la Unión y sus Estados miembros (art. 4.2 j) del TFUE, bien entendido que estos únicamente pueden ejercer esta competencia «en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya» (art. 2.2 TFUE). En consecuencia, una vez que la Unión ha ejercido su competencia, la materia regulada por el instrumento legislativo pasa a ser competencia exclusiva de esta. Esto es lo que ha sucedido en materia de sucesiones (Reglamento 650/2012) y de liquidación del régimen económico matrimonial (2016/1103).

autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. El objetivo que subyace a esta regulación considero que es lograr un equilibrio entre las partes y evitar foros discriminatorios para una de ellas.

En segundo lugar, también resulta reseñable la preferencia del criterio de la residencia habitual sobre la nacionalidad a la hora de determinar la ley aplicable y el foro competencial. El legislador europeo, a buen seguro, ha considerado que la conexión social (residencia habitual) prevalece sobre la conexión cultural (nacionalidad) por diferentes razones. En primer lugar, por considerar que el Estado más legitimado para incidir en las relaciones jurídicas de las personas es el «juez natural» o «juez de casa». En segundo lugar, por ser la residencia habitual más real y cercana y porque constituye un reflejo de la movilidad social actual. Finalmente, por razones de economía procesal, pues sin ninguna duda la tramitación procesal será más gravosa en el ámbito internacional que en el interno. Considero acertado este criterio, pues, además, el concepto de «residencia habitual» es más fácil de precisar técnicamente, ya que viene delimitado por elementos fácticos (lugar donde se localiza la vida socio-económica de una persona) a diferencia de los conceptos de «domicilio» y «nacionalidad» que tienen carácter jurídico y vienen determinados por el Derecho de cada Estado, ofreciendo por ello mayor dificultad en su concreción.

En tercer lugar, destaca el establecimiento de una pluralidad de foros en escalera o en cascada, sin duda motivado porque el legislador comunitario es consciente del carácter complejo de la institución matrimonial, en la que confluye lo personal y lo económico. Esa complejidad aumenta cuando el matrimonio llega a su fin, y se multiplica si hay algún elemento transfronterizo que no permite identificar un país concreto como la «sede natural» de la persona.

B) REGLAMENTO 2016/1104

El Reglamento 2016/1104, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁸³, constituye una auténtica novedad por cuanto se regula por primera vez esta materia en el ámbito supranacional. A pesar de que la sistemática es similar al Reglamento relativo a parejas casadas, el legislador comunitario justifica la regulación independiente de las parejas de hecho en que son instituciones diferentes por cuanto el matrimonio goza de tradición en todos los Estados miembros, mientras que las uniones registradas son una figura reciente y reconocida solo por algunos de dichos Estados⁸⁴, si bien destaca que la regulación es neutra respecto a la orientación sexual de los miembros de la pareja, porque ambos Reglamentos permiten tanto parejas de distinto sexo como parejas del mismo sexo.

El art. 1 del Reglamento 2016/1104 define la unión registrada como el «régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley, y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación», definición que deja fuera de su ámbito de aplicación a las parejas no registradas.

⁸³ El Reglamento 2016/1104 en el art. 3.1 define la «unión registrada» como un concepto autónomo, dado el distinto tratamiento que los Estados miembros dispensan a las formas de unión distintas del matrimonio, entendiéndose por tal «el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación». Las uniones de hecho no registradas quedan excluidas de la regulación comunitaria europea, de modo que se regirán por el Derecho conflictual interno de cada Estado miembro.

⁸⁴ Por lo que a España se refiere, nuestro TC entiende que «Bajo el concepto de unión de hecho se agrupa una diversidad de supuestos de parejas estables que, no obstante, su heterogeneidad, comparten ciertas notas comunes que permiten conformar una noción general unitaria. En efecto, la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE».

Esta exclusión genera una diversidad de *status* jurídico de las parejas *more uxorio* en Estados plurilegislativos, como es el español, ya que no existe una norma estatal unitaria, regulando cada Comunidad Autónoma esta materia⁸⁵.

Si bien, como ya se ha apuntado, el Reglamento 2016/1104 contiene una regulación paralela y similar a la del Reglamento 2016/1103, hay una diferencia destacable, puesto que, así como en el caso de liquidación del régimen económico matrimonial, el Reglamento 2016/1103 remite al Reglamento 2201/2003, el ahora analizado no puede contener remisión alguna porque no existe una norma europea reguladora de las crisis de parejas extramatrimoniales.

C) SUPUESTOS EN LOS QUE NO RESULTA APLICABLE EL DERECHO COMUNITARIO

Desde el punto de vista espacial, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario no es universal, por lo que no resultará aplicable fuera del entorno de la UE, y ni siquiera lo será a todos los países que la integran, pues, como ya hemos expuesto, el Reglamento 2016/1103 no ha sido suscrito por todos los países comunitarios.⁸⁶

⁸⁵ Sin embargo, no todas las Comunidades Autónomas tienen su propia Ley sobre parejas de hecho y las que sí la tienen, regulan la materia de forma diferente, lo que genera gran inseguridad jurídica. Por ejemplo, para que estén válidamente constituidas las uniones de hecho, en algunas regiones se exige la inscripción en un registro administrativo, que tendrá carácter constitutivo. Sin embargo, en otras regiones la inscripción es voluntaria. A título de ejemplo, el preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón, apartado 28, en relación con el art. 304, establece que la inscripción en el Registro administrativo solo es necesaria para que a la pareja estable no casada le sean aplicables las medidas administrativas que correspondan; en parecido sentido en Cataluña la inscripción es voluntaria y carece de efectos constitutivos, tal y como establece el Reglamento del Registro de parejas estables de Cataluña aprobado por Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo. En consecuencia, en Aragón y Cataluña el Reglamento 2016/1104 no será aplicable a las parejas que no estén registradas.

⁸⁶ Particular mención merece el caso de Reino Unido tras su salida de la UE o «*brexit*». Hemos de decir al respecto que el uso de la cláusula de exención —*opting out*— ha permitido a Reino Unido no vincularse por el Reglamento 2016/1103, teniendo por ello la condición de tercer

En estos casos habrá que acudir a los convenios internacionales y a las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, si bien hemos de precisar que, dado que la UE ha asumido competencias exclusivas en materia de régimen económico matrimonial, será la propia UE quien celebre los convenios internacionales, habiendo perdido los Estados miembros la competencia para ello.

No obstante, habrá que tener en cuenta que, desde el punto de vista personal, el Reglamento resulta aplicable *erga omnes*, con independencia de la nacionalidad o residencia de los cónyuges, por lo que resulta aplicable también a no nacionales de países de la UE, siempre y cuando concurra un elemento transfronterizo que entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

1.2.- LEGISLACIÓN INTERNA

El artículo 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. La expresión «en todo tipo de procesos» incluye aquellos que contienen un elemento de extranjería.

El artículo 36 LEC establece que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

La LOPJ contiene normas de competencia judicial internacional ya que regula la extensión y límites de la jurisdicción española frente a la extranjera. Esta

Estado. La consecuencia de ello es que en este aspecto la salida de la UE no afectará a la aplicación de la norma comunitaria.

regulación sufrió una profunda modificación tras la Ley 7/2015, de 21 de julio, que vino motivada, según se refleja en el Preámbulo —apartado VI— por la progresiva internacionalización de las relaciones personales y empresariales de los ciudadanos, destacando además la vinculación de los jueces y tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el objetivo de obtener mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 21 LOPJ establece la regla general conforme a la cual los tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. Esta pluralidad de sistemas normativos debería llevar al legislador europeo y nacional a una coordinación legislativa e interpretativa para evitar conflictos competenciales.⁸⁷

La regulación del siguiente artículo 22 LOPJ no afecta a la materia que estudiamos, pues dicho precepto recoge foros exclusivos, justificados por la vinculación que tengan con el territorio español los hechos, actos o contratos en determinadas materias, entre las que no se encuentra la relativa a la

⁸⁷ Aunque no es objeto del presente trabajo el análisis de la competencia judicial dentro de las unidades territoriales de un Estado plurilegislativo, como es el español, sí queremos apuntar que cabe plantearse la posibilidad de que el legislador español extienda la aplicación del sistema competencial establecido en los Reglamentos de la UE al ámbito interregional. Ciertamente tal sistema en principio no resulta aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 35 del Reglamento 2016/1103, que prevé que los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar dicho Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente. Sin embargo, sí que cabe la opción de integrarlo como sistema competencial interregional, lo que dotaría de una deseable modernización a nuestro modelo interno, actualmente insuficiente para individualizar y dar solución a todas las cuestiones competenciales que pueden plantearse entre los distintos territorios.

liquidación del régimen económico matrimonial —salvo el apartado e) que se refiere al reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero—.

El art. 22 bis LOPJ regula la posibilidad de que las partes se sometan de forma expresa o tácita a la jurisdicción española, —con exclusión, claro está, de las materias de competencia exclusiva (art. 22)— siempre que se trate de materias en que una norma expresamente lo permita y además no podrán contradecir lo establecido en los artículos 22 *quater*, *quinquies*, *sexties* y *septies*.

El art. 22 ter LOPJ establece criterios de conexión para aquellas materias distintas a las contempladas en el art. 22 (competencias exclusivas), y las contempladas en los artículos 22 *sexties* (adopción de medidas provisionales o de aseguramiento) y 22 *septies* (materia concursal) que tienen una regulación específica y siempre que no medie sumisión a los tribunales españoles de conformidad con lo previsto en el art. 22 bis. Estos criterios son los siguientes: será competente un tribunal español cuando el domicilio del demandado esté en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros de los artículos 22 *quater* y 22 *quinquies*. Es decir, la jurisdicción española será competente si se dan alguno de los dos puntos de conexión legales: domicilio del demandado en España o concurrencia de los foros del artículo 22 *quater* o *quinquies*, que analizamos a continuación.

Es en el art. 22 *quater* LOPJ donde precisamente aparece regulada la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial. Dicho precepto, en su apartado c) establece que, en defecto de los criterios anteriores, los tribunales españoles serán competentes en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, siempre

que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española. Vemos como el criterio de la residencia habitual se erige como paradigma para determinar la competencia judicial.

Finalmente, no podemos olvidar que el art. 22 ter, apartado 4º LOPJ establece la posibilidad de que las partes pueden acordar la elección de foro a favor de un Tribunal extranjero y de este modo excluir los foros del apartado 1º (domicilio del demandado y foros de los arts. 22 *quater* y *quinquies*), en cuyo caso los tribunales españoles suspenderán el procedimiento y solo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los tribunales extranjeros designados declinen su competencia.

Respecto a la delimitación de la jurisdicción española en materia de régimen económico matrimonial, podemos decir que se establece una competencia judicial internacional en cascada a tres niveles, que nos obliga a analizar de forma conjunta los preceptos anteriormente expuestos.

A) SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA —Art. 22 bis LOPJ—

En primer lugar, nuestros tribunales tendrán competencia internacional cuando los cónyuges se sometan de forma expresa o tácita,

pero dentro de los límites o puntos de conexión establecidos en el artículo 22 *quater*.

El art. 22 bis LOPJ establece que «en aquellas materias en que una norma expresamente lo permita» los tribunales españoles serán competentes cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. Veamos la aplicabilidad de este precepto a la materia que nos ocupa.

Hemos de plantearnos algunas cuestiones al respecto: ¿existe en materia de liquidación de régimen económico matrimonial una norma interna que expresamente permita a los cónyuges la sumisión expresa o tácita a una determinada jurisdicción? ¿Pueden los cónyuges excluir la jurisdicción de los tribunales españoles y someterse a una jurisdicción extranjera, o viceversa?

A la primera cuestión, entiendo que la respuesta ha de ser negativa, ya que ninguna norma de nuestro Derecho internacional privado prevé tal posibilidad. Sin embargo, diferente debe ser la respuesta respecto a la segunda cuestión planteada, pues en el ámbito del Derecho Comunitario sí que existe una norma⁸⁸ que permite la sumisión expresa o tácita de los cónyuges a un determinado órgano jurisdiccional, por lo que en materia de régimen económico matrimonial resultaría aplicable el art. 22 bis de la LOPJ, pues se cumple el requisito de que una norma expresamente lo permite: la norma comunitaria.

⁸⁸ Reglamento 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales y el Reglamento 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ambas normas permiten la prorrogabilidad de la competencia judicial internacional mediante la sumisión expresa o tácita.

Por otro lado, cabría plantearse si realmente la norma establece la posibilidad de sumisión expresa o tácita, pues en mi opinión lo que en verdad concede el precepto analizado no es tal posibilidad de sumisión, sino la alternativa de elección entre diferentes foros que la propia norma establece, por lo tanto, se trataría de que las partes elijan u opten entre los foros que la ley ofrece.

B) DOMICILIO DEL DEMANDADO —Art. 22 Ter LOPJ—

En segundo lugar, a falta de sumisión expresa o tácita, serán competentes los tribunales españoles cuando el domicilio del demandado esté en España o concurra alguno de los puntos de conexión del art. 22 *quater*. Este precepto da prioridad al criterio del domicilio a la hora de fijar la competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles, atendiendo a la mayor vinculación que tengan los cónyuges con España, sin duda haciéndose eco de la doctrina constitucional conforme a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de acercar la Justicia al lugar donde con más proximidad pueda impartirse⁸⁹. No obstante, veremos cómo en el espacio comunitario se ha optado por el criterio de la residencia habitual, que por ser un concepto fáctico resulta más sencillo de comprobar que el de «domicilio», concepto jurídico referido a la sede jurídica y legal de la persona y por ello de más difícil determinación.

C) RÉGIMEN SUBSIDIARIO —Art. 22 *quater* LOPJ—

En defecto de los criterios anteriores, el artículo 22 *quater* c) LOPJ fija una serie de puntos de conexión, siempre que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia. Dichos foros son los siguientes: residencia habitual de ambos cónyuges en España al tiempo de la interposición de la

⁸⁹ STC 61/2000, de 13 de marzo. Sala 1ª. Ponente D. Pedro Cruz Villalón. Recurso nº 4379/95. (BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000). (RTC 2000/61).

demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda y cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

Se aprecia una aparente contradicción entre los artículos 22 ter y 22 *quater*, pues el primero fija los foros del 22 *quater* como alternativos al domicilio del demandado mientras que el 22 *quater* los establece como foros subsidiarios, entre ellos, el de la residencia habitual del demandado. Entiendo que cuando dichos foros del art. 22 *quater* concurren con el domicilio del demandado en España, serán alternativos y en caso de que el demandado tenga su domicilio en otro país, entrará en juego la subsidiariedad del artículo 22 *quater*.

2.- COMPETENCIA

Una vez delimitada la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, nos centraremos en el análisis de los preceptos que regulan la competencia interna.

El 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, establece que será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo o haya conocido o hubiera tenido

la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio⁹⁰, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil⁹¹.

Con carácter previo distinguiremos los dos supuestos que claramente diferencia el precepto: por un lado establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia o de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo o haya conocido o hubiera tenido la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio; por otro lado establece la competencia de «aquel» ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

2.1.- COMPETENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE ESTÉ CONOCIENDO O HAYA CONOCIDO O HUBIERE TENIDO LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 807 podríamos decir que el órgano judicial que es competente para conocer del proceso de nulidad, separación, divorcio atrae para sí la competencia para conocer del proceso de liquidación.

Estamos ante una norma de competencia funcional, la cual se manifiesta en todos aquellos supuestos en los que debe iniciarse un procedimiento que tiene relación con otro pendiente de iniciarse (diligencias preliminares), en tramitación (incidentes) o ya concluido (ejecución de sentencia). De este

⁹⁰ Vemos que, en la normativa interna, la competencia para conocer del procedimiento de liquidación tiene siempre carácter derivado o conexo, a diferencia de la normativa comunitaria que, como hemos visto, permite la prorrogabilidad de la competencia judicial internacional mediante sumisión expresa o tácita de los cónyuges.

⁹¹ Conviene recordar que la competencia del orden jurisdiccional civil está regulada en los artículos 44 a 62 de la LEC, y concretamente el artículo 46 establece la especialización de algunos juzgados de Primera Instancia. Dicha especialización se da en los Juzgados de Familia que, en las ciudades en las que existen, serán los competentes por ser órganos específicos para conocer de esta materia.

modo el artículo 807 fija la competencia funcional a favor del juzgado que ha conocido del pleito matrimonial, siendo una regla especial e indisponible.

Esta norma viene a resolver la polémica jurisprudencial existente bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en torno a si los juzgados de familia eran o no competentes en esta materia, debido al carácter excluyente de sus atribuciones.

En efecto, el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puso fin a los contradictorios pronunciamientos de las SSTS relativos a la competencia de los Juzgados de Familia que analizamos a continuación.

A) SITUACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El panorama normativo anterior a la LEC vigente era el siguiente: la Disposición final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, prevenía que el Gobierno creara y pusiera en funcionamiento el número de Juzgados de Primera Instancia necesarios en las capitales de provincia que lo requiriesen, mandato al cual responde el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia.

Cuatro días después, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, preveía la creación de Juzgados de Primera Instancia especializados —Juzgados de Familia— en aquellas capitales que por su población y número de actuaciones así lo requiriesen, precisando la Disposición Final que «Una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera Instancia». A dichos juzgados especializados se les atribuía

el conocimiento en exclusiva de los asuntos previstos en el Título VII del Libro I CC «De las relaciones paternofiliales».

Finalmente, el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizaba al Consejo General del Poder Judicial para acordar que «en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos, asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹² en un primer momento rechazó que el artículo 95 CC sirviese de fundamento para atribuir la competencia sobre la liquidación del régimen económico matrimonial a los Juzgados de Familia, pues dicho precepto, al establecer que la sentencia firme producirá la disolución del régimen matrimonial, en modo alguno se esté refiriendo a la liquidación, ya que en primer lugar la ubicación de la liquidación no está en el Libro I del CC, relativo a las personas, sino en el Libro IV que regula las obligaciones y contratos, y en segundo porque la liquidación tiene un contenido eminentemente patrimonial y económico, y el precepto citado tiene una dimensión personal y familiar.

Una segunda corriente jurisprudencial⁹³ entendió que la liquidación del régimen económico matrimonial es una consecuencia del procedimiento

⁹² STS 512/1994 de 2 de junio —Sala 1ª—, Núm. de recurso 1953/1991 (RJ 1994/4573). Ponente Villagómez Rodil, A.: «[...] las cuestiones se refieren básicamente a conflicto sobre integración de bienes gananciales [...] el artículo 95 del Código Civil, en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto a los bienes del matrimonio la disolución del régimen matrimonial, representa una declaración genérica insuficiente para atribuir la competencia en estas cuestiones a los Juzgados de Familia, pues sus consecuencias y efectividad no están previstas en el Título IV del Libro I del Código Civil y resultan materia competencial de los Juzgadores ordinarios, al no constituir cuestiones especializadas, en las que predominan las relaciones personales y familiares propias del estado matrimonial, sino derivadas del mismo, toda vez que afectan al régimen económico matrimonial y a la sociedad ganancial por la que se rigieron los esposos contendientes».

⁹³ SSTS 622/1999, de 8 de julio. Pte. Morales Morales, F. Nº de Recurso 3413/1994. (RJ 1999/4763): «El conocimiento de los procesos de separación matrimonial y de divorcio

matrimonial, y por ello dicha liquidación debe instarse en trámite de ejecución de la sentencia dictada en el proceso de nulidad, separación o divorcio. Esta segunda interpretación implicaba que la competencia funcional para conocer del procedimiento de liquidación corresponde al juzgado que dictó la sentencia en el procedimiento matrimonial y es la que finalmente se impuso.

En definitiva, el Tribunal Supremo ya había sentado un criterio uniforme antes de la publicación de la LEC de 2000, vinculando la competencia para conocer del procedimiento de liquidación al juzgado ante el que se hubiese seguido el procedimiento de familia, entendiendo que la liquidación constituye una ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial.

B) SITUACIÓN ACTUAL. LA «PERPETUATIO IURISDICTIONIS» Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género ha introducido una importante modificación en la competencia al modificar los arts. 87 ter 2 de la LOPJ y 807 de la LEC.

corresponde, con competencia objetiva exclusiva y excluyente, a los Juzgados de Familia en las poblaciones donde existan (Sentencias de esta Sala de 8 de marzo de 1993 y 2 de junio de 1994). Como la sentencia firme recaída en dichos procesos produce, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 del Código Civil), es evidente que la liquidación de dicho régimen económico matrimonial (en el caso que nos ocupa, la sociedad de gananciales), en cuanto consecuencia necesaria de dicha sentencia firme, solamente puede lograrse (a falta de acuerdo entre las partes) en trámite de ejecución de la expresada sentencia, por lo que la competencia funcional para conocer de tal ejecución de sentencia corresponde exclusivamente al Juez que la dictó (artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en este caso, al Juzgado de Familia, además, habrá de llevar a efecto dicha liquidación de la sociedad de gananciales, en ejecución de la expresada sentencia firme de divorcio, por los trámites del juicio de testamentos (artículo 1410 del Código Civil)». En el mismo sentido STS 997/1999, de 29 de noviembre. Pte. Morales Morales. Nº de Recurso 743/1995. (RJ 1999/8969).

Así, modifica el art. 87 ter 2 LOPJ al añadir el apartado h) que atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia para conocer de los procedimientos que versen sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, acabando así con la polémica anterior, mantenida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ante el silencio del precepto en su redacción originaria.

Modifica también el art. 807 LEC, que atribuye la competencia para conocer del procedimiento de liquidación al Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo o haya conocido o hubiera tenido la competencia para conocer del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

Considero que a buen seguro la nueva redacción del precepto de la ley procesal va a generar dudas interpretativas y dilaciones en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, ya de por sí arduo y complejo. Concretamente surgirán dudas competenciales en aquellos casos en los que en el ínterin entre la conclusión del proceso matrimonial y el inicio del proceso de liquidación se haya producido un hecho de violencia sobre la mujer; ¿será competente para conocer del procedimiento de liquidación el juzgado que conoció del proceso matrimonial, de acuerdo con el criterio de competencia funcional, o lo será el juzgado de violencia sobre la mujer de acuerdo con el criterio de especialización?

Entiendo que la mayor problemática la va a ocasionar el inciso «o hubiera tenido la competencia para conocer», pues viene a establecer una competencia funcional ficticia o supuesta en los casos en los que no haya

habido un previo proceso matrimonial. Se suscitarán dudas cuando, en el momento de iniciarse el procedimiento de liquidación, se tenga conocimiento de que existió un acto de violencia de género que no fue denunciado en su momento ¿será competente el juzgado de violencia sobre la mujer que hubiere sido competente en caso de haberse denunciado el acto de violencia?; en tal caso, atendiendo a la competencia territorial, ¿Será competente el juzgado de violencia que hubiera resultado competente si se hubieran denunciado los hechos aunque los cónyuges ya no residan en el lugar que hubiera determinado la competencia en aquél momento pretérito? Supongamos que el acto de violencia de género se produce cuando los cónyuges están viendo en Sevilla y el procedimiento de liquidación se insta cuando uno vive en Orense y otro en Cáceres ¿Será competente el juzgado de violencia de Sevilla? ¿Será así aun cuando hayan transcurrido 5, 10, 20 años desde que se produjo el hecho delictivo?

Como siempre, deberán ser nuestros tribunales quienes vengan a reparar las deficiencias legislativas mediante la interpretación de la norma, y como siempre también, surgirán diferentes criterios que tardarán años en unificarse. En consecuencia, aumentará la inseguridad jurídica en un procedimiento que, como venimos diciendo, adolece de una complejidad y ralentización endémicas.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema procesal es que la competencia es inmodificable, de acuerdo con el principio «*perpetuatio jurisdictionis*» consagrado en el artículo 411 LEC, conforme al cual las alteraciones que, una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia. Es decir, la competencia queda fijada definitivamente al inicio del procedimiento

matrimonial, y si a ello añadimos que la doctrina del Tribunal Supremo anterior a la actual LEC entendía que la liquidación constituye una ejecución de la sentencia dictada en aquel, la consecuencia necesaria es que el mismo órgano judicial que conoció del proceso matrimonial será el competente para resolver la liquidación del régimen económico⁹⁴.

Sin embargo, el legislador estableció una excepción a la regla general de la «*perpetuatio jurisdictionis*». Así la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG) regula un supuesto especial de pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer. La citada LIVG crea los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 bis de la LOPJ), que tienen naturaleza mixta, con competencias civiles y penales. Dichos juzgados, aunque están integrados orgánicamente en la jurisdicción penal, han ido evolucionando a verdaderos juzgados de familia con competencias penales. En cuanto a las competencias civiles, el artículo 44 apartados 2 b) y 3 establece que ejercerán sus competencias de forma exclusiva y excluyente para conocer de los procesos de nulidad, separación o divorcio cuando se dé una situación de violencia contra la mujer. El artículo 57 de la LIVG introduce el nuevo artículo 49 bis en la LEC, el cual resuelve los conflictos de competencia con otros juzgados, sean o no de familia, a favor del juzgado de violencia. Cuando un juez tuviese noticia de la comisión de

⁹⁴ Entiendo que, a tenor de la nueva configuración de la ejecución, el proceso de liquidación no puede considerarse ejecución de la sentencia matrimonial. Los cónyuges no son ejecutante y ejecutado, no se presenta demanda ejecutiva propiamente dicha, no existe despacho de ejecución, pero sobretodo no se puede ejecutar anticipadamente lo que aún no ha sido resuelto en sentencia, porque implica la ausencia de título ejecutivo. La naturaleza jurídica de la ejecución es incompatible con lo dispuesto en el art. 808 que faculta a los cónyuges para, estando en tramitación el proceso matrimonial, solicitar la formación de inventario. Además, la LJV da una nueva redacción al art. 95 del CC, que dispone que, en caso de acuerdo entre los cónyuges, la sentencia, decreto o escritura pública que formalice el convenio regulador, producirán la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación.

un acto de violencia contra la mujer de los definidos en el artículo 1 de la LIVG, si los hechos dieran lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, deberá inhibirse remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. Si los hechos no hubieran dado lugar a la iniciación de un proceso penal ni a dictar orden de protección, el tribunal deberá citar a las partes y al Fiscal a una comparecencia, tras la cual el Fiscal deberá decidir si procede a denunciar los actos de violencia o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia que resulte competente. El Tribunal continuará conociendo del asunto hasta que sea requerido, en su caso, de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer que sea competente. Si el Juez de Violencia sobre la Mujer está conociendo de una causa penal por violencia de género y tiene conocimiento de la existencia de un proceso civil, requerirá de inhibición al Tribunal civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y remitir los autos al tribunal requirente.

A pesar de esa delimitación normativa del ámbito competencial de los juzgados de violencia sobre la mujer, han surgidos problemas interpretativos que han dado lugar a una atomización de criterios, hasta el punto que, a fecha de hoy, y tras más de diecisiete años de vigencia de la ley, el Tribunal Supremo no ha sentado un criterio clarificador. Así, existe un debate abierto en torno a la cuestión de si el juzgado de violencia sobre la mujer es competente para conocer de la materia civil en caso de producirse el sobreseimiento de la cuestión penal o la finalización del procedimiento con sentencia absolutoria, debate que ha dado lugar a tres corrientes interpretativas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo⁹⁵ entendió que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española determina que una vez fijada la competencia objetiva, territorial y funcional al iniciarse el proceso, no surtirán efecto para modificar la competencia los posteriores cambios de las condiciones fácticas o jurídicas que se produzcan, y como consecuencia de ello, si a la fecha de interposición de la demanda o petición inicial del proceso civil estaba vigente el proceso penal, la competencia corresponde al juzgado de violencia sobre la mujer, aunque el procedimiento haya sido objeto de sobreseimiento y archivado al momento de recepción del auto de inhibición⁹⁶, o bien haya concluido con sentencia absolutoria, criterio acorde con el principio de *perpetuatio jurisdictionis* que recoge el art. 411 LEC, con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que ampara el artículo 24.2 CE y finalmente con el principio de economía procesal. Con arreglo a este criterio, resulta primordial determinar si en la fecha de interposición de la demanda civil estaba vigente o no el proceso penal, por lo que habrá de considerarse dos elementos temporales: el momento de la presentación de la demanda civil y el momento de la finalización del proceso penal.

Este criterio favorable a la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer ha sido mantenido por numerosas Audiencias Provinciales, con diferentes argumentos.⁹⁷

⁹⁵ ATS de 15 de febrero de 2017. Sala 1ª. Ponente Arroyo Fiestas, F. J. Número de Recurso 1085/2016. (RJ 2017/4860).

⁹⁶ La SAP Barcelona (Sección 12ª) de 12 de abril de 2017 entiende que «[...]se cumplen todos los requisitos para atribuir la competencia al juzgado de violencia sobre la mujer nº 5 de Barcelona. En efecto, en el momento de presentación de la demanda, 10/10/2016, existía causa penal abierta de violencia de género al no ser firme el auto de sobreseimiento provisional hasta el 4/11/2016. Tal como ha dicho esta sala en otras resoluciones, (a título de ejemplo, Auto de 30/09/2016) se considera a estos fines determinante la fecha de entrada de la demanda civil en Decanato y no la del acceso efectivo al juzgado de violencia competente».

⁹⁷ AAP Granada de 26 de febrero de 2007 (ROJ:AAP GR 150/2007): «Aunque la competencia atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil es «numerus clausus», ello

También la Circular de la Fiscalía nº 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la LIVG, mantiene este criterio, en los siguientes términos:

«Hemos visto con anterioridad cómo el Juez Civil pierde su competencia cuando se producen actos de violencia de género, sin embargo, queda sin resolver en la LO 1/2004 qué efectos produce la finalización del proceso

no supone que en ellos no esté incluido el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, en aquellos exclusivos supuestos en que esta liquidación venga precedida de un proceso de nulidad, separación o divorcio, pues la norma que regula la competencia en este tipo de procesos (artículo 807 LEC) establece dos fueros específicos para la liquidación del régimen económico matrimonial, y uno de carácter residual —aunque sea implícito— según sea la causa que origina esa situación de liquidación, de modo que cuando esta va precedida de un proceso que determina la disolución del régimen, la competencia corresponde al Órgano Jurisdiccional que conoció de ese proceso (y que puede ser tanto un Juzgado de Familia o de Violencia sobre la Mujer —si el proceso previo es de nulidad, separación o divorcio—, o cualquier otro Juzgado de Primera Instancia —si la disolución se ha acordado en el correspondiente proceso declarativo— en tanto que si se trata de una liquidación que no va precedida de un proceso judicial para la disolución del régimen (en ella pueden incluirse los supuestos de convenio entre los cónyuges o muerte de uno de ellos) la determinación de la competencia sigue los cauces ordinarios...».

En parecido sentido se pronuncia el AAP Valencia 29 de mayo de 2008 (JUR 2008/274743): «Para decidir el presente conflicto de competencia entre el Juzgado de 1ª Instancia número 26 de Familia, y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Valencia debe partirse necesariamente del art. 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que considera competente para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al Juzgado de 1ª Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. En el caso concreto que se plantea hoy al Tribunal, el órgano que está conociendo del proceso de divorcio, ...es el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que, en aplicación de la norma citada, y también conforme al art. 808.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde a este Juzgado la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial. El hecho de que la Ley Orgánica del Poder Judicial no precise esta competencia entre las de orden civil que corresponden a esos Juzgados no impide que se considere que la tienen por conexión, determinada por el Art. 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; esta atribución de la competencia es además más coherente con el propósito de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que añadió el Art. 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial que pretende ...una protección de la mujer frente a la violencia doméstica lo más completa posible, y en consecuencia es claro que esa protección debe extenderse a un proceso como el de liquidación del régimen económico matrimonial, que es consecuencia directa del proceso que regula las consecuencias de la crisis conyugal. Por otro lado, esta parece ser la postura dominante en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de diciembre de 2006 y 26 de enero de 2007, del de Granada de 23 de febrero de 2007, del de Alicante de 28 de marzo de 2007, y de los de Madrid de 13 de septiembre de 2007 y 22 de noviembre de 2007)».

penal sin declaración de responsabilidad criminal (sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento firme) en la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que precisamente le ha sido atribuida por la incoación de aquél. Aun admitiendo que puede dar lugar a soluciones insatisfactorias (p.ej. en caso de archivo porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a favor del Juzgado de Primera Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente».

Una segunda postura jurisprudencial⁹⁸ parte de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, que atribuye a los juzgados de violencia sobre la mujer el conocimiento de aquellas causas civiles relacionadas con las causas penales, de forma que unas y otras sean objeto de un tratamiento procesal ante la misma sede. En consecuencia, esta corriente interpretativa entiende que, si las actuaciones penales ya han concluido por sentencia firme o por sobreseimiento, no es posible un conocimiento simultáneo de la cuestión penal y civil, y por ello no tiene razón de ser que el juzgado de violencia sobre la mujer siga conociendo de la materia civil únicamente. Otras resoluciones fundamentaban su criterio en el tenor literal del art. 87 ter 2 de la LOPJ⁹⁹ —en su redacción anterior a la LO 2/2022—.

⁹⁸ Auto nº 2120/2009 de la AP Guipúzcoa, de 13 de noviembre (Sección 2ª). (JUR 2010/408799).

⁹⁹ SAP Asturias 24-06-2011 (Recurso 284/2011): «La cuestión suscitada ha sido resuelta en la Reunión que para la unificación de criterios se celebró entre los Presidentes de las distintas Secciones Civiles de la AP el 23 de abril de 2009, al amparo del Art. 87-ter-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que literalmente señala. "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC, de los siguientes asuntos: [...]. A la vista del tenor literal del meritado Art. no aparece atribuida expresamente competencia de dicho Juzgado de Violencia para conocer

Finalmente, una postura intermedia¹⁰⁰ considera que el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realmente no establece un criterio de fijación de competencia, sino que pretende impedir la mutación del objeto del proceso o *mutatio libelli* y fija como criterio temporal preclusivo de la competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer el momento en el que tenga lugar la finalización del procedimiento penal por sentencia absolutoria firme o por auto de sobreseimiento libre firme¹⁰¹ y demás causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en el artículo 130 CP.

Desde el punto de vista estrictamente formal, resulta lógico el criterio expuesto en primer lugar, pues de otro modo la determinación competencial de la cuestión civil quedaría al albur de la penal, quebrantando no solo los principios y derechos citados, sino que la competencia para conocer de la cuestión civil quedaría en una especie de indeterminación temporal, sujeta a los avatares de la causa penal, e impregnando de inseguridad jurídica el proceso.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico esta postura merece algunas críticas, pues aboca a situaciones incoherentes en aquellos casos en los que la causa penal ya no está viva, y por ello no tiene razón de ser que el juzgado de violencia, integrado orgánicamente en la jurisdicción penal, conozca de la cuestión civil, desprendida ya de la cuestión penal.

Tampoco resulta lógica esa atracción de la competencia *sine die*, pues no responde al sentido teleológico de la norma, que no es otro que la protección integral de la mujer, para cuya consecución el legislador ha

de los procedimientos de liquidación de sociedad conyugal, como lo es el que nos ocupa, por lo que en ningún caso puede conocer [...]”.

¹⁰⁰ AAP Barcelona, de 7 de septiembre de 2010 (Sección 12ª). (JUR 2010/376043).

¹⁰¹ No existe un criterio doctrinal ni jurisprudencial claro respecto a si el juzgado de violencia sobre la mujer mantiene o no su competencia civil tras dictarse auto de sobreseimiento provisional.

previsto, como uno de los pilares básicos, la simultaneidad procedimental, es decir, que la cuestión civil y la penal se resuelvan en un mismo proceso. Si no se da tal simultaneidad, decae ese propósito del legislador y decae la justificación normativa.

Por ello comparto la idea de la necesidad de establecer un límite temporal a la competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, habida cuenta de su carácter excepcional¹⁰².

No comparto sin embargo la interpretación que hace la postura intermedia del art. 411 LEC, cuya literalidad no deja lugar a dudas: la alteración que una vez iniciado el proceso se produzca en cuanto al domicilio de las partes no modificará la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

Considero que ningún impedimento debería existir para admitir que el juez que tuviese atribuida la competencia siguiendo los criterios generales, recupere la misma una vez desaparecido el presupuesto de hecho que fijó el legislador para atribuir la competencia al juzgado de violencia sobre la

¹⁰² En este sentido, el 20 de abril de 2006 el grupo de expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ emitió un Informe en el que proponían una solución interpretativa fijando un límite temporal a la competencia de los juzgados de violencia de género en materia civil, refiriéndose a dos casuísticas judiciales muy frecuentes:

a) Supuestos en los que no existe ningún acto de violencia de género durante el periodo intermedio transcurrido entre un proceso seguido ante el juzgado de violencia de género (por ejemplo, un proceso de separación) y el inicio de un nuevo procedimiento en materia civil (por ejemplo, un procedimiento de divorcio). Se propone que el límite temporal pueda venir fijado por los plazos establecidos en el art. 130 CP, de modo que, a partir del vencimiento de los plazos referidos, la competencia para conocer de la demanda posterior sería la ordinaria prevista en la LEC;

b) Supuestos en los que recaiga sentencia absolutoria penal, que son los que mayor controversia producen en la práctica, distinguiendo a su vez dos situaciones según la demanda civil se presente ante el juzgado de violencia de género durante la tramitación del procedimiento penal (en cuyo caso la competencia debería perpetuarse en dicho juzgado, independientemente de la suerte que corra dicho proceso penal), o bien la demanda civil se presente una vez finalizado el procedimiento penal sin condena, de manera definitiva y firme, caso en el que la competencia debería recaer en el juzgado civil que corresponda.

mujer. Y ello no solo por razones procesales, sino también porque puede ser una fuente de corruptela, con perniciosas consecuencias prácticas en cuanto a las relaciones familiares¹⁰³.

Antes de la reforma operada por la LO 2/2022, de 21 de marzo, la atribución de la competencia para liquidar el régimen económico matrimonial a los Juzgados de Violencia sobre la mujer ha sido objeto de discusión en la práctica por nuestros tribunales¹⁰⁴ ya que, si bien cabía deducirla del artículo 807 de la LEC, lo cierto es que no aparecía previsto en el artículo 87 ter de la LOPJ. La polémica doctrinal y jurisprudencial

¹⁰³ No podemos obviar que en la práctica en ocasiones se utiliza torticeramente la ley porque la atribución de competencia al juzgado de violencia puede tener una incidencia decisiva en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, privando de ella al sujeto activo del delito de violencia sobre la mujer. Así, en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia establece expresamente que «[...] en la línea de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, y con la conciencia de la lucha contra esta violencia, se excluye de toda participación en la guarda el progenitor contra quien exista sentencia firme o mientras existan indicios fundamentados de violencia familiar o machista y se establece explícitamente la supervisión de las relaciones personales en situación de riesgo».

¹⁰⁴ La discusión jurisprudencial suscita un conflicto negativo de competencia objetiva entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de instrucción con competencia en materia de violencia sobre la mujer. En este sentido el Auto de la AP Asturias, Secc. 7ª entiende que el conflicto «[...] debe resolverse en el sentido de declarar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia [...] en base a las siguientes consideraciones: No desconociéndose las posturas de otras Audiencias, esta sección sigue el criterio [...] que estimamos es ajustado a derecho y conforme a ley [...] a la vista del tenor literal del meritado artículo no aparece atribuida expresamente competencia de dicho juzgado de violencia para conocer de los procedimientos de liquidación de sociedad conyugal, como lo es el que nos ocupa, por lo que, en ningún caso puede conocer el juzgado de instrucción [...] y en consecuencia, ha de ser el juzgado de familia [...] quien ha de conocer del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales promovido [...] este proceso de liquidación de sociedad de gananciales no es encuadrable en el apartado d) del art. 87 ter 2 de la LOPJ, referido a "los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar", referido más bien a aquellas medidas de contenido personal o patrimonial a adoptar de inmediato ante una separación o divorcio, nos lleva a afirmar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia especializado en materia civil. En consecuencia, no siendo objeto de atribución especial en la LOPJ la citada competencia a los juzgados de violencia sobre la mujer, no puede extenderse la misma a supuestos no previstos, ni aplicar la norma de competencia fijada en el art. 807 LEC referido a normas competencia entre órganos civiles, sin que afecte a juzgados penales como son los de violencia sobre la mujer».

constituyó un motivo de inseguridad jurídica y de nefastas consecuencias para los ciudadanos, que atónitos, se veían obligados a peregrinar por distintos órganos judiciales para lograr la liquidación del régimen económico, pues la regulación especial de esta materia en mi opinión consiguió el efecto contrario al pretendido por la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género. En efecto, la regulación específica de esta materia, con vocación de lograr una más efectiva y ágil protección, abocó a una menor protección de las víctimas de este tipo de delitos.

La citada LO 2/2022, introduce un apartado h) al art. 87 ter-2 LOPJ, atribuyendo a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia para conocer de los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial instados por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, así como los que se insten frente a dichos herederos.

Según el tenor literal del precepto, el ámbito subjetivo queda limitado a los herederos de la mujer víctima de violencia de género, siendo el único caso en el que el legislador ha previsto expresamente la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, pues como venimos diciendo, antes de la LO 2/2022, el art. 87 ter-2 guardaba silencio. Entendemos que el precepto fija la competencia solamente para el caso en que la mujer haya fallecido como consecuencia del acto de violencia y por ello serán sus herederos quienes tendrán legitimación, activa o pasiva, en el procedimiento de liquidación. Aunque no está expresamente previsto, en los casos en los que la mujer víctima de violencia de género sobreviva a la agresión, con mayor razón el juzgado de violencia sobre la mujer también deberá asumir la competencia, correspondiendo en tal caso la legitimación activa a la propia mujer.

Analizaremos más adelante las consecuencias que previsiblemente va a provocar esta expansión de la legitimación a los herederos de la mujer.

Por su parte, el art. 807 LEC, distingue dos supuestos para fijar la competencia: cuando haya existido un previo proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio y cuando haya existido un previo proceso en el que se hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

En primer lugar, respecto a la existencia de un previo proceso matrimonial sobre nulidad, separación o divorcio el legislador distingue a su vez tres posibles situaciones: que el proceso de nulidad, separación o divorcio en cuestión esté aún vivo, en cuyo caso el mismo juzgado de primera instancia o de violencia sobre la mujer conocerá del procedimiento de liquidación; que el proceso matrimonial ya haya concluido, en el que se seguirá la misma norma competencial expuesta; y finalmente, y aquí está la novedad que introduce la LO 2/2022, que tal procedimiento matrimonial no haya existido, estableciendo una ficción jurídica al fijar como órgano competente para tramitar la liquidación del régimen económico matrimonial el que lo hubiere sido para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio, de haber existido este.

Podemos anticipar, al igual que hicimos al tratar la competencia, que la redacción de este precepto, a pesar de que late una voluntad legislativa clarificadora, también en la legitimación va a generar nuevas dudas interpretativas.

El tenor literal del art. 807 en su redacción originaria impedía a los hijos huérfanos víctimas de violencia de género acudir a este procedimiento para instar la liquidación del régimen económico matrimonial de su madre

fallecida, pues un requisito de procedibilidad que exige este precepto es la existencia de un previo proceso matrimonial de nulidad separación o divorcio, o haber seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. Ninguno de esos requisitos se cumple en el supuesto de hecho que analizamos ya que la disolución en los casos de fallecimiento de la madre se ha producido por un acto de violencia de género, el homicidio o asesinato.

Para salvar este escollo, la LO 2/2022 ha introducido la citada ficción jurídica, mediante el inciso «o hubiera tenido la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio» —proceso de nulidad, separación o divorcio que no ha podido tener lugar por el hecho del homicidio o asesinato de la mujer víctima de violencia de género—. Queda así cumplido el objetivo del legislador y superada la incertidumbre sobre el procedimiento aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en los casos de mujeres víctimas mortales de la violencia de género.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta ficción, tal y como está redactado el precepto, entiendo que será aplicable con carácter genérico y no solo a los supuestos de violencia de género, pues, siguiendo el tenor literal del precepto, será competente el juzgado de primera instancia que esté conociendo, o haya conocido o hubiera tenido la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio. Esta nueva regulación constituye una puerta abierta a futuros debates competenciales cuando, por ejemplo, los cónyuges no hayan acudido a un procedimiento matrimonial —por ej. Disolución ante notario— e insten directamente la liquidación, pretendiendo cada uno fijar la competencia según su respectivo lugar de residencia.

En segundo lugar, serán competentes para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial, en los casos en los que la liquidación no venga precedida de un proceso matrimonial, los juzgados de primera instancia o de violencia sobre la mujer cuando se sigan o se hayan seguido actuaciones sobre la disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. Queda así superada la doctrina jurisprudencial que limitaba la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer a aquellos casos en los que había precedido un proceso matrimonial.

Otra cuestión que aún no ha obtenido una respuesta jurisprudencial viene motivada por la reforma del artículo 775 de la LEC y su contradicción con el artículo 87 ter 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El citado artículo 775 de la LEC viene a atribuir la competencia para modificar las medidas adoptadas en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio al juzgado que acordó las medidas definitivas. Esta regulación supone que el juzgado de violencia sobre la mujer será competente para conocer de la modificación de medidas, aun cuando no concurren los requisitos de competencia exigidos por el artículo 87 ter 3 de la LOPJ, o por el contrario que no será competente cuando las medidas definitivas hayan sido adoptadas por un juzgado de primera instancia o de familia y en el momento de solicitar la modificación de dichas medidas concurren los requisitos del art. 87 ter 3 de la LOPJ. Se trata de aplicar a ultranza el criterio de competencia funcional conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es contrario al criterio de proximidad y que en no pocas ocasiones da lugar a situaciones de desconexión entre el órgano judicial competente y el domicilio de las partes¹⁰⁵.

¹⁰⁵ El Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2016 Núm. de recurso 815/2016. Ponente Pantaleón Nieto, A.F. (RJ 2017/5729) da prevalencia a la literalidad

C) LA COMPETENCIA EN CASO DE CAMBIO DE RESIDENCIA

En la doctrina, algunos autores¹⁰⁶ entienden que desde el punto de vista de la competencia territorial, y para el caso de que tras el proceso matrimonial se produzca un cambio de residencia, si ambas partes se trasladan a la misma población, nada obsta a que se pueda plantear la liquidación en el lugar donde establezcan sus nuevas residencias. En mi opinión, esta solución es respetuosa con el principio de proximidad y con la situación real de los cónyuges o de los herederos del que haya fallecido, pero supone admitir la prorrogabilidad de la competencia por sumisión tácita, que es contraria al art. 807 LEC.

Podríamos entender que el artículo 807 contiene una remisión implícita al artículo 769 que regula la competencia territorial en los procesos matrimoniales y de menores. Pero las normas de competencia territorial contenidas en el artículo 769 de la LEC tienen carácter imperativo, son fuero legal, ya que impone la nulidad de los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en dicho precepto, por lo que no cabe aplicar la regla del artículo 54 de la citada ley procesal —titulado «carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial»—. El artículo 769 constituye una excepción al fuero convencional ya que contiene un criterio establecido por el legislador para determinar la competencia territorial.

Considero que hay además otro argumento que impide esa interpretación y es que la competencia que establece el art. 807 no es territorial, sino funcional, siendo esta indisponible para las partes. La norma determina la

del artículo 775 por considerar que el propósito del legislador de atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial es indudable, a la vista del tenor literal del art. 775 LEC, considerando además que el principio de proximidad no es absoluto en los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de menores que regula la LEC.

¹⁰⁶ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2001, p. 1002.

competencia por conexión con un proceso anterior, que será o bien el proceso de crisis matrimonial o bien el proceso que se siga o se haya seguido sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

2.2.- COMPETENCIA DEL JUZGADO ANTE EL QUE SE SIGAN O SE HAYAN SEGUIDO LAS ACTUACIONES SOBRE DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL POR ALGUNA DE LAS CAUSAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL¹⁰⁷

En principio parece que este inciso del precepto analizado no presenta novedad alguna, pues la competencia para conocer de la liquidación, siguiendo el criterio funcional, corresponderá al juzgado que sea o haya sido competente para disolver el régimen económico del matrimonio, o que hubiera tenido la competencia para conocer, que normalmente será el de primera instancia o el juzgado de violencia sobre la mujer.

Sin embargo, la norma añade a continuación «[...] por alguna de las causas previstas en la legislación civil». El legislador procesal está remitiendo a la norma civil sustantiva (art. 1393 CC y normas autonómicas), donde se regulan supuestos en los que la disolución del régimen económico puede acordarse en otros procedimientos civiles en los que la liquidación no constituye el objeto del proceso, sino que es una cuestión derivada. De la Serna Bosch¹⁰⁸ entiende que en tales supuestos habrá de acudirse a las reglas generales (art. 45 LEC). De Miranda Vázquez¹⁰⁹, dada la heterogeneidad de los casos que

¹⁰⁷ El Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental contenía una modificación de este apartado al establecer que será competente aquel juzgado ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución «o extinción» del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

¹⁰⁸ DE LA SERNA BOSCH, J., 2020, p. 141.

¹⁰⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., 2011, p. 1002.

contempla el art. 1393 CC, aporta diferentes soluciones competenciales, de modo que cuando la disolución venga motivada por perjuicios patrimoniales de un cónyuge a otro, o por declaración de ausencia o fallecimiento, se prorrogaría la competencia del órgano jurisdiccional; si se trata de una disolución solicitada por el cónyuge que ha visto embargados los bienes consorciales, la afección de los bienes será diferente según se trate de un proceso de ejecución civil o derive de responsabilidades patrimoniales generadas en otros ámbitos jurisdiccionales (penal, contencioso administrativo o laboral): si el embargo se practicó en un proceso de ejecución civil, el cónyuge no deudor tiene la facultad de disolver y liquidar el régimen económico (art. 541.3 LEC) y en tal caso será competente para conocer de la liquidación el mismo juez que conoció de la ejecución; si la traba es consecuencia de la responsabilidad del otro cónyuge derivada de un proceso seguido ante otra jurisdicción, este autor entiende que asumirá la competencia el juzgado de primera instancia del partido judicial donde se siga o se haya seguido el proceso del cual dimana la responsabilidad patrimonial. Entiendo que cuando el artículo dice «[...] se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil» la remisión a la norma sustantiva nos lleva al artículo 1393 del CC y a las leyes autonómicas de aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia civil y han regulado esta materia¹¹⁰, si bien centraremos el análisis en la norma estatal.

¹¹⁰ Estas causas están reguladas en los art. 245 y 225.2 —supuesto específico de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas— del Código de Derecho Foral de Aragón; en el art. 232-16.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; en el art. 131 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; en la Ley 95 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; en el art. 66.8 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho de las Islas Baleares (precepto aplicable únicamente a las islas de Ibiza y Formentera). Nada regula en este

El Código Civil regula procedimientos de disolución motivados por los perjuicios patrimoniales que para el solicitante pueden derivarse de una situación sobrevenida o de deslealtad en la persona del otro cónyuge. El cauce procesal para estos procedimientos hasta la entrada en vigor de la LEC de 2000 fue un expediente de jurisdicción voluntaria, según la Disposición Transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Dicho precepto establecía que «mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para resolver las controversias surgidas en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente».

A pesar de que esta norma no fue expresamente derogada por la Disposición Derogatoria Única de la LEC vigente, en mi opinión ha de entenderse que lo fue implícitamente por el inciso que nos ocupa del artículo 807 LEC, en lo que a las cuestiones patrimoniales se refiere.

No obstante, en el momento actual debe entenderse derogada por la Disposición Derogatoria Única, apartado 4 de la LJV, que declara derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la misma. El art. 90 LJV regula la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, refiriéndose concretamente al supuesto de que un cónyuge se halle impedido para prestar su consentimiento para realizar un acto de administración o de disposición sobre los bienes comunes (art. 90.1 c) LJV y al caso en el que se solicita la intervención judicial para conferir la administración de los bienes cuando uno de los cónyuges se halle impedido para prestar el consentimiento o hubiere

aspecto la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en los artículos relativos al régimen económico matrimonial (arts. 171 a 174).

abandono de familia o existiere separación de hecho (art. 90.1 d) LJV. El mismo precepto establece que en estos casos se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de la LJV que están contenidas en los artículos 9 a 22, entre las cuales se encuentran normas de competencia (art. 9.2) que viene atribuida al órgano judicial del lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución. Por ello, entiendo que cuando estemos ante un acto de jurisdicción voluntaria por discapacidad de un cónyuge que le impide prestar consentimiento, abandono de familia o separación de hecho, la competencia puede no corresponder al mismo órgano judicial que conocería si se plantease un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial conforme al art. 807 LEC, ya que los criterios de atribución de competencia son diferentes en la LJV y en la LEC. Así, la LJV la atribuye en función del lugar donde los actos deban producir sus efectos o deban ejecutarse, mientras que la LEC la fija en función de dónde se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en el art. 1393.1 y 3 CC, a saber, haberse dispuesto judicialmente, respecto del otro cónyuge, medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, o hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. En definitiva, entiendo que no resulta muy coherente que ante una misma situación (por ejemplo, imposibilidad de uno de los cónyuges de prestar el consentimiento para llevar a cabo un acto de disposición) la competencia judicial sea diferente si el otro cónyuge decide acudir a la jurisdicción voluntaria para que el órgano judicial supla esa falta de capacidad o decide disolver la sociedad de gananciales.

Conforme al citado artículo 1393 CC, la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los cuatro

casos que contempla, a saber: haberse acordado medidas de apoyo respecto al otro cónyuge, o haber sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia; venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; y por último, incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

El último párrafo contiene una remisión implícita al artículo 1373 del Código Civil, al establecer que, en cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código, y esa regulación específica se halla en el mencionado artículo 1373 CC y en el artículo 541 de la LEC.

En todos los casos del artículo 1393 se contemplan causas de disolución que no operan *ipso iure* como en los supuestos del artículo 1392 CC, sino a instancia de parte. Entiendo que, en una interpretación conjunta del art. 807 LEC y 1393 CC, cabría concluir que en los dos primeros casos contemplados en el art. 1393.1 CC será competente para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial el juez civil que haya acordado las medidas de apoyo o declarado la ausencia y el juez que haya conocido del concurso (criterio de competencia funcional). Sin embargo, en el último inciso de dicho art. 1393.1 (condena por abandono de familia) entiendo que en ningún caso el juez penal que dictó la sentencia de condena pueda asumir competencias civiles, como es la liquidación del régimen económico matrimonial; en este caso entiendo que habrán de seguirse las reglas generales de competencia, si bien tal interpretación es discordante con el tenor del art. 807 LEC, por lo que debería de ser objeto de clarificación legislativa. Ortuño Muñoz entiende que ante la ausencia de una previsión legal expresa, son de aplicación las normas

generales del art. 50 LEC sobre el fuero territorial aplicable a las personas físicas¹¹¹.

Con respecto al apartado segundo, entiendo que deberá existir una resolución judicial, que podrá ser civil o penal, que declare el fraude, daño o peligro, y el mismo juez (civil) que la dicte será el competente para conocer de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; si fuese dictada por un juez penal, se seguirán las reglas generales de competencia, según hemos expuesto.

En cuanto a los apartados tercero y cuarto, deberá existir una resolución judicial, que podrá ser civil o penal, que declare que los cónyuges llevan separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de familia, o que declare el incumplimiento grave y reiterado del deber de información por parte de uno de los cónyuges, de modo que el mismo órgano judicial civil atraerá para sí la competencia para disolver y liquidar la sociedad de gananciales y si fuese un órgano judicial penal se deberá acudir a los criterios generales de determinación de la competencia.

El último párrafo relativo a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges, nos remite al artículo 1373, conforme al cual cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y este podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella.

¹¹¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., 2001, p. 3775.

Vamos a dedicar una atención especial a los supuestos en los que la determinación de la competencia puede resultar más compleja por las peculiaridades que presentan. Así ocurre cuando la competencia pueda recaer en el juez del concurso; cuando el juez competente sea el que esté conociendo de la ejecución en el supuesto del artículo 1373 citado, cuyo complemento procesal, aunque con mejor criterio, se encuentra en el artículo 541.3 LEC; cuando se dé la circunstancia de que uno de los cónyuges haya fallecido antes de practicarse la liquidación; cuando los cónyuges de mutuo acuerdo deciden poner fin a un régimen económico matrimonial y establecen otro; cuando el juez que decretó la separación es distinto del que declaro la nulidad o el divorcio; cuando, una vez finalizado el procedimiento de liquidación, uno de los cónyuges esté en desacuerdo con la partición y decida instar el procedimiento declarativo que corresponda; o qué juez será competente para llevar a cabo las adjudicaciones individuales cuando la liquidación concluyó con adjudicaciones indivisas entre los cónyuges.

A) COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO

Esta materia ha sido objeto de debates doctrinales¹¹² por los problemas prácticos que genera la existencia de dos procedimientos de liquidación universal y por el hecho de que en ambos ha de decidirse sobre el destino del patrimonio común de los cónyuges, pues los mismos bienes deben incluirse en la masa —y su destino se decidirá en el procedimiento concursal— y a su vez deben incluirse también en la liquidación del régimen económico matrimonial que se tramitará en pieza separada y en el que se llevará a cabo el reparto entre los cónyuges.

¹¹² ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., 2013, pp. 219 y 193 a 212; GUILARTE, V., 2005, p. 76 a 100; CUENA CASAS, M., 2008, p. 239 y ss. CUENA CASAS, M. 2017, p. 254.

Cuena Casas entiende que la liquidación del régimen de gananciales debe ser previa a la formación de la masa activa, en pieza separada, de acuerdo con lo establecido en el art. 21.7 de la LC, siendo competente el juez del concurso y siguiendo los trámites del incidente concursal (art. 192 LC) ¹¹³.

El afán del legislador por proteger al cónyuge no deudor bajo el paraguas del artículo 1373 CC dio lugar a una utilización fraudulenta de este mecanismo de defensa de dicho cónyuge, en detrimento de los legítimos derechos de los acreedores. A pesar de ello, el legislador insistió en esa función tuitiva en el artículo 541 LEC y culminó en el art. 77 de la anterior Ley Concursal, asentando así una regulación incoherente y errática, pues este último precepto remitía al procedimiento de liquidación del artículo 541 LEC, resultando esa coordinación ideada por el legislador verdaderamente compleja¹¹⁴. El propio legislador, en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLCon), comienza reconociendo el fracaso legislativo de esta materia, afirmando que «la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones. Las esperanzas que había suscitado ese derecho de nueva planta, con la lógica aspiración a la estabilidad normativa, pronto se desvanecieron...».

¹¹³ CUENA CASAS, M., 2008, p. 237 y 268; CUENA CASAS, M., 2017, p. 690.

¹¹⁴ Entre las críticas que cabe hacer a la regulación comentada, basta señalar la contradicción existente entre el artículo 1373 del Código Civil y el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues mientras el primero establece que la disolución del régimen económico matrimonial se produce automáticamente cuando el cónyuge no deudor exija que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que el cónyuge deudor ostente en la sociedad conyugal, el art. 541.3 de la LEC establece la necesidad de que el cónyuge no deudor inste la disolución y el tribunal resolverá lo procedente.

El citado texto refundido pretendía la regularización, aclaración y armonización de las normas legales concursales, pero siguen lloviendo las críticas desde posiciones doctrinales y judiciales¹¹⁵.

El artículo 7 del texto refundido de la Ley Concursal establece que, si el deudor es persona casada, debe indicar en la memoria la identidad del cónyuge, la fecha del matrimonio, el régimen económico por el que se rija y, si se hubiera pactado, la fecha de las capitulaciones matrimoniales. Además, respecto a parejas no casadas establece que, si se tratase de pareja inscrita, indicará en la memoria la identidad de la pareja y la fecha de inscripción en el registro correspondiente. Por otro lado, el art. 125 de la misma norma dispone que el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado y una vez presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada con el convenio o con la liquidación de la masa activa.

Dejando al margen los problemas procesales que pueden plantearse, porque exceden del objeto de este trabajo, en lo que ahora nos interesa, —la determinación de la competencia para conocer de la liquidación del régimen económico matrimonial cuando uno de los cónyuges está en situación de concurso—, el TRLCon permite concluir que dicha

¹¹⁵ Auto de 6 de octubre de 2020, del juzgado de lo mercantil nº 13 de Madrid (JUR 2020/295129): «Desde un punto de vista objetivo y formal [...] ese texto refundido sólo podía “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición” sin introducir ningún elemento nuevo o variación respecto al régimen anterior, pues para ello, sería necesario una norma con rango de ley. [...] lo cierto es que el texto refundido [...] ha ido, en mi opinión, un paso más allá de lo que puede ser objeto de refundición. Pues lejos de aclarar o regular conforme a la jurisprudencia, lo que ha hecho es justamente lo contrario, regular “contra ella”...».

competencia corresponde al juez del concurso como criterio general, (art. 44.1, a cuyo tenor son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores los jueces de lo mercantil, en relación con el art. 52.5ª del TRLCon que atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para disolver y liquidar la comunidad conyugal del concursado), si bien como excepción establece que la competencia corresponderá a los jueces de primera instancia cuando se trate de declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario.

B) SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 1373 CC¹¹⁶

El cónyuge no deudor, que ve cómo se embargan bienes gananciales, tiene dos opciones: aceptar la traba sobre bienes gananciales, en cuyo caso, cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda del otro cónyuge, se reputará que este ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le corresponderían; o bien podrá optar por exigir que el embargo se concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes.

En este supuesto la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales se llevará a cabo por el juez que esté conociendo del procedimiento de ejecución instado por el acreedor de unos de los cónyuges. En cuanto al cauce procesal adecuado para realizar la disolución

¹¹⁶ Señala De los Mozos que estamos ante una causa anómala tanto por su ubicación en último inciso del art. 1393, —ya que no depende de una decisión judicial, sino que se trata de una opción de uno de los cónyuges—, como por contradecir la idea sobre la que se asienta la sociedad de gananciales, al dar preferencia, en el conflicto de intereses que trata de resolver, al criterio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. (DE LOS MOZOS, J. L., 1999, p. 576).

y liquidación del patrimonio común, el Tribunal Supremo¹¹⁷ tuvo una jurisprudencia vacilante hasta sentar la doctrina pacífica que considera que el cónyuge no tiene la condición de tercero y por lo tanto no está legitimado para ejercitar la acción de tercería¹¹⁸, por lo que debe seguirse la vía incidental. Tras la entrada en vigor de la LEC ya no cabe ninguna duda de que el cónyuge no deudor no puede ejercitar la tercería de dominio, pues el artículo 541.3 LEC viene a establecer un incidente de oposición específico para el cónyuge no deudor. Prevé dicho precepto que la disolución de la sociedad ganancial se lleve a cabo «con arreglo a lo

¹¹⁷ STS 1260/1998, de 12 de enero. Sala Primera. (RJ 1999/35): «El procedimiento que contempla el artículo 1373CC es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, [...] en el mismo sentido la de 22 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9432) [...] La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el art. 1373 CC parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la STS 29 Oct. 1984 (RJ 1984/5077), en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos, la tercería de dominio, como así entendió la STS 17 Jul. 1997 (RJ 1997/5513) [...] frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes (gananciales) embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales [...]».

¹¹⁸ «[...] habiéndose formado un cuerpo de jurisprudencia pacífica y concorde [...] Esta doctrina jurisprudencial es acorde cuando explica que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer [...] la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción [...]. La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos, para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses» (sentencias del TS, entre las más recientes, STS de 26 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4790); STS 29 Sep. 1986 (RJ 1986/4923); STS 13 Jul. y 26 Sep. 1988 (RJ 1988/5992 y 1988/6859); 19 Jul. 1989 (RJ 1989/5727); 6 y 12 Jun. 1990 (RJ 1990/4740 y 1990/4754) y finalmente la todavía más reciente *de 1 Sep. 2000 (recurso núm. 2902/1995; RJ 2000/6479) reproduce textualmente los mismos argumentos.*

dispuesto en esta Ley», es decir, por el procedimiento que regulan los artículos 806 y ss. Sin embargo, el artículo 541.3 LEC establece que el tribunal oirá a las partes antes de resolver lo procedente sobre la división del patrimonio. Considero que tal audiencia debe tener como objeto intentar que se lleve a cabo la liquidación consensuada, y solo si ello no es posible, «acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», es decir, por los trámites de los artículos 806 y ss. LEC.

C) DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DERIVADA DEL HECHO DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Estudio especial merece el caso en el que la disolución del régimen económico no deriva de un pronunciamiento judicial sino del hecho de la muerte de uno de los cónyuges. En estos supuestos, como expondremos más ampliamente en el apartado relativo a la legitimación, un sector doctrinal y jurisprudencial entiende que la liquidación del régimen económico matrimonial ha de tramitarse como un incidente del procedimiento principal de partición de herencia, lo que puede plantear una cuestión de competencia, ya que la norma aplicable no será la contenida en el artículo 807 LEC, sino la de la división de herencia. Como el procedimiento para la división de la herencia no tiene una norma competencial específica, hemos de aplicar las normas generales contenidas en los artículos 44 y ss. de la LEC.

D) CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL CONSENSUADO

En este supuesto, pueden plantearse dudas acerca de si son aplicables o no los preceptos sobre la competencia estudiados en los casos en que los cónyuges han pactado el régimen económico matrimonial en capitulaciones matrimoniales y posteriormente deciden su liquidación, sin

existencia de un procedimiento de nulidad, separación ni divorcio (se entiende que existe desacuerdo en cuanto a los bienes que deben integrar el inventario o a la forma de practicar la partición). En estos casos, un sector doctrinal¹¹⁹ entiende que no es competente el juez de familia sino el juez de primera instancia, si bien el procedimiento a seguir será el de los artículos 806 y ss. LEC. En mi opinión tal interpretación va más allá del texto legal, que no contempla la posibilidad de que el procedimiento de liquidación se inicie cuando los cónyuges, de mutuo acuerdo, decidan poner fin a un régimen económico matrimonial —pero no exista acuerdo en cómo practicar la liquidación—, y sustituirlo por otro. Sin embargo, no cabe duda de que es necesario dar una respuesta procesal a tales supuestos, por lo que entiendo que debe admitirse por razones prácticas la aplicación de los preceptos estudiados, si bien la solución debería venir dada, *de lege ferenda*, por la inclusión de tal supuesto en el artículo 807 de la ley procesal.

E) CUESTIONES SOBRE COMPETENCIA TERRITORIAL

Desde el punto de vista de la competencia territorial nos preguntamos qué juzgado será competente para conocer de la liquidación cuando el que decretó la separación es distinto al que resolvió la nulidad o el divorcio. En principio parece que lo más coherente es atribuir la competencia al juzgado que resolvió en primer lugar. Sin embargo, este

¹¹⁹ FORCADA MIRANDA, F. J. 2006, p. 104: «La liquidación de un régimen económico matrimonial proveniente de unos capítulos matrimoniales que no estén asociados a un procedimiento judicial de separación, nulidad o divorcio, corresponde por reparto ordinario al Juzgado de Primera Instancia. Por consiguiente, [...] darán lugar al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial regulado en los arts. 806 a 810 LEC, pero reservándose el conocimiento y competencia objetiva de ese procedimiento a los Juzgados de Primera Instancia, dado que, se insiste, los de Familia sólo conocerán de los procesos de liquidación derivados de los de separación, nulidad o divorcio en los que se haya acordado la disolución del régimen económico matrimonial».

criterio puede no ser el más práctico para las partes cuando han perdido toda vinculación o conexión territorial con el juzgado que conoció primero. Resultaría por ello más ágil y cómodo que las partes elijan el juzgado competente entre los que dictaron alguno de los pronunciamientos anteriores de nulidad, separación o divorcio ¹²⁰.

Otro supuesto dudoso en cuanto a la competencia territorial se deriva del hecho de que la sentencia que recaiga en el procedimiento de liquidación no produce el efecto de cosa juzgada, debiendo dilucidar qué juzgado será competente para conocer del juicio declarativo posterior.

El artículo 810.5 LEC establece que de no llegarse a un acuerdo sobre la liquidación se seguirán los trámites según lo dispuesto en los artículos 785 LEC y ss. relativos a la herencia, y concretamente en su artículo 787 LEC, cuyo último párrafo establece que la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. ¿Será competente para conocer del juicio declarativo el juez que dictó la citada sentencia de liquidación sin efecto de cosa juzgada? Entiendo que no lo será porque el procedimiento de liquidación ya ha concluido, por lo que habrá que acudir a las normas generales del artículo 50 LEC.

F) ADJUDICACIONES INDIVISAS

Finalmente, es posible que concluya el procedimiento de liquidación pero las partes decidan efectuar la adjudicación de forma indivisa, de modo que queda abierta la posibilidad de que en un proceso futuro una de

¹²⁰ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, P. 2001, p. 3774. Este autor entiende que en tales casos «el fuero puede resultar optativo [...]. Un criterio interpretativo más restrictivo puede vincular la competencia para la liquidación al primero de los litigios, generalmente el de separación, más ello reportaría perjuicios para los litigantes, con menoscabo de la tutela efectiva de sus derechos, si al tiempo del divorcio ninguno de ellos tiene una conexión real con el juzgado ante el que se siguió la separación».

las partes ejercite la acción de división. Cabe plantearse si en estos casos la competencia corresponderá al mismo juzgado que conoció de la liquidación, ya que esta engloba también la partición, de tal modo que la división o partición sería la última fase o culminación de la liquidación. Así se deriva del tenor literal del artículo 810 LEC que bajo el título «liquidación del régimen económico matrimonial» se refiere a la formación de lotes y a la práctica de operaciones divisorias. Sin embargo, entiendo que una vez que las partes han hecho la adjudicación pro indiviso debe darse por finalizado el procedimiento de liquidación, de modo que jurídicamente los excónyuges son unos comuneros más, por lo que se les deben aplicar las normas de la comunidad ordinaria y la competencia para practicar la partición posterior deberá determinarse acudiendo a las normas generales. La partición es el último eslabón de la liquidación y debe llevarse a cabo dentro del mismo procedimiento de liquidación regulado en los artículos 806 y ss. LEC solo cuando así lo decidan los cónyuges. Si, por el contrario, su voluntad es adjudicarse los bienes pro indiviso, el procedimiento de liquidación acaba ahí y quedan sometidos a las normas de los artículos 392 y ss. del CC, como cualquier comunero. Si en un futuro deciden realizar la partición, deberán instar un procedimiento de división de cosa común, pues la LEC no regula ningún procedimiento específico para instar la partición dentro de los trámites de los artículos 806 y ss. LEC¹²¹.

¹²¹ En este sentido se pronunció, bajo la vigencia de la LEC de 1881, la SAP Madrid, de 29 de junio de 2002 —Sección 10ª— Pte. González Oliveros, J. Nº de Recurso 480/2001.(JUR 2002/213595): «Ciertamente que nuestra antigua LEC de 1881, por la que se rige el presente procedimiento, carecía de normas específicas [...] para la liquidación del régimen económico matrimonial [...] Es claro que es la acción de división de la cosa común, por lo expuesto, la procedente para liquidar cuando llegue el momento el pro indiviso sobre los bienes gananciales adjudicados a ambos cónyuges y no el de ejecución de sentencia como lo viene manteniendo esta Audiencia en SS. de la sección 22, de 21 Nov. 1995 y 19 Dic. 97. [...] Que estimando en parte como estimamos el recurso ...en el sentido de declarar que el procedimiento adecuado para la liquidación en su día del pro indiviso adjudicado a cada uno

Del mismo modo, si la liquidación se hizo al margen de un procedimiento matrimonial, —por ejemplo, mediante un convenio en el que se acuerda el pro indiviso—, la competencia para conocer de la acción de división correspondería también a los juzgados de primera instancia según los criterios generales de competencia.

de los cónyuges litigantes sobre los bienes gananciales habrá de ser el de división de la cosa común».

CAPÍTULO IV

LAS PARTES DEL

PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN.

POSTULACIÓN Y DEFENSA

CAPÍTULO IV

LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN. POSTULACIÓN Y DEFENSA

1.- LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y LEGITIMACIÓN

1.1- INTRODUCCIÓN

Frente a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal¹²², que son aptitudes generales, inherentes a la persona, —se tienen o no con independencia de un proceso concreto—, la legitimación es una cualidad que las partes han de tener en un proceso determinado.

Para que haya legitimación debe existir acción (legitimación activa), es decir, el ordenamiento jurídico otorga la legitimación a quien es titular de un derecho —o afirma serlo— o bien está en la posición de tener que soportar su ejercicio (legitimación pasiva).

La posición jurídica del que solicita la tutela jurisdiccional normalmente consiste en ser titular de un derecho subjetivo privado, que fundamenta la acción. La posición jurídica de aquel contra el que se pretende esa tutela judicial suele consistir en ser titular de un deber u obligación. La legitimación es presupuesto de la acción ya que tanto si el demandante carece de la activa como si el demandado carece de la pasiva, la sentencia que recaiga deberá ser denegatoria de la pretensión.

¹²² Se omite -porque excede del objeto de este trabajo- el análisis de la repercusión que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha tenido en los conceptos tradicionales de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Solamente señalaremos que en la doctrina se considera que ha quedado eliminada la disociación de ambos conceptos (GARCIMARTÍN MONTERO, R., 2021, p. 24).

Pero hay determinados procedimientos en los que el actor no ejercita la acción para que le sea reconocido un derecho subjetivo, sino para obtener el reconocimiento jurídico de una situación jurídica concreta. Ejemplos de ello sería una demanda de incapacitación o de separación conyugal.

Desde el lado pasivo, tampoco el demandado es en todo caso titular de un deber u obligación; así cuando se ejercita una acción declarativa de dominio, la obligación corresponde a todos, vincula *erga omnes* y no por ello está legitimada pasivamente toda la colectividad.

El órgano judicial únicamente puede otorgar la tutela jurídica a quien le corresponde obtenerla por encontrarse en una determinada posición jurídica y frente a quién está obligado.

En una primera aproximación, podríamos afirmar que la legitimación es una cualidad jurídica que deben tener las partes procesales, pero si profundizamos en su contenido surgen dudas acerca de si su naturaleza jurídica es procesal o material. Las discrepancias doctrinales no obedecen a una mera reflexión teórica, circunscrita al ámbito de la discusión dogmática, sino que tratan de dar solución a los problemas prácticos que plantea la inconcreción del concepto. Por ejemplo, no existe un criterio pacífico en torno al momento procesal en el que la falta de legitimación puede ser alegada, a si es o no subsanable, a si es o no posible su apreciación oficio, al momento procesal en el que ha de ser resuelta, etc.

Veamos las posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto.

A) NATURALEZA JURÍDICO-MATERIAL DE LA LEGITIMACIÓN

La palabra «legitimación» procede del término neolatino *legitimare* que significa «justificarse», por lo que trasponiendo esta acepción al campo jurídico podemos entenderla en el sentido de probar o justificar que la realización de determinado acto se lleva a cabo conforme a Derecho.

Existe por ello una estrecha relación entre la titularidad de un derecho y la justificación del mismo o legitimación. En consecuencia Gómez Orbaneja¹²³ entiende que la legitimación no es una condición de admisibilidad del proceso sino de la existencia misma de la acción y por ello no es una cuestión procesal, sino una cuestión de fondo.

En el mismo sentido De la Oliva¹²⁴ entiende que, a diferencia de la capacidad para ser parte y de la capacidad para comparecer en juicio, la legitimación no constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un presupuesto de la acción, es decir, es uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta.

La legitimación, entendida como la titularidad de la relación jurídica, aparece regulada en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso»¹²⁵.

Actuar «como» titulares de la relación jurídica implica que el actor afirma ostentar una titularidad y afirma además que el demandado debe aceptarla o soportarla, con independencia de que en un momento posterior pueda determinarse si efectivamente le corresponde esa titularidad que se atribuye a sí mismo. El fundamento de la legitimación es que el actor afirma tener acción (acción afirmada). La cuestión de si

¹²³ GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, 1976, p. 136.

¹²⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2000, p. 127 y DE LA OLIVA SANTOS, A. 2019, p. 440.

¹²⁵ La Ley de Enjuiciamiento Civil titula el Capítulo I del Título I del Libro I «De la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación», por lo que el legislador ha prescindido de la tradicional distinción doctrinal y jurisprudencial entre *legitimatío ad procesum* y *legitimatío ad causam*. De este modo entendemos que identifica la capacidad para ser parte con la capacidad jurídica del Derecho material, la capacidad procesal con la *legitimatío ad procesum* —capacidad de obrar del Derecho material— y la legitimación propiamente dicha con la *legitimatío ad causam*.

finalmente ostenta o no tal titularidad afecta al fondo del asunto y se resolverá como tal en sentencia.

Sin embargo, entiendo que la legitimación no puede encontrar su fundamento en la razón material o fondo de la pretensión, pues tal tesis nos llevaría a reconocer legitimación activa solo a quien siendo demandante, se le diera la razón. Por ello la esencia de la legitimación estaría en el hecho de concurrir al proceso afirmando una titularidad que se podrá tener o no tener. La titularidad del derecho se afirma al principio del proceso, pero se resuelve, reconociéndola o denegándola, al final del mismo, en sentencia y con efecto de cosa juzgada.

Pero esta postura podría llevarnos a situaciones de verdadera denegación del derecho a la tutela judicial efectiva a quien, siendo el verdadero titular del derecho, se vea vinculado por una sentencia recaída en un proceso en el que no ha sido parte y en el que otra persona afirmó ser su titular, sin serlo realmente. No cabe duda de que esta situación generaría indefensión en el verdadero titular de la relación jurídica, y por lo tanto tendría una incidencia directa en derechos fundamentales amparados por la Constitución Española.

Es esta relevancia constitucional de la legitimación la que nos encamina hacia el estudio de su faceta jurídico procesal.

B) NATURALEZA JURÍDICO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN

La implicación de derechos fundamentales mencionada nos permite afirmar que la legitimación no puede fundamentarse únicamente en la voluntad subjetiva del demandante, quien afirma ser titular de la relación jurídica, —la cual a su vez constituye el fundamento del derecho que ejercita—. En mi opinión, esa concepción monofacética o reduccionista no responde a la verdadera naturaleza de la legitimación. Esta contiene también

una dimensión objetiva que permite delimitar el concepto estudiado a partir de un análisis lógico-jurídico. Es decir, en palabras del TS, la legitimación es la posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida —titularidad jurídica afirmada— y las consecuencias jurídicas pretendidas¹²⁶.

¹²⁶ STS 305/2011, de 27 de junio. Sección 1ª. Pte. Xiol Rios, J. A. Nº Recurso 1825/2008, (RJ 2011/4894):

"A) Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han establecido la diferenciación existente entre la legitimación *ad processum* (para el proceso) y la legitimación *ad causam* (para el pleito). La legitimación *ad processum* (para el proceso) se suele hacer coincidir con los conceptos de capacidad procesal, mientras que la segunda consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto de la demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material [...].

B) Dicha dualidad del concepto de legitimación ha desaparecido en la actualidad tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, pues la misma distingue entre capacidad procesal y legitimación, refiriendo esta última solo a la tradicionalmente denominada legitimación *ad causam* (artículo 10 LEC) (STS de 20 de febrero de 2006, RC 2348/1999).

C) La legitimación pasiva *ad causam* (para el pleito) consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida —titularidad jurídica afirmada— y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002, RC nº 3109/1996, de 20 de febrero de 2006, RC. nº 2348/1999 y 21 de octubre de 2009). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7 de noviembre de 2005, RC nº 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".

En el mismo sentido, STS 791/ 2011, de 11 de noviembre. Sala 1ª. Pte.: Xiol Rios, J. A., nº de recurso 905/2009. (RJ 2012/1488) y STS de 3 de junio de 2019 (JUR 2019/2879) que cita la anterior y reproduce la misma doctrina.

Más recientemente, la STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020/41) señala que «la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido. Supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas; por lo que ha de atenderse al contenido de la relación jurídica invocada por la parte actora. A la legitimación se refiere el art. 10 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que bajo la rúbrica “condición de parte procesal legítima”, dispone, en su párrafo primero, que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen

Es lo que la doctrina¹²⁷ denomina juicio de consistencia o de coherencia jurídica. Este análisis de coherencia se erige en garante del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, elevando la legitimación a la categoría de «orden público procesal» que permite al órgano judicial llevar a cabo un control previo del interés legítimo de las partes.

Por ello algunos autores¹²⁸ entienden que el fundamento de la legitimación hay que encontrarlo en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y en la prohibición de indefensión que efectúa el art. 24 de la Constitución Española. Y ello porque entienden que «si se permitiera que actuara en un proceso sólo quien afirma la titularidad del derecho subjetivo, sin serlo efectivamente, se produciría una condena en ausencia de la auténtica parte material, a la que se le habría privado de su derecho a la tutela o de defensa».

En esta línea, el Tribunal Supremo en algunas sentencias¹²⁹ entiende que la legitimación debe ser tratada como una cuestión procesal que exige un

en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes están legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo. Lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación activa habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el “suplico” de la misma, en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión».

La STS 1/2021, de 13 de enero (RJ 2021/533) se pronuncia en idénticos términos, reconociendo legitimación activa a la Diputación General de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena frente a la Generalitat de Cataluña en el conocido caso de las obras de arte y otros objetos preciosos de Sijena.

En el mismo sentido STS 11 de octubre de 2021 (RJ 2021/4822).

¹²⁷ GIMENO SENDRA, V. Y CALAZA LÓPEZ, S. Diario La Ley. 2004, p. 1378.

¹²⁸ *Ibid* GIMENO SENDRA, V. Y CALAZA LÓPEZ, S.

¹²⁹ STS 276/2011, de 13 de abril, Sala 1ª, Pte. Salas Carceller, A., Nº de Recurso 1162/2007. (RJ 2011/3580), que entiende que la legitimación tiene carácter previo, aun cuando está vinculada con el fondo del asunto.

STS 481/2000, de 16 de mayo. Pte. Marín Castán, F. (RJ 2000/3110), conforme a la cual la legitimación es una cuestión de orden público procesal: «Como mantiene la STS de 17 de Julio de 1992 (RJ 1992,6432), la legitimación “específica, en relación con el caso, el alcance efectivo del derecho general de accionar, reconocido por el artículo 24 de la Constitución y, consecuentemente, apareja, si no es aplicado rectamente, una objetiva denegación de justicia.

Tal poder concreto, en los asuntos civiles, se considera ínsito en quien por afirmar la titularidad del derecho, pretende acreditar por ello el máximo interés en su satisfacción". Pero la legitimación no radica en la mera afirmación de un derecho, sino que también depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. En suma, la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, lo que se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una "*questio iuris*" y no una "*questio facti*" que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen. Se puede por ello estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte. Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación ("*questio iuris*") con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran) (STS 31-3-97 en recurso nº 1275/93). Y de ahí, sobre todo, que la falta de legitimación "*ad causam*" se considere apreciable de oficio por los tribunales, incluso por esta Sala al conocer del recurso de casación».

STS 460/2012, 13 de junio, Sala 1ª, Pte. Salas Carceller, A., nº de recurso 245/2009. (RJ 2012/7425): «La sentencia núm. 713/2007, de 27 junio, señala que la legitimación "*ad causam*" "consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTs 31-3-97 (RJ 1997/2481) y 28-12-01 (RJ 2002/2874)"; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio (SSTS, 30 abril 2012 (RJ 2012/4715), 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003 (RJ 2003/4761), 10 octubre 2002 (RJ 2002/9402) y 4 julio 2001 (RJ 2001/4988)) en cualquier momento del proceso».

La STS de 14 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4069) entiende que «la legitimación procesal es una cuestión preliminar, y consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito, que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal activa o pasiva. Se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido. Supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas; por lo que ha de atenderse al contenido de la relación jurídica invocada por la parte actora. A la legitimación se refiere el art. 10 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) que, bajo la rúbrica "condición de parte procesal legítima" dispone en su párrafo primero que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes están legitimados, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo. Lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación activa habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el "suplico" de la misma, en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión (por todas, sentencia de pleno 1/2021, de 13 de enero (RJ 2021,533))».

pronunciamiento previo, admitiendo la posibilidad de que el tribunal aprecie de oficio su falta, ya que afecta a la validez del proceso¹³⁰. Sin embargo, el TS no llega a incardinar la legitimación en ninguna de las circunstancias que el artículo 416 LEC contempla como cuestiones procesales. Montero Aroca¹³¹ entiende que la posibilidad de apreciación de oficio y la vinculación de la legitimación con el orden público procesal constituyen la demostración evidente de que estamos ante un presupuesto de naturaleza procesal. Sin embargo, tal argumento decae desde el momento en que también es posible la apreciación de oficio de cuestiones de carácter sustantivo. En este sentido la STS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021/1004).

El análisis de los pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto al cauce de impugnación casacional que debe seguir la falta de legitimación evidencia la inexistencia de un criterio clarificador en esta materia. Así, inicialmente el cauce impugnatorio de la falta de legitimación era exclusivamente el recurso extraordinario por infracción procesal, pues se entendía que constituía una infracción de una norma procesal (art. 10 LEC)¹³². En la actualidad el alto tribunal admite también la impugnación de

¹³⁰ En la doctrina, Salas Carceller mantiene la misma postura. Esta autor entiende que la legitimación constituye un presupuesto procesal o de validez del proceso y no una cuestión de fondo, de tal modo que la falta de legitimación deberá llevar a dictar una resolución «[...]que no llegue a la consideración sobre la existencia del Derecho material discutido, porque no existirá tal derecho o tal obligación, en cuanto no pueden desvincularse de su titular actual, pero ello habrá de pronunciarse con la sola consideración de que las partes en el proceso concreto de que se trata no son las *legítimas*, lo que permite un estudio previo al examen de fondo a realizar en el momento inicial del proceso». SALAS CARCELLER, A., 2005, p. 66.

¹³¹ MONTERO AROCA, J., 2007, p. 19.

¹³² STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088): «Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el sistema de recursos de la vigente LEC no es coincidente con la distinción entre “infracción de Ley” y “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio” de la Ley de 1881 (LEG 1881, 1), correspondiendo al extraordinario por infracción procesal el control de las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que comprende las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o

la falta de legitimación mediante el recurso de casación, dada su vinculación con la norma sustantiva¹³³.

Cabría plantearse si es posible su resolución en la audiencia previa, pues aun cuando efectivamente la legitimación no está expresamente prevista como cuestión procesal en el artículo 416 de la LEC, sí podría incardinarse en el artículo 426, que es ampliatorio de aquél, o quizás encuentre cobijo en el supuesto 5º del apartado primero del artículo 416 como «falta de claridad o precisión en la determinación de las partes», aunque creo que este último planteamiento desbordaría el tenor literal de la norma.

En la doctrina, Zarzalejos Nieto¹³⁴ entiende que la falta de legitimación extraordinaria encontraría acomodo en el cauce previsto en el art. 425 LEC. No así la falta de legitimación ordinaria (art. 10 párrafo primero), caso en el que plantea varios escenarios posibles: en primer lugar, cuando la falta de legitimación sea notoria (a la vista de los documentos que ya constan en las actuaciones) se podrá tratar con carácter preliminar y autónomo en la audiencia previa, con posible sentencia inmediata, tanto con base en el art. 428.3 LEC —conformidad en los hechos litigiosos y disconformidad en

extraordinaria) se encuadran dentro de la actividad procesal y su control debe articularse por el recurso extraordinario por infracción procesal —en este sentido STS 764/2012, de 12 de diciembre (RJ 2013/916), RC 857/2010, y 78/2013 de 26 de febrero (RJ 2013, 2156), RC 1082/2010—».

¹³³ STS de 14 de julio de 2015 (RJ 2015/3929): «Según reciente jurisprudencia (SSTS 11 de noviembre de 2011, RC 905/2009 y 21 de noviembre de 2013, RC1951/2011), la falta de legitimación *ad causam* no es únicamente una cuestión procesal susceptible de examen por vía de recurso extraordinario por infracción procesal sino que, como cuestión de fondo, también es examinable en casación: "Tal alegación es cierta, pero también lo es que la cuestión de la legitimación "ad causam", que indudablemente presenta en el caso interés casacional por la posible oposición a doctrina jurisprudencial, viene planteada por la parte recurrente por vía del recurso extraordinario por infracción procesal y esta Sala, dado el carácter de la legitimación y su relación con el fondo del asunto, ha admitido que las cuestiones que a ella se refieren puedan suscitarse bien por vía del recurso por infracción procesal o bien por la vía del de casación a efectos de prestar, en definitiva, la mayor tutela judicial ante una cuestión que no ha quedado resuelta definitivamente por vía legislativa"».

¹³⁴ ZARZALEJOS NIETO, J., 2022, pp. 16 y 17.

su valoración jurídica— como en el art.429.8 LEC (existencia de única prueba documental ya aportada al proceso sin ser impugnada, o no se solicite la ratificación de informes periciales ya presentados); en segundo lugar, cuando se trate de la falta de legitimación meramente afirmada por el demandado, sin soporte documental, su demostración quedará vinculada a la prueba de la titularidad del derecho, por lo que deberá acreditarse mediante la práctica de prueba en el juicio oral, con contradicción entre las partes, y se resolverá en la sentencia que se dicte al final del proceso.

En el primer escenario expuesto, Zarzalejos entiende que no existiría obstáculo en que la sentencia inmediata que se dicte se limite a resolver la cuestión de la legitimación, sin entrar a conocer de la cuestión de fondo, pues «si la legitimación es una cuestión controvertida diferenciable de la relación material litigiosa y previa al juicio [...] lo coherente sería reconocerle también un tratamiento procesal autónomo frente al resto del conflicto, de manera que pueda recibir una sentencia inmediata específica». Ahora bien, según este autor deberán concurrir una serie de requisitos para que esta resolución anticipada de la legitimación tenga lugar: en primer lugar, que la falta de legitimación sea notoria; en segundo lugar, que exista conformidad de las partes sobre los hechos constitutivos de las legitimaciones y en tercer lugar, que la legitimación sea escindible de la cuestión de fondo, de tal modo que si aquella está vinculada de forma indisociable a la suerte probatoria de esta, deberán resolverse ambas en la sentencia que se dicte al final del proceso.

C) LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN

En mi opinión, como ya he expuesto, entender la legitimación como la mera afirmación de un derecho implica una mutilación de una de sus

partes medulares. Integrar el concepto de legitimación solo con su dimensión subjetiva no casa bien con la función de orden público procesal que cumple. Por ello el concepto de legitimación debe aunar la afirmación del derecho —aspecto fáctico subjetivo— y la necesaria coherencia jurídica entre esa afirmación subjetiva y las consecuencias jurídicas que se pretenden —aspecto jurídico objetivo—¹³⁵. El componente subjetivo de la legitimación exigirá el desarrollo del proceso, con práctica de prueba sobre los hechos —*questio facti*— que conducirá al final del mismo a conocer si la afirmación inicial era o no fundada. Pero esa fundamentación será ajena a la cuestión material que se ventile en el juicio, es decir, estará desligada de la pretensión sustantiva o de fondo del asunto, pues entenderlo de otro modo nos llevaría a la ilógica conclusión de reconocer solo legitimación cuando se obtenga la razón o que se carecería de ella cuando se desestima la pretensión. El componente objetivo de la legitimación estaría integrado por un juicio de coherencia entre el derecho inicialmente afirmado y el resultado pretendido —*questio iuris*¹³⁶— juicio que sí es posible llevar a cabo en los momentos iniciales del proceso. Teniendo en cuenta esa doble dimensión, podemos afirmar que si bien la afirmación subjetiva de la titularidad del derecho es una cuestión fáctica de fondo —que habrá de resolverse en sentencia tras la práctica de la prueba que haya permitido al actor demostrar o no que ese derecho «afirmado» es o no un derecho «procesalmente razonable»—; por el contrario la coherencia entre el

¹³⁵ En este sentido, GIMENO SENDRA, V. (2015, p. 159).

¹³⁶ Sin embargo, la ya citada STS de 14 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4069) limita el concepto de la legitimación al componente objetivo o *questio iuris*, al pronunciarse en los siguientes términos: «el tema de la legitimación comporta siempre una *questio iuris* y no una *questio facti* que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen. Se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte».

derecho afirmado y las consecuencias que se pretenden es una cuestión de índole lógico-jurídico-procesal que es posible analizar y resolver al inicio del juicio.

Volviendo al origen etimológico de la palabra (*legitimare*=justificarse), podríamos decir para concluir que la legitimación consiste no solo en «afirmar» el derecho, sino también en «justificar» tal derecho. La legitimación no es solo «acción afirmada», sino que es «acción afirmada y justificada». La cuestión debe centrarse, en mi opinión, en cuál debe de ser el momento procesal en el que el órgano judicial debe analizar si concurre o no tal justificación: si es al inicio del proceso (legitimación procesal —análisis de coherencia inicial—) o a lo largo del proceso (legitimación material —práctica de prueba y resolución en sentencia—).

En la doctrina, Gimeno Sendra y Calaza López¹³⁷ consideran que la legitimación pertenece a la fundamentación de la pretensión, pero ambos conceptos, legitimación y fundamentación, no se identifican, pues mientras la legitimación es un elemento jurídico, ya que viene determinada por la titularidad del bien, la fundamentación es un elemento de los hechos. Estos autores dividen los dos aspectos subjetivo-fáctico y objetivo-jurídico en dos conceptos, de modo que la legitimación propiamente dicha contiene solo el elemento jurídico, es decir la legitimación consistiría en la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, mientras que el elemento fáctico constituye la fundamentación de la pretensión. Otro aspecto diferenciador entre legitimación y fundamentación es que esta es más amplia, lo que justifica que en ocasiones se reconozca legitimación para un proceso determinado y sin embargo no se estime la pretensión por encontrarse infundada.

¹³⁷ *Apud* GIMENO SENDRA, VICENTE Y CALAZA LÓPEZ, SONIA.

Dichos autores por lo tanto identifican la legitimación con el aspecto jurídico, es decir, con la adecuación entre titularidad afirmada y objeto jurídico pretendido, incorporando al catálogo de presupuestos procesales la que ellos denominan legitimación procesal o «capacidad de conducción procesal»¹³⁸, que a diferencia de la legitimación material, constituye un auténtico presupuesto procesal. Estos autores desgranar las similitudes y las diferencias entre legitimación material y legitimación procesal o «capacidad de conducción procesal». Tanto una como otra vienen determinadas por una norma material que liga a la parte con el objeto procesal. La diferencia estriba en que la legitimación material está ligada a la pretensión, mientras que la legitimación procesal o «capacidad de conducción procesal» está desvinculada de ella. Como consecuencia de ello la legitimación procesal puede ser examinada con independencia de la pretensión, es decir, puede ser discutida al inicio del juicio y su falta puede dejar imprejuizada la relación jurídica material debatida.

Entienden Gimeno Sendra y Calaza López que el fundamento de la capacidad de conducción procesal está en razones de economía procesal y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que se vería vulnerado si se provoca el desarrollo de un juicio hasta sentencia cuando se sabe de antemano que no podrá acogerse la pretensión del demandante por carecer una de las partes de relación con el objeto del proceso¹³⁹, casos en

¹³⁸ Este concepto ya fue utilizado por GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (1961) al referirse a los supuestos de sucesión procesal y de legitimación extraordinaria, en los cuales el titular de la relación jurídica material no es quien ejercita la acción, «en el sentido del fundamento del derecho o la facultad de poder seguir eficazmente un proceso por un derecho ajeno. Se habla entonces del "derecho —o mera facultad— de conducir un determinado proceso"» (p. 131-); «poder de conducción» (p. 132); «el poder de conducir el proceso» (pp. 134 y 136); «el que conduce el proceso de otro» (p. 138).

¹³⁹ En este sentido, ATS 5 junio 2012 (Recurso de Casación 65/2011- Fundamento de Derecho primero) (JUR 2012/238276), que inadmite a trámite una demanda de revisión de sentencia firme por carecer el demandante de legitimación activa, ya que no había sido parte en el proceso de origen.

los que deberá admitirse un examen de oficio de dicha capacidad de conducción procesal.

Considero que esta postura doctrinal nos ha de llevar a separar los conceptos de «afirmación del derecho» y «pretensión» propiamente dicha. Aparentemente ambos conceptos son sinónimos, pues podríamos decir que el actor, cuando afirma ostentar un derecho, está haciendo valer una pretensión, o que la afirmación del derecho implica la pretensión y viceversa, pues carecería de sentido que el actor, tras articular su demanda afirmando ser titular de un derecho, no formulara la correspondiente pretensión. Sin embargo, no podemos identificar ambos conceptos. La afirmación de la titularidad del derecho es simple, es la forma externa y subjetiva de la legitimación, es la mera afirmación de hechos desprovista de cualquier fundamentación jurídica y exige el desarrollo del proceso para acreditar tales hechos (expresa la legitimación material del demandante); por el contrario la pretensión es compleja porque es el contenido interno, sustantivo, de la legitimación y está dotada de objetividad porque, además de esa afirmación subjetiva, goza de una fundamentación jurídica que la sustenta, es decir, la pretensión implica una relación lógico-jurídica entre la afirmación subjetiva y la consecuencia que se pretende (expresa la legitimación formal del demandante). Además, si profundizamos en el concepto de «pretensión» observamos que tiene un aspecto formal y otro sustantivo. La relación lógico jurídica o juicio de coherencia entre la afirmación subjetiva (acción afirmada) y la consecuencia pretendida exige un análisis jurídico formal (no material) de la pretensión, que puede realizarse en la audiencia previa sin necesidad de entrar a conocer el contenido material de la pretensión, sino que basta un análisis formal de esta. Por el contrario, el análisis sustantivo nos llevará a conocer su contenido material, el *petitum* propiamente dicho, y exige el desarrollo del

proceso. Quedan así delimitados los conceptos de acción —elemento procesal de la legitimación— y pretensión —elemento sustantivo de la legitimación—.

Desde mi punto de vista, el análisis previo o juicio de coherencia entre el derecho afirmado y el objeto del proceso puede dar lugar a problemas prácticos. Habrá casos en los que tanto la titularidad afirmada como el objeto procesal sean nítidos y el juicio de coherencia no revista ninguna dificultad. Pero a buen seguro existirán otros casos en los que la afirmación del derecho o la identificación del objeto del proceso sea compleja. Pensemos en los supuestos de legitimación extraordinaria (art. 10, párrafo 2 LEC) en los que quien formula la demanda no es el titular del derecho o no es parte en la relación jurídica que le sirve de fundamento, o piénsese también en la pluralidad de objetos en un mismo proceso, acumulación de acciones, etc. En estos casos en los que se da un entramado de relaciones jurídicas o de objetos procesales, dado que el juicio de coherencia ha de realizarse en un momento inicial del proceso, en el que el juzgador no ha realizado un análisis de los pormenores fácticos y jurídicos del caso concreto, existirá el riesgo de negar esa capacidad de conducción procesal a quien sí la tiene o de reconocérsela a quien carece de ella.

Al hilo de ello, De la Oliva¹⁴⁰ entiende que es preferible correr el riesgo de admitir demandas absurdas y permitir el desenvolvimiento del proceso civil hasta dictar sentencia antes que denegar el acceso a la justicia. Abonan esta idea razones de respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, pero entiendo que las mismas razones podrían llevarnos a la solución inversa, pues la admisión de una demanda absurda y la sustanciación del proceso hasta sentencia firme con efecto de cosa juzgada podría dejar

¹⁴⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., 2000, pp. 136 y 137.

indefenso al verdadero legitimado para litigar en ese pleito concreto. Además, admitir una demanda absurda nos lleva de nuevo al punto de partida, con vuelta al riesgo de dictar sentencias absolutorias de instancia, además de un derroche de medios procesales innecesario.

A la vista del carácter poliédrico de la legitimación, entiendo que la solución debería venir de la mano del legislador, pero también del ámbito judicial. Al legislador correspondería diseñar una regulación más completa de la legitimación, previendo expresamente la posibilidad de que el juez aprecie de oficio su concurrencia¹⁴¹ como un presupuesto procesal y con especificación de los requisitos exigibles y casos concretos. Pero además se requerirá un cambio en la praxis judicial, que debería tener una firme predisposición a adelantar al momento inicial del proceso el estudio y examen de la legitimación, mediante un juicio de coherencia entre acción afirmada y pretensión ejercitada. Como señala Zarzalejos deberá haber una «actitud favorable de los jueces a profundizar en el debate sobre esta cuestión, como contenido de la audiencia previa y no del juicio oral».¹⁴²

¹⁴¹ La jurisprudencia del TS viene admitiendo la apreciación de oficio de la falta de legitimación *ad causam*. Así la STS de 15 de junio de 2016 (RJ 2016/2532), citando a otras anteriores, establece que «es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (Sentencias de 4 de julio de 2011 (RJ 2001, 4988), 31 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 10132), 15 de octubre de 2002 (RJ 2002, 256), 10 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9402) y 20 de octubre de 2001 SIC (RJ 2003, 7759). Y la sentencia de 15 de octubre de 2002 (RJ 2003, 256) declara con una extensa relación de resoluciones de esta Sala que establecen la diferencia entre la legitimación “ad procesum” y la legitimación “ad causam” para expresar que la falta de esta última para promover un proceso, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio, aunque no haya sido planteada en el periodo expositivo, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que llegaran a ser aplicadas no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello».

La más reciente STS de 14 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4069) establece que «Esta sala no sólo ha admitido la apreciación de oficio de la falta de legitimación, sino que la ha impuesto por constituir la legitimación una condición jurídica de orden público procesal (sentencias de 30 de junio de 1999 (RJ 1999,4572), 4 de julio y 31 de diciembre de 2001, 10 y 15 de octubre de 2002, 20 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7759), 23de diciembre de 2005, y 970/2007, de 18 de septiembre (RJ 2007, 5074)».

¹⁴² ZARZALEJOS NIETO, J., 2022, p. 21.

Nos centraremos ya en el estudio de la legitimación para instar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. El artículo 808 LEC se refiere a que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial «cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario» y el artículo 810 establece que concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial «cualquiera de los cónyuges o de haber fallecido, sus herederos podrá solicitar la liquidación de éste».

Si bien la referencia a los «cónyuges» es adecuada en el artículo 808 de la ley procesal, puesto que cuando se solicita el inventario existe el vínculo matrimonial, consideramos que no lo es tanto en el artículo 810, pues es evidente que una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, habrá casos en los que el vínculo matrimonial también estará ya disuelto¹⁴³. En otro orden de cosas, hemos de señalar que en la práctica es posible que se presenten situaciones totalmente enfrentadas entre los cónyuges en cuanto a los elementos tanto activo como pasivo que deben integrar el inventario, en cuyo caso será uno de ellos el que presente la solicitud de inventario. Pero también ocurre a veces que ambos cónyuges están de acuerdo en cuanto a la integración material del inventario, discrepando únicamente respecto a cómo ha de hacerse el reparto de los bienes y de las deudas. Por ello la dicción literal de la norma, cuando se refiere a «cualquiera de los cónyuges» debe admitir algunas matizaciones, ya que es posible que exista acuerdo en el inventario, pero

¹⁴³ Concretamente en el caso de que la liquidación se inste tras la disolución del matrimonio por divorcio, supuesto en el que ya no cabrá hablar de «cónyuges» sino de «*ex cónyuges*». Por ello, consideramos que el legislador debería haber tenido en cuenta este matiz.

no en la liquidación. Entiendo que en tales casos es procesalmente posible que sean ambos cónyuges, y no uno de ellos, quienes presenten conjuntamente el inventario consensuado, a la vez que solicitan la liquidación ante el órgano judicial.

A pesar del rigor formal del artículo 806 nos preguntamos si realmente está vedada la legitimación a personas distintas de los cónyuges o sus herederos, es decir, si la capacidad de conducción procesal ha sido atribuida por el legislador única y exclusivamente a aquéllos. Concretamente vamos a analizar la capacidad de conducción procesal de los herederos (en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges) como un supuesto de sucesión procesal; de los acreedores y del Ministerio Fiscal, como supuestos de legitimación extraordinaria; o del albacea por sustitución procesal. Si existiera esa veda, podríamos encontrarnos ante casos de falta de capacidad de conducción procesal, un defecto apreciable *a limine*.

1.2.- LEGITIMACIÓN DE LOS HEREDEROS DEL CÓNYUGE FALLECIDO

El artículo 806 LEC regula el procedimiento a seguir para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial «en defecto de acuerdo entre los cónyuges», y a continuación el artículo 808 establece que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, «cualquiera de los cónyuges o sus herederos» podrá solicitar la formación de inventario.

La legitimación de los herederos del cónyuge fallecido constituye una novedad introducida por LO 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, que modifica el referido art. 808 LEC.

A) SITUACIÓN EXISTENTE ANTES DE LA LO 2/2022, DE 21 DE MARZO

Con anterioridad a esta reforma, de acuerdo con el tenor literal de la norma, solo los cónyuges tenían legitimación para instar el procedimiento de liquidación, por lo que los herederos del cónyuge fallecido carecerían de ella. Pero una interpretación tan formalista y rígida no resultaba acorde con el art. 661 del Código Civil, conforme al cual los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. Por ello, se hacía necesario llevar a cabo una interpretación sistemática y coherente de la norma procesal y sustantiva, constituyendo la LO 2/2022, de 21 de marzo la positivización de dicha exégesis.

Sin embargo, la cuestión acerca de si en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges es posible que insten la liquidación sus herederos no tuvo una respuesta uniforme en nuestra jurisprudencia.

Antes de la LO 2/2022 la norma establecía como presupuesto que ambos cónyuges debían estar vivos y que existiera desacuerdo entre ellos, por lo que solo a estos reconocía legitimación para iniciar el procedimiento que estudiamos. En consecuencia, los herederos no podían acudir a este procedimiento cuando se liquidase una sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges. En puridad lógica así debía de ser ya que el procedimiento regulado en los artículos 806 y siguientes tiene como objeto la liquidación de un régimen económico matrimonial como consecuencia o derivación de un previo procedimiento de disolución de dicho régimen y no podemos olvidar que, en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, no es posible instar un proceso encaminado a disolver el régimen económico ya que tal disolución se habrá producido por el hecho mismo del fallecimiento.

Por ello la conclusión inicial, antes de la citada LO 2/2022 era que el procedimiento de los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estaba previsto únicamente para los casos en que la disolución del régimen económico matrimonial deriva de un pronunciamiento judicial y no cuando tal disolución se produce automáticamente tras la muerte de uno de los cónyuges. Apoyaba este criterio el artículo 807 de la LEC al determinar que el tribunal competente para conocer del procedimiento será el que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o el juzgado en el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. Es decir, este precepto, que como vimos al tratar el tema de la competencia contiene una norma de competencia funcional, parte del presupuesto de un pronunciamiento judicial previo que ha decretado la disolución. En este sentido se pronunció la Sección 25 de Audiencia Provincial de Madrid¹⁴⁴.

Por ello, en la doctrina se entiende que los herederos deberían acudir al procedimiento de los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento

¹⁴⁴ SAP Madrid 129/2010 de 2 de marzo, sección 14ª, Pte. García de Ceca, P. (JUR 2010/197275): «El procedimiento especial, introducido en nuestro Ordenamiento Procesal por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, para la liquidación de todo régimen económico matrimonial de comunidad, que se regula en el Capítulo II, Título II, de su Libro IV –artículos 806 a 811-; resulta únicamente de aplicación, como claramente cabe inferir de lo establecido en dichos preceptos, a aquellos supuestos en los que la disolución del régimen económico matrimonial que determina la liquidación deriva de un pronunciamiento judicial. Esto es, a los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio o a los supuestos, contemplados en el artículo 1393 del Código Civil, de disolución judicial de la sociedad de gananciales, los cuales han de ser completados, como del mismo precepto se infiere, con lo prevenido en el artículo 1373 del Código Sustantivo y en el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resulta, por tanto, evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la liquidación del régimen económico matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (artículos 85 y 1392.1ª del Código Civil); pues es claro que en tales supuestos la disolución del régimen económico matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte».

Civil en sede de división de herencia¹⁴⁵. En este punto cabía plantearse si era posible que los herederos planteasen un procedimiento de división de herencia y posteriormente puedan solicitar la acumulación, como incidente, de la liquidación del régimen económico matrimonial, puesto que es evidente que habrá que liquidar el régimen económico matrimonial con carácter previo para poder concretar el haber hereditario del causante. Si bien no existía unanimidad jurisprudencial en torno a esta cuestión, la mayoría de los pronunciamientos eran favorables a la acumulación¹⁴⁶.

Sin embargo, remitir a los herederos al procedimiento de división de herencia tampoco era el cauce adecuado si realmente el hecho de instar la liquidación no persigue una partición hereditaria posterior. Por otro lado, siendo que en la liquidación del régimen económico matrimonial no se resuelven cuestiones personales de los cónyuges, sino solamente patrimoniales, nada impediría a los herederos instar dicho procedimiento, pues lo que el legislador pretende es vedar a terceras personas ejercitar acciones que por su carácter personalísimo solo los cónyuges pueden hacer

¹⁴⁵ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. Y GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., 2011, p. 2856.

¹⁴⁶ SAP La Coruña 53/2009, de 1 de abril, sección 4ª, Pte. Seoane Spiegelberg, J. L. (AC 2009/986) entiende que «[...] la división judicial de la herencia es un juicio universal con vis atractiva de los procedimientos relativos a la formación de la masa partible, ambas liquidaciones se encuentran íntimamente conectadas entre sí y el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, como resulta de lo normado en el art. 807, parece pensado para los casos en que se ha tramitado un previo juicio de nulidad, separación y divorcio, o se haya seguido un procedimiento judicial sobre la disolución del régimen económico matrimonial, señalando, por su parte, [...] Es más su estructura normativa está pensando en la existencia de cónyuges vivos, que pueden exteriorizar su consentimiento en aras a la distribución de los bienes comunes [...]. Mantienen igualmente tal posibilidad de acumulación y tramitación simultánea los autos citados por el recurrente de la sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de julio de 2007, de la sección 6 de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de mayo de 2007 (JUR 2008, 236388) entre otras».

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Palencia de 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002/57548); SAP Almería de 18 de julio de 2002 (JUR 2002/227746) y SAP Asturias de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003/42735).

valer. Careciendo los aspectos patrimoniales de ese carácter personalísimo, nada impediría a los herederos instar el procedimiento objeto de estudio.

En este sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) de 23 de abril de 1999 y Auto de 24 de junio de 2003¹⁴⁷, con un criterio totalmente opuesto al de la sentencia de la misma Audiencia Provincial anteriormente mencionada, consideran que los herederos del cónyuge premuerto, después de que haya alcanzado firmeza la sentencia de nulidad, separación o divorcio, estaban legitimados activamente para instar la liquidación del régimen económico matrimonial. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2001¹⁴⁸, que podríamos decir que constituye el antecedente

¹⁴⁷ AAP Madrid, de 24 de junio de 2003, Secc. 22ª, (JUR 2003/191130): «Primero.- El hoy apelante, hijo de los referidos cónyuges, alega y acredita que su padre falleció [...] y justificando su condición de único heredero del mismo [...] solicita del Juzgado a quo la liquidación del régimen económico matrimonial que constituyeron sus procreadores [...] el Juzgado [...] declara la inadmisibilidad de la demanda [...]. Segundo.- Declara, al respecto el Tribunal Supremo que a los sucesores del causante, como continuadores de su personalidad, les asiste la facultad de ejercitar las acciones que al mismo correspondían (Sentencia de 3 de Abril de 1962). Es cierto que la referida transmisibilidad no puede operar respecto de acciones de carácter estrictamente personal, cual acaece con las relativas a la separación matrimonial, divorcio y diversos supuestos de nulidad matrimonial, pero, entre tales excepciones, no cabe ubicar la pretensión que el hoy recurrente ejercita dado que, durante la vida de sus progenitores, ya recayó sentencia decretando la separación matrimonial, respecto de la que no se propugna su ejecución en los pronunciamientos estrictamente afectantes a los entonces contendientes, sino tan solo en lo relativo a la liquidación del disuelto régimen económico. Y tales operaciones divisorias encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a su *iter* procedimental, el específico cauce de los artículos 809 y concordantes que, aunque es cierto que sólo hacen referencia a los “cónyuges”, ello no puede excluir, en caso de fallecimiento de los mismos, el que la correspondiente acción sea ejercitada, o en su caso continuada, por sus herederos. Remitir a las partes a los trámites de los artículos 782 y siguientes, conforme realiza el Juzgador a quo, implica el condenarles a una vía muerta, pues la misma resulta totalmente inadecuada al fin propugnado, al no encontrarnos ante una partición hereditaria sino... en un procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales [...]».

¹⁴⁸ SAP Barcelona 26-10-2001 (Sección 10ª). Ponente Carmen Vidal (Tol 149.219):

«I.- El auto apelado denegó la admisión a trámite de la demanda de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales al sostener que, de conformidad con el art. 806 y ss. de la vigente LEC, la legitimación activa solo corresponde a los cónyuges, y no a los hijos y herederos de uno de ellos.

II.- En la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 se alude a dicho procedimiento como específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación judicial del régimen económico

jurisprudencial de la LO 2/2022, si bien fue más allá ya que considera que el art. 807 LEC, al referirse a la disolución del régimen económico matrimonial «por cualquiera de las causas previstas en la legislación civil» incluye entre dichas causas el fallecimiento de uno de los cónyuges¹⁴⁹.

matrimonial, dándose respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia, que se ha puesto reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente. Por su parte, el art. 10 considera "parte legítima" a quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, exceptuándose los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. III.- En el supuesto enjuiciado, el régimen económico matrimonial quedó disuelto, de conformidad con los arts. 85 y 392.1 del Código Civil, por el fallecimiento de la madre de los aquí recurrentes [...] y los actores son herederos abintestato de la misma, como resulta del acta notarial aportada [...] Teniendo en cuenta que antes de proceder a la partición de la herencia es preciso liquidar el régimen económico para determinar el caudal relicto, no parece conveniente negar la legitimación para su ejercicio a los hijos y herederos del cónyuge difunto, máxime teniendo en cuenta que, de conformidad con el art. 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones. Dicha interpretación también fue recogida en el auto de 23-4-1999 dictado por la Sección 22ª de la Audiencia Territorial de Madrid y, teniendo en cuenta que el art. 807 de la nueva LEC se refiere expresamente a la disolución del régimen económico "por alguna de las causas previstas en la legislación civil", entre las que se incluye el fallecimiento de uno de los cónyuges, con estimación del recurso debe ordenarse la admisión a trámite de la demanda».

¹⁴⁹ Entiendo que esta novedosa interpretación del art. 807 LEC extiende el supuesto de hecho más allá de lo que la literalidad de la norma permite, pues implica que el cónyuge viudo o sus herederos podrían instar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial sin que haya existido un previo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, pues la sentencia comentada entiende que el hecho del fallecimiento del otro cónyuge constituye una de las «causas previstas en la legislación civil» a que se refiere el segundo inciso del precepto. Sin embargo, tal interpretación, ciertamente rompedora con el texto legal, tendría efectos prácticos positivos por varias razones: en primer lugar porque en los casos de discrepancias entre los herederos, —muy frecuentes en la realidad social— están huérfanos de cauce procesal los supuestos en los que el cónyuge viudo y los herederos del cónyuge fallecido están de acuerdo en liquidar la sociedad conyugal, deseando concretar los bienes que pertenecen a cada cónyuge mediante la partición de los bienes comunes, pero deciden mantener la comunidad hereditaria respecto al patrimonio asignado al cónyuge fallecido; en segundo lugar porque se puede acrecentar en el futuro la litigiosidad entre los coherederos del cónyuge sobreviviente, pues se priva a este de la posibilidad de diseñar su propia sucesión evitando situaciones de copropiedad entre los herederos, (la previa partición consorcial permite al cónyuge viudo ostentar la titularidad de bienes concretos); el cónyuge sobreviviente, con el afán de evitar enfrentamientos entre sus futuros herederos, puede desear llevar a cabo la partición de los bienes comunes para ostentar la titularidad exclusiva de bienes concretos. Hecha la partición de los bienes comunes, el cónyuge viudo puede disponer a favor de los herederos, de modo que estos adquieran tras su fallecimiento bienes concretos y no cuotas hereditarias, eliminando así situaciones de copropiedad). Por ello entiendo que la solución doctrinal (ESCALADA LÓPEZ, M. L. Y PÉRES GIL, J, 2019, p. 362) de practicar la liquidación del

Finalmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de junio de 2005 mantuvo también el criterio de reconocer legitimación a los herederos del cónyuge fallecido¹⁵⁰.

En mi opinión, si bien es cierto que el artículo 808.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción original señalaba que «cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación del inventario» ello no suponía que solo los cónyuges tuviesen legitimación. Una interpretación literal negando legitimación a los herederos era excesivamente rigorista y desconectada del resto de normas, tanto sustantivas como procesales. Pero en mi opinión, extender la legitimación a cualquier heredero puede suponer una ampliación excesiva de la

régimen económico en el seno del proceso de división de la herencia del cónyuge fallecido no siempre es factible, pues en mi opinión hay una laguna legal para los casos en los que, existiendo controversia en la liquidación de la herencia del cónyuge fallecido, la propia conflictividad existente provoque la pos posición de la partición hereditaria. En consecuencia, se impediría también la liquidación del régimen económico matrimonial, dado que no cabría acudir al procedimiento de los arts. 806 y ss. LEC —faltaría el requisito de la existencia de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio—. El problema quedaría resuelto si se acogiese la interpretación que da la citada SAP Barcelona 26-10-2001, al art. 807 LEC.

¹⁵⁰ AAP Álava 26/2005, de 7 de junio, Secc. 1ª (JUR 2005/211745): «La cuestión suscitada se contrae a la legitimación del heredero cuando uno de los cónyuges ha fallecido, para instar la liquidación de la sociedad de gananciales del causante conforme al procedimiento del art. 806 y ss. LEC, lo que enlaza con el art. 661 del Código Civil, a cuyo tenor los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. Sucesión que como señala el TS entre otras en S. de 14 de noviembre de 1986, otorga a los herederos como continuadores de su personalidad la facultad de ejercitar las acciones que al mismo le asistían y que no se extinguen con la muerte, como sucede con las personalísimas de separación, nulidad o divorcio [...] de la propia expresión literal de los artículos que regulan la liquidación del régimen económico matrimonial parece desprenderse que esta necesariamente debe llevarse a cabo, conforme a esas normas, por los cónyuges y como consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial por causa de nulidad, separación o divorcio o cualquier proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial. Si la muerte sobreviene tras la iniciación del procedimiento de liquidación cabría aplicar sin ninguna duda la sucesión procesal, en los términos del art. 16.1 LEC, según el cual "cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que este, a todos los efectos". Lo que es muestra de que procesalmente es factible que efectivamente los herederos ocupen la posición de uno de los cónyuges en el juicio de liquidación del régimen económico matrimonial».

legitimación, por lo que quizás lo más coherente sería limitarla a herederos en línea recta, ascendente y descendente.

Literalmente el legislador estaba partiendo del supuesto concreto de que ambos cónyuges estén vivos, pero entiendo que ello no implicaba que estuviesen excluidos los casos en los que uno de ellos ha fallecido, pues en tal caso habrá de acudir a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, conforme al cual los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Considero que la sucesión en derechos y obligaciones ha de ser entendida en sentido amplio, excluyendo únicamente los derechos y obligaciones de carácter personalísimo (ámbito del Derecho Penal, ciertos aspectos del Derecho Laboral, etc.) pero incluyendo no solo derechos y obligaciones propiamente dichos, sino también relaciones jurídicas de las que se deriven derechos u obligaciones no personalísimos.

Así, si un litigante fallece durante la tramitación de un procedimiento de reclamación de cantidad, o de un derecho de servidumbre, o de una acción reivindicatoria, sus herederos le suceden en la relación jurídico-procesal, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la sucesión procesal por muerte. Del mismo modo, si un cónyuge fallece durante la liquidación del régimen económico matrimonial, habrán de sucederle sus herederos en la relación jurídico procesal, que es de contenido puramente patrimonial o económico y por ello no personalísimo.

Como hemos visto, la LO 2/2022 ha venido a dar carta de naturaleza a la legitimación de los herederos y a poner fin al debate doctrinal expuesto.

También se planteaba si a la misma solución podemos llegar si fallece uno de los cónyuges sin haber instado previamente la liquidación del régimen

económico. Montero Aroca negaba legitimación en tal caso¹⁵¹. Cuando ninguno de los cónyuges ha instado el procedimiento de liquidación, no existe ningún proceso ni cabe hablar de sustitución. Por ello, podría entenderse que los herederos habrían de acudir al procedimiento de división de herencia y solicitar como incidente de él, la liquidación del régimen económico matrimonial, pues las acciones de partición de bienes hereditarios y la de liquidación de régimen económico matrimonial no solo no son incompatibles o excluyentes, sino complementarias, al ser esta un presupuesto necesario de aquella. Esta solución podría plantearse como la más beneficiosa en orden a la agilización de la resolución de los casos litigiosos.

Sin embargo, en mi opinión la solución debía de ser otra. Un principio de coherencia exige hacer el planteamiento desde el punto de vista competencial. Si como hemos afirmado el procedimiento de liquidación deriva del matrimonial —competencia funcional—, y ello es así porque desde el punto de vista material la liquidación es una consecuencia de la ruptura matrimonial, no queda más remedio que admitir que existe una continuidad procesal entre uno y otro procedimiento. Como consecuencia de ello, si el cónyuge fallecido fue parte en el proceso de nulidad,

¹⁵¹ MONTERO AROCA distingue cuatro supuestos diferentes. 1) Fallecimiento de uno de los cónyuges habiendo instado ya el procedimiento de formación de inventario, caso en el que entrará en juego la sucesión procesal, de modo que los herederos del cónyuge fallecido le sucederán en su posición procesal, pero únicamente hasta la finalización de dicha fase, 2) Fallecimiento de uno de los cónyuges estando ya instada la fase de liquidación, supuesto en el que igualmente tendría lugar la sucesión procesal de los herederos; 3) Fallecimiento de uno de los cónyuges inter-fases, es decir, finalizada la fase de inventario pero sin haberse iniciado la fase de liquidación, situación que genera dudas al autor, pero entiende que también podría admitirse la sucesión procesal; 4) Fallecimiento de uno de los cónyuges concluido el proceso matrimonial de separación o divorcio sin haber instado el procedimiento de liquidación, caso en el que entiende que no se producirá la sucesión procesal ya que no existe proceso pendiente. No obstante, el autor precisa que existen resoluciones en contra de su criterio y cita la SAP Barcelona de 26 de junio de 2001; SAP Madrid, de 24 de junio de 2003. (MONTERO AROCA, J., 2014, p. 198).

separación o divorcio, y el siguiente paso necesario por imperativo legal (salvo acuerdo entre las partes) era instar la liquidación, pero ello no pudo hacerse por el hecho del fallecimiento, no queda otra alternativa que aceptar también en estos casos la sucesión procesal, porque la legitimación activa deriva del primer proceso, en el que ya existe sentencia firme. En conclusión, entiendo que también en este caso en el que el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce sin haber instado la liquidación del régimen económico, los herederos tendrían legitimación para promoverlo. Retomando el concepto de legitimación procesal o «capacidad de conducción procesal», podríamos decir que, en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, el juicio de coherencia entre la acción afirmada y la consecuencia que se persigue viene ya determinado por el proceso que resolvió la crisis matrimonial. Lo entiendo así porque la acción afirmada en el proceso de nulidad, separación o divorcio, además de la ruptura de la relación personal entre los cónyuges, traerá como consecuencia conexa la disolución y posterior liquidación del régimen económico matrimonial. Ello es especialmente evidente en el caso del divorcio, que además de disolver el vínculo matrimonial lleva consigo también la disolución del régimen económico, siendo esta presupuesto de la posterior liquidación, e igualmente resulta patente en los casos en los que el procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio se siga por los trámites del mutuo acuerdo, pues en tales supuestos el art. 90 del Código Civil exige que el convenio regulador contenga la liquidación del régimen económico matrimonial.

Diferente es el caso en el que uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del procedimiento matrimonial. En tal supuesto entiendo que no cabe la sucesión procesal de los herederos porque el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supedita la sucesión procesal por muerte a la

transmisibilidad mortis causa de lo que sea objeto del juicio. En los procedimientos matrimoniales de separación y divorcio¹⁵² el objeto del juicio es la constitución de una nueva situación jurídica mediante el refrendo judicial de la ruptura de la convivencia (separación) o la disolución del vínculo matrimonial (divorcio). Por tratarse de pretensiones que afectan a derechos personalísimos, son intransmisibles. Por otro lado, la disolución del régimen económico se produce automáticamente por el hecho de la muerte, por lo que carecerá de sentido la continuación del procedimiento en cualquier caso, salvo que en el mismo procedimiento matrimonial se hubiera solicitado también la liquidación del régimen económico matrimonial, en cuyo caso podría continuar exclusivamente para llevar a cabo dicha liquidación.

Sin embargo, en la jurisprudencia¹⁵³ existen pronunciamientos favorables a la continuación del procedimiento matrimonial por los herederos del

¹⁵² Omitimos la referencia a los procesos de nulidad matrimonial ya que el legislador amplía la legitimación para instar el procedimiento de nulidad al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo (artículo 74 del Código Civil).

¹⁵³ AAP Valladolid 38/2004, de 19 de febrero (JUR 2004/105058): «Plantean los recurrentes una interesante cuestión jurídico procesal; posibilidad de que los herederos del cónyuge fallecido una vez iniciado el procedimiento de separación puedan personarse y continuar la tramitación del mismo, sobre la que esta sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en una reciente sentencia de 29 de julio de 2003 [...] admitiendo la legitimación por sucesión de los herederos del cónyuge fallecido si bien a los solos efectos de poder determinar si el sobreviviente fue o no culpable de dicha separación. No se trata de que el procedimiento continúe para que sea decretada la separación matrimonial que obviamente no es posible dado el carácter personalísimo de esta acción y el matrimonio ya quedó automáticamente disuelto tras la muerte de uno de los cónyuges [...] sino de que continúe a los solos efectos de poder determinar si en relación con las causas de separación alegadas en su demanda por el cónyuge fallecido, el sobreviviente debe o no ser declarado culpable a los efectos de su derecho a la legítima viudal. El que el artículo 834 del Código Civil condicione los derechos del cónyuge viudo al hecho de que, al morir su consorte, no se hallase separado o lo estuviera “por culpa del difunto”, y que a continuación el artículo siguiente -835- obligue a “esperar al resultado del pleito” cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, son disposiciones y preceptos –actualmente vigentes- y que sobradamente justifican la sucesión procesal pretendida a los limitados efectos señalados».

SAP Cádiz de 19 de enero de 1999 (AC 1999/34): «El legislador ha previsto aquí un caso singular, en el que, sin legitimar en absoluto a los herederos para “incoar” un proceso de separación

cónyuge fallecido para definir los derechos hereditarios del sobreviviente o para poder privarle de sus derechos de legítima viudal. El fundamento legal de esta corriente jurisprudencial estaba en los arts. 834 y 835 del CC en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de junio, que condicionaban los derechos del cónyuge viudo a que al morir su consorte no estuviera separado, o en caso de estarlo, fuese por culpa del cónyuge fallecido. Tras dicha reforma, esta doctrina ha perdido sentido porque se suprime cualquier referencia a la culpa, de modo que conforme al actual art. 834, el cónyuge que al morir su consorte no se halle separado de este judicialmente o de hecho, si concurre con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

El problema por lo tanto se sigue planteado cuando uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del proceso matrimonial y no hay aún separación de hecho, pues resulta una incoherencia que ante una situación en la que falta la *afectio maritalis* y la relación personal de los cónyuges está rota de hecho, se mantengan los derechos hereditarios entre los cónyuges por una simple cuestión temporal. Creo que se trata de una distorsión entre la realidad y el derecho que sería deseable corregir *de lege ferenda*, como ya ha hecho alguna legislación autonómica¹⁵⁴.

conyugal de su causante, sí les legitima, implícitamente, para “proseguir” el ya incoado por aquél. [...] Precisamente por ello, y porque la acción de separación es personalísima (no se olvide), al fallecer uno de los cónyuges durante el pleito de separación, éste –de seguirse por los herederos a los efectos de los artículos 834 y 835 del Código Civil- sufre necesariamente una enorme restricción en torno a su objeto. El “*thema decidendi*” en estos casos se reduce exclusivamente a declarar en la sentencia si hubo algún culpable de la separación instada. Ni más ni menos. Cualquier otro pronunciamiento sobre la separación, sus efectos o medidas, estaría de más y sería, a nuestro juicio, incongruente por exceso».

En el mismo sentido SAP Asturias (Sección 6ª), de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/248).

¹⁵⁴ El artículo 335 del Código de Sucesiones de Cataluña establece que «si al fallecer el causante, hay pendiente una demanda de nulidad matrimonial, divorcio o separación, salvo que haya habido reconciliación entre los cónyuges, los herederos llamados en defecto del cónyuge pueden seguir ejerciendo las acciones planteadas, y, si lo hacen, deben esperar al

Finalmente, respecto al supuesto de disolución del régimen económico matrimonial contemplado en el artículo 1373 CC, ya antes de la LO 2/2022 podíamos afirmar *a priori* que era posible la sucesión procesal de los herederos del cónyuge fallecido porque se trata de derechos económicos, y en consecuencia transmisibles.

Sin embargo, en mi opinión la cuestión no estaba clara. También en el supuesto del artículo 1373 CC cabe plantearse si es posible la sucesión procesal cuando el cónyuge fallecido no hubiese instado la liquidación.

En principio podríamos admitir la sucesión procesal cuando el cónyuge fallecido es el no deudor y hubiese exigido antes de morir que en la traba se sustituyesen los bienes comunes por la parte que ostentase el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, ya que en tal caso el embargo lleva consigo la disolución de la sociedad de gananciales. Si no hubiera acaecido el fallecimiento, la conducta procesal del cónyuge que después fallece, habría provocado la disolución de la sociedad de gananciales, y también aquí estamos ante un caso de competencia funcional, apreciándose un cierto paralelismo con los casos en los que ha existido una previa ruptura matrimonial por divorcio: la disolución de matrimonio por divorcio provoca la disolución del régimen económico matrimonial y conforme al criterio de competencia funcional, el mismo órgano judicial que dicta la sentencia matrimonial conocerá del procedimiento de liquidación; del mismo modo en el supuesto que regula el artículo 1373 CC el embargo provoca la disolución de la sociedad de gananciales. En el procedimiento en el que el acreedor solicita el embargo de bienes gananciales, una vez que el órgano judicial decreta el embargo, si el cónyuge no deudor opta por exigir la sustitución que le brinda el precepto estudiado, se produce

resultado de la sentencia definitiva para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder».

automáticamente la disolución de la sociedad de gananciales —es decir, el embargo produce el mismo efecto que la sentencia de divorcio— y la posterior liquidación es una consecuencia de esa disolución (competencia funcional). No podemos olvidar que en este caso el hecho del fallecimiento no produce la disolución del régimen económico matrimonial, pues esta habrá tenido lugar en vida del cónyuge no deudor, en el momento en el que solicita la sustitución de los bienes comunes por la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, pues tal solicitud provoca automáticamente la disolución del régimen económico matrimonial. En consecuencia, se darán los requisitos del art. 1373 CC y la liquidación se tramitará por el procedimiento previsto en los arts. 806 y siguientes.

Distinta solución había de adoptarse si el fallecimiento del cónyuge no deudor se produce antes de hacer la solicitud de sustitución de bienes en la traba, pues en tal caso la disolución se produciría como consecuencia del fallecimiento, por lo que los herederos no podrían instar la liquidación por los trámites de los artículos 806 LEC y siguientes LEC, pues no se daría ninguno de los supuestos del artículo 807 LEC, ya que la disolución no se produciría ni por nulidad, separación o divorcio ni por ninguna de las causas previstas en la legislación civil. Los herederos deberían instar la posterior liquidación del régimen económico matrimonial como incidente en el procedimiento de partición hereditaria. Finalmente podemos decir que en la liquidación que se inste por el cónyuge sobreviviente (sea el deudor o el no deudor) o por los herederos del fallecido, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de los bienes comunes sobre los que haya recaído la ejecución.

Finalmente, en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales contemplados en el artículo 1393 CC entiendo que es posible reconocer legitimación a los herederos del cónyuge fallecido, siempre que concurren

las causas previstas y estas sean imputables al sobreviviente. Ahora bien, solamente gozarán de legitimación los herederos cuando la resolución judicial a que se refiere el artículo 1393 CC ya haya producido la disolución del régimen económico, pues si no fuese así y el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce antes de la resolución judicial habría que adoptar la misma solución que hemos comentado respecto al artículo 1373 CC. En efecto, también en los supuestos del artículo 1393 habría que entender que si la disolución se produce como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges —y no como consecuencia de la resolución judicial—, faltaría el requisito del artículo 807 LEC de que se haya seguido procedimiento sobre la disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

En cualquier caso, la legitimación ha de entenderse tanto en la vertiente activa como pasiva, es decir, los herederos podrán instar el procedimiento y podrán ser la parte no instante del mismo, compareciendo en todos los actos procesales de la formación de inventario y de la liquidación.

B) SITUACIÓN TRAS LA LO 2/2022, DE 21 DE MARZO

La *mens legislatoris* queda expuesta en el preámbulo de la ley, que justifica la reforma en la necesidad de dotar de mayor protección a los huérfanos y huérfanas como consecuencia de violencia de género mediante la eliminación de ciertas incertidumbres legislativas, y en lo que a los derechos procesales se refiere, les dota de legitimación en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de sus padres.

La norma viene a reconocer que la literalidad del art. 808 LEC no era clara y cita algunas sentencias¹⁵⁵ que se han pronunciado en contra de su

¹⁵⁵ SAP Alicante, Sección 6ª, de 15 de abril de 2015, (JUR 2015/167309).

aplicación cuando la disolución del régimen económico matrimonial se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Por ello, la reforma va encaminada a clarificar el alcance de la norma, tanto desde el punto de vista subjetivo (legitimación) como desde el punto de vista objetivo (presupuestos de aplicación).

Así, en lo que respecta a la legitimación, se reconoce expresamente, además de a los cónyuges, a sus herederos.

Si bien el legislador está pensando en herederos huérfanos a consecuencia de violencia de género, la generalidad con que está redactado el precepto integra a todo tipo de herederos, por lo que en caso de matrimonios sin descendientes, podrían tener legitimación otros parientes del cónyuge fallecido (padres, hermanos, sobrinos, primos etc.), lo que considero que supone una excesiva ampliación de la legitimación y una puerta abierta al incremento de la litigiosidad.

Desde el punto de vista objetivo, como supuesto fáctico se pueden dar dos situaciones diferentes:

1.- Que ya haya sido admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges: Implica que, si durante el proceso matrimonial fallece uno de los cónyuges, sus herederos podrán intervenir en dicho procedimiento, novedad significativa por cuanto hasta la reforma operada por LO 2/2022 el procedimiento matrimonial, por afectar a derechos personalísimos, estaba restringido subjetivamente a los cónyuges. Sin embargo, entiendo que la legitimación de los herederos lo será estrictamente para cuestiones patrimoniales, es decir, para solicitar la formación de inventario y para solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial.

2.- Que se haya iniciado proceso sobre disolución del régimen económico matrimonial antes del fallecimiento de uno de los cónyuges.

En definitiva, a tenor del precepto los herederos únicamente están legitimados si existe un proceso judicial iniciado, bien el proceso de nulidad, separación o divorcio, bien demanda de disolución del régimen económico matrimonial.

¿Qué ocurre si el cónyuge fallece durante la tramitación del proceso de liquidación? Entiendo que los herederos tendrán legitimación para continuarlo.

¿Qué ocurre si fallece un cónyuge durante el proceso matrimonial? También estará legitimado el heredero, pero solamente respecto al tema patrimonial (la disolución se habrá producido con el hecho del fallecimiento).

1.3.- LEGITIMACIÓN DE LOS ACREEDORES

La libertad que consagra el artículo 1315 CC implica que los cónyuges pueden modificar su régimen económico matrimonial a lo largo de la vigencia del matrimonio, si bien tal libertad se encuentra limitada por la previsión que contiene el artículo 1317 CC a favor de los terceros.

Este precepto establece que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Estos terceros pueden ser tanto los acreedores de la masa común como los acreedores privativos de los cónyuges.

En definitiva, los terceros que contrataron con los cónyuges bajo un determinado régimen económico matrimonial no se verán afectados por la modificación del mismo, sino que sus derechos gozarán de las mismas

garantías que existían en el momento de la celebración del contrato. En consecuencia, tendrán acción contra los mismos bienes que tenían en aquel momento, aunque hayan sido objeto de liquidación.

El legislador con la previsión contenida en el artículo 1317 CC trata de proteger los derechos de los acreedores, en coordinación con lo dispuesto en los artículos 1401 y 1402 CC, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Cabe plantearse si esta protección de los acreedores contenida en la norma sustantiva nos puede llevar a admitir un reconocimiento de legitimación de los acreedores para instar el procedimiento de liquidación previsto en los artículos 806 y siguientes LEC, a fin de hacer valer su derecho en él.

Los preceptos de la LEC que estudiamos no nombran a los acreedores como parte legitimada, por lo que en principio no podrán instar la formación de inventario ni la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, tampoco esta cuestión es pacífica en nuestra doctrina.

El sector doctrinal que defiende la legitimación de los acreedores para instar la liquidación parte del artículo 1402 CC, el cual establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias. En sede de partición hereditaria, el artículo 1082 CC establece que los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos; el artículo 1083 CC establece que los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Estos preceptos han dado base legal a algunos autores para sostener que los acreedores pueden intervenir en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial.

Otro sector niega la intervención de los acreedores porque sus derechos están suficientemente garantizados en el artículo 1401 CC: mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial y responderá también con los bienes propios cuando el inventario no se haya formulado debidamente, pues en tal caso la infracción también le es imputable.

Lacruz¹⁵⁶, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entendía que los juicios de testamentaría y abintestato no solo servían para dividir la herencia, sino también para el pago de las deudas, y podía incoarse, por tanto, a petición de los acreedores del caudal, incluso cuando la herencia había sido aceptada a beneficio de inventario. Conforme al artículo 1038.4º de la LEC de 1881 era parte legítima para promover el juicio de testamentaría «cualquier acreedor, siempre que presente un título que justifique cumplidamente su crédito».

Serrano Alonso¹⁵⁷ sostuvo también la tesis favorable a la legitimación de los acreedores comunes y de los particulares de cada cónyuge bajo la vigencia de la LEC de 1881, ya que el artículo 1038 concedía a los acreedores la posibilidad de instar el juicio de testamentaria. Sin embargo, niega esta posibilidad en la actual LEC, bajo el argumento de que los artículos 808.1 y 810.1 limitan la solicitud de la liquidación a los cónyuges. Entiende que sí que pueden intervenir los acreedores una vez iniciado el procedimiento, ya que tienen interés directo en vigilar la forma de practicar el inventario, pero dicha intervención no los convierte en parte del procedimiento, sino que su función

¹⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., 1981, p. 111.

¹⁵⁷ SERRANO ALONSO, E., 2004, p. 243.

se limita a controlar con el fin de detectar posibles conductas fraudulentas que perjudiquen su derecho.

Este autor considera que realmente la remisión que hace el artículo 1402 CC a las reglas de la partición hereditaria, a donde realmente nos lleva no es a las normas específicas de la liquidación de la herencia sino a la aplicación del artículo 403 del Código Civil, que regula la posición de los acreedores en la división de la comunidad de bienes, siendo la sociedad de gananciales una de sus variedades. El citado precepto establece que los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en el caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedir la y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez.

Ortuño Muñoz entiende que la LEC vigente indirectamente concede legitimación a los acreedores para solicitar la acción liquidatoria en virtud del principio de tutela judicial efectiva de los derechos que establece el art. 24 CE y que tiene su concreción procesal en el art. 541 LEC. También fundamental tal legitimación en la aplicación del art. 782.5 LEC, por remisión a las normas sobre división de la herencia, tanto en el art. 1410 CC como en el art. 810 LEC¹⁵⁸.

En sentido contrario, De Miranda Vázquez se pregunta si no hubiera sido más adecuado haber dado entrada a los acreedores, pues si el legislador ha pretendido diseñar el proceso de liquidación como un juicio universal, donde el objetivo es que una masa de bienes consorcial sea adecuadamente liquidada, difícilmente podrá lograrse si los acreedores no pueden tomar parte de algún modo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., 2001, p. 3779.

¹⁵⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., 2011, p. 995.

El Tribunal Supremo¹⁶⁰ por su parte sostenía que la acción de división y liquidación ha de tramitarse únicamente entre actor y demandado.

Entiendo que el problema se plantea tras la entrada en vigor de la actual LEC por la existencia de una descoordinación legislativa entre esta y el CC. Bajo la vigencia de la vieja LEC la cuestión no planteaba tantas dudas porque la norma procesal y la norma sustantiva tenían coherencia entre sí: el CC remitía a las normas sobre partición hereditaria (contenidas en el mismo CC —artículos 1082 y siguientes—) que eran acordes con la norma procesal (artículo 1038.4 de la LEC de 1881). En mi opinión, la incoherencia normativa actual se debe a la doble regulación de la legitimación, en los artículos 1082 y siguientes del CC y en la LEC (artículo 782 relativo a la división de la herencia y artículo 808 relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial). El artículo 1402 del CC, al establecer que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, remite a las normas de los artículos 1082 y siguientes del mismo CC, normas que reconocen a los acreedores legitimación para oponerse a la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (artículo 1082), para intervenir en la partición a fin de evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (artículo 1083), etc. Esta remisión era coherente con la LEC de 1881 que expresamente reconocía legitimación a los acreedores para promover la

¹⁶⁰ STS 983/1997, de 30 de octubre —Sala 1—. Pte. Albácar López, J. L. Nº de Recurso de casación 2840/1993. (RJ 1997/7621): «Concretamente la (acción) de división y liquidación de una sociedad legal de bienes gananciales formada a consecuencia del anteriormente existente matrimonio entre actor y demandada, acción ésta que debe tramitarse únicamente entre los que la componen, sin perjuicio de que, si hubiera derechos de terceras personas sobre los bienes de la sociedad que ahora se liquida, puedan los mismos dirigirse contra los antiguos cónyuges o el que a consecuencia de la liquidación resulte titular del bien concreto sobre el que recaigan los derechos de esos terceros, en reclamación de lo que crean corresponderles, pero sin que sea preciso llamar a la liquidación de la sociedad de gananciales a dichos terceros ajenos a la misma».

testamentaria, pero ahora es incompatible con la regulación que contiene la LEC 1/2000, que no reconoce tal legitimación, sino que, por el contrario, el artículo 782.3 LEC dice expresamente que los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda. Con respecto al ámbito de la liquidación matrimonial, la ley procesal guarda silencio. Creo que ha de prevalecer la regulación de la LEC porque es ley especial y ley posterior. Por ello, según mi entender, los acreedores carecen de legitimación para instar el procedimiento de liquidación. Abona este criterio la rotundidad del artículo 782.3 LEC citado que regula la división de la herencia. Entiendo que el legislador ha querido dar un giro total a la regulación contenida en la vieja ley procesal, quizá por considerar que los acreedores son ajenos a todas las cuestiones relativas al ámbito de la familia, y ello a pesar del profundo calado económico del procedimiento y de la implicación de derechos de terceros.

Volviendo al concepto de legitimación procesal entendida como capacidad de conducción procesal con que introducíamos este tema, diríamos que los acreedores carecen de capacidad de conducción procesal porque no existe un juicio de coherencia entre la acción afirmada y la consecuencia pretendida dentro del procedimiento de liquidación. Efectivamente, en el procedimiento de liquidación, cuyo objeto es establecer lotes y llevar a cabo la partición entre los excónyuges, la pretensión del acreedor es totalmente extraña a ese objeto, constituye una distorsión dentro del proceso matrimonial porque la coherencia que sí existe entre la acción afirmada por el acreedor (derecho a cobrar su crédito) y la consecuencia jurídica pretendida (cobro de dicho crédito), resulta totalmente ajena al objeto del proceso de liquidación matrimonial.

Podríamos pensar que esta carencia de legitimación para instar la liquidación del régimen económico matrimonial no produce indefensión a los acreedores de los cónyuges porque la misma ley procesal articula otros mecanismos para hacer valer sus derechos. Así, en sede hereditaria, el citado artículo 782.5 LEC establece que los acreedores podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos, o el artículo 1001 CC, conforme al cual, si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán estos pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquel. Sin embargo, entiendo que estos preceptos no son aplicables a la liquidación del régimen económico matrimonial, pues el artículo 810.5 LEC remite específicamente al artículo 784 y siguientes LEC (entre los que obviamente no está el artículo 782) y el artículo 1001 CC tiene restringido su campo de aplicación, dentro del ámbito hereditario, a los casos de repudiación de la herencia. Además, aun suponiendo que resultasen aplicables dichos preceptos, no reconocen ninguna posibilidad de iniciativa de los acreedores, cuya intervención será siempre accesorio y dependiente de la actividad o inactividad del heredero deudor e incluso del resto de herederos, con los que podría confabularse aquel para mantener la herencia en indivisión y de este modo burlar los derechos de los acreedores. Tal y como el precepto indica, «los acreedores podrán intervenir en la partición», luego si nadie insta la partición, nada podrá hacer el acreedor para defender su derecho. También se ha querido ver una legitimación indirecta de los acreedores en los casos en los que, si bien no pueden instar, sí pueden «incitar» la acción liquidatoria. Así, el artículo 541 LEC al regular la ejecución en bienes gananciales establece los supuestos en los que, iniciado el procedimiento de ejecución por el acreedor, el cónyuge no deudor tiene la facultad de pedir la disolución de la sociedad conyugal con el fin de proteger sus derechos sobre los bienes comunes. Pero de nuevo aquí el acreedor no

tiene ninguna intervención en el procedimiento de liquidación, ni puede provocarlo, ya que la opción no se le da a él, sino al cónyuge no deudor.

Por lo tanto, en mi opinión, la realidad es que los acreedores, con posibilidad de intervención pero sin legitimación, no ven protegidos sus derechos en los procedimientos que estudiamos y quizás la única vía posible sería acudir a la intervención procesal voluntaria del artículo 13 LEC, dado que pueden tener interés legítimo en el resultado de la liquidación.

Quizás otro posible mecanismo de protección del crédito sería reconocer legitimación extraordinaria a los acreedores. Dicha legitimación, caracterizada por la inexistencia de una relación jurídica entre demandante y demandado, encontraría su fundamento, no en una previa relación contractual entre las partes, sino en una disposición legal, atendiendo a razones de interés público, intereses sociales o socioeconómicos, etc. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce este tipo de legitimación en diferentes preceptos. Ejemplo de ello son los artículos 76 de la Ley del Contrato de Seguro y 1111 y 1597 del CC. Concretamente, considero que sería posible el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del CC, como medida conservativa del patrimonio del deudor y, además, añadiría, como medida protectora de intereses socioeconómicos. En efecto, en mi opinión podría defenderse que existe un interés socioeconómico en permitir que los acreedores tengan legitimación para instar la liquidación del régimen económico matrimonial. La crisis económica iniciada en el año 2008 demostró los estragos que los impagos producen en pequeñas empresas, con repercusiones económicas y laborales desastrosas, que a su vez ha provocado la imposibilidad de que el acreedor haga frente a sus deudas, produciéndose así un efecto dominó, que más allá de los acreedores en cadena afectados, incide en el tejido industrial, económico y laboral. Desgraciadamente, aún han sido más perniciosos los efectos encadenados que en la economía

mundial ha provocado recientemente la pandemia del nuevo coronavirus SARS-COV-2 y la actual guerra desencadenada por Rusia en Ucrania. Tales circunstancias excepcionales, con repercusión socioeconómica evidente, justificarían el reconocimiento de legitimación extraordinaria por razones de interés público.

Trataremos ahora aquellos supuestos en los que ya ha tenido lugar la disolución del régimen económico y la formación de inventario, pero los cónyuges deciden no proceder a la liquidación, dejando el patrimonio en situación de indivisión, manteniéndose en un régimen de comunidad posganancial indefinido en el tiempo. Los acreedores no pueden acudir a la vía del artículo 1373 CC porque resultaría totalmente inadecuada e ineficaz, puesto que su finalidad es simplemente provocar la «disolución» de la sociedad conyugal y en el supuesto planteado esta ya se ha producido con anterioridad. Nada dice el precepto de que el cónyuge no deudor pueda provocar, además de la disolución, la división del patrimonio. Es importante destacar al respecto que el artículo 541.3 LEC, relativo a la ejecución por deudas propias de uno de los cónyuges, sí que nos abre una posible solución, ya que este precepto da un paso más y establece que el tribunal resolverá lo procedente sobre la «división» del patrimonio, acordando que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC¹⁶¹. De este modo el tribunal decidiría

¹⁶¹ En la jurisprudencia encontramos pronunciamientos que otorgan al órgano judicial la facultad de fijar un plazo para llevar a cabo la liquidación, en base a la ejecutividad de las resoluciones judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido SAP Valladolid de 30 de marzo de 2000 —JUR 2000/128047— entiende que «[...] en estos casos los intereses en conflicto son varios (acreedor, cónyuge deudor y no deudor) y todos ellos dignos de protección, entiende la Sala que el hecho, aquí ocurrido, de que el juzgador, a la vez que suspende la vía de apremio, fija un determinado plazo para que los cónyuges insten y promuevan la liquidación de la sociedad legal de gananciales, no puede sino considerarse de todo punto lógico y razonable. El propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido (sentencia de 29 de abril de 1994) y en todo caso se trata de una cautela que viene sobradamente justificada por la necesidad de facilitar la realización efectiva de un crédito (el del ejecutante) que ha sido reconocido judicialmente, lo que a su vez enlaza con la exigencia de ejecutar las resoluciones judiciales firmes y el propio derecho constitucional a la Tutela

iniciar el proceso de división del patrimonio y, una vez concretado el que corresponde al cónyuge deudor, quedarían protegidos los derechos de los acreedores. Considero que este precepto faculta al tribunal para que *ex officio* inste la división del patrimonio conyugal en el curso de un procedimiento de ejecución.

Podríamos entender que el acreedor de uno de los cónyuges está suficientemente protegido porque tiene la facultad de instar el embargo de bienes comunes, pero entiendo que no lo está siempre, pues existen supuestos de desprotección.

Tanto el apartado 2 como el apartado 3 del art. 541 LEC parten del supuesto de que el régimen económico matrimonial sigue vivo; ninguna de las dos normas contempla la posibilidad de que ya se haya producido la disolución. Por ello entiendo que existe un vacío legal en estos casos. Así, a título de ejemplo, supongamos que se insta un procedimiento de jura de cuentas

Judicial Efectiva (artículos 18 y 24.1), y también, de evitar que el acreedor pueda quedar burlado en sus legítimas expectativas de cobro, ante el riesgo cierto de una escasa o nula voluntad de los cónyuges a la hora de promover la liquidación de la sociedad legal de gananciales e identificar bienes del deudor susceptibles de ser embargados. Disuelta la sociedad de gananciales, hecho que además en el caso presente ya se había producido años antes de que iniciara el presente procedimiento ejecutivo, surge para cada cónyuge participe un derecho a su liquidación cuyo ejercicio no puede quedar abandonado ni indefinidamente demorado y menos aún, renunciado en detrimento o perjuicio de tercero (artículo 6.2 del Código Civil). No se comprende cómo el solo hecho de que el Juzgador establezca un límite temporal para que dicha liquidación se lleve a cabo, puede perjudicar los intereses de la esposa.... Precisamente la protección de su verdadero y legítimo interés solo podría alcanzarse con una pronta y ordenada liquidación de la sociedad de gananciales ...algo que bien pudo y debió efectuar mucho antes de que se trabara embargo sobre la vivienda común, pues...dicha sociedad ya había quedado disuelta... Y a tal fin, el plazo concedido de tres meses para practicar la liquidación si ésta fuere convencional o de ser contenciosa, para iniciar y promover el oportuno procedimiento, no puede sino considerarse un plazo prudencial y suficiente».

En parecido sentido la SAP de Zaragoza de 26 de octubre de 1994 (AC 1994/1790) entiende que «[...] no ha de ser tenida como válida una renuncia realizada con desprecio de derechos de terceros en su condición de acreedores [...] se ha de llegar a la evidente conclusión de la absoluta imposibilidad de renunciar a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales [...] pues la liquidación es operación también configurada en aras a la protección de los legítimos derechos de los acreedores [...]».

contra uno de los cónyuges en reclamación de los honorarios devengados en un procedimiento de inventario contencioso. Es una deuda privativa de uno de los cónyuges que surge cuando la sociedad de gananciales ya está disuelta, y por ello no resultaría aplicable el 541.2 LEC, que únicamente se refiere a supuestos de deudas de las que deba responder la sociedad de gananciales. Considero que estaríamos en el supuesto del 541.3 LEC en cuanto que se trataría de una deuda propia de uno de los cónyuges, pero no resultaría aplicable dicho precepto porque la intervención del cónyuge no deudor se limita a pedir la disolución, y en el caso planteado esta ya se ha producido con anterioridad, de modo que, faltando el presupuesto de la solicitud de disolución, en interpretación literal de la norma, el tribunal no podrá resolver nada respecto a la división del patrimonio.

La norma sustantiva tampoco ofrece una solución, pues los artículos 1373 y 1374 CC parten de la premisa de que el vínculo matrimonial sigue existiendo, de modo que, tras la disolución, se aplica el régimen de separación de bienes, no siendo este el supuesto que planteamos, en el que se ha producido el divorcio y se ha formado inventario con sentencia firme.

Considero que para resolver esta laguna legal y otorgar una protección completa al acreedor de uno de los cónyuges, ha de hacerse una interpretación extensiva del art. 541.3 LEC, entendiendo que es igualmente aplicable cuando en el momento de instar el embargo se ha producido ya la disolución, pero no se ha llevado a cabo la liquidación del patrimonio. De otro modo el protegido por la norma no sería el acreedor, sino el cónyuge deudor. Finalmente, una vez realizada la liquidación, el mecanismo de protección que tienen los acreedores es la acción rescisoria al amparo del 1291.3º CC.

1.4.- LEGITIMACIÓN DEL ALBACEA Y DEL CONTADOR-PARTIDOR NOMBRADOS EN TESTAMENTO POR EL CÓNYUGE FALLECIDO¹⁶²

En primer lugar conviene precisar que el Código Civil se refiere al albacea por un lado (artículos 892 y siguientes) y al contador-partidor por otro (artículo 1057), y la doctrina jurisprudencial se ha hecho eco de esta distinción¹⁶³.

En mi opinión, concurren en ambas instituciones dos características comunes. En primer lugar, el fundamento del encargo es en ambos casos la confianza que el testador tiene en las personas que designa; y, en segundo lugar, en cuanto al contenido del encargo, en ambos casos tiene carácter económico o patrimonial, si bien en el caso del albacea entiendo que el cometido encomendado puede ser más amplio y abarcar también cuestiones personales, pues debe vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento, cualquiera que sea el contenido de este.

Además, si bien el Código Civil no define al albacea¹⁶⁴, no cabe duda de que la función de la institución es cumplir las disposiciones testamentarias, por lo

¹⁶² A diferencia del resto de regulaciones autonómicas, en Aragón además se reconoce legitimación al fiduciario (art. 258 del CDFA).

¹⁶³ STS 252/2004, de 30 de marzo. Nº de Recurso de Casación 1604/1998. Fundamento de Derecho 5º. (RJ 2004/1975): «[...] el Contador-Partidor, a diferencia del albacea, en cuanto que éste tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo el vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de las precauciones necesarias para su conservación y custodia (arts. 901y 902 C.c.), recibe aquél por el contrario, un encargo distinto, cual es el de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios de ella, en virtud de un mandato especial que el testador le da confiando en sus cualidades personales, por ser un cargo de confianza, con lo que, en principio, y si su actuación no se engloba en un proceso judicial (art. 1057 C.c.) habrá que pasar por lo que él decida, por sustituir al testador en estas labores (S.S. de esta Sala de 25-IV (RJ 1963/1996) y 17-VI-63 (1963/3330), 4-II-64 (RJ 1994/ 909) y 16-III-01 (RJ 2001/3199)) a menos de que haya un apartamiento claro de la voluntad de aquél».

¹⁶⁴ Albacea es una palabra de origen árabe (*al waci*) que significa gestor. Si bien en la doctrina ha merecido diversas calificaciones jurídicas, en todas ellas subyace como nota esencial la confianza, elemento nuclear del que derivan todos los derechos, deberes y funciones que le corresponden. En consonancia con ello, se ha dicho que el albaceazgo es un oficio privado —ROCA—, un cargo testamentario —LACRUZ— o un encargo de confianza —ALBALADEJO— (RODRÍGUEZ-PALMERO, 2009, p. 1521).

que tiene un carácter preventivo o de vigilancia. El albaceazgo tiende a garantizar que se cumpla lo ordenado en el testamento.

Por el contrario, las del contador partidor consisten en realizar las operaciones particionales en lugar del testador, es el *alter ego* de este, que actúa como un mandatario especial con amplias facultades de decisión.

Sin embargo, aunque nuestro Código Civil admite la coexistencia de ambas instituciones, nada impide al testador que designe una sola persona que ejerza ambos cargos, el de albacea y el de contador-partidor.

Quizás haya sido esta concurrencia de ambos cargos en una única persona lo que haya llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a identificar ambas instituciones en algunos casos, llegando a afirmar que el contador-partidor es un albacea¹⁶⁵.

No obstante, en nuestro análisis distinguiremos ambas figuras, partiendo de la distinta regulación que merecen en el Código Civil.

Respecto al albacea, corresponde al testador determinar cuáles han de ser las funciones que le encomienda, ya que el artículo 901 CC establece que los

¹⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DIAZ ALABART, S., 1989, artículos 1035 a 1087. p. 228: «Siendo el contador un albacea encargado del aspecto de ejecución de la voluntad del testador que consiste en partir, le compete como a todo albacea, sin necesidad de que le haya sido concedida una especial facultad de interpretación, la de interpretar lo que del testamento atañe a su encargo».

LACRUZ BERDEJO, J. L., 1981, p. 149. «Por analogía con el albaceazgo el cargo de contador-partidor es voluntario, aplicándose a su aceptación y renuncia el artículo 898 y sus concordantes».

STS 194/1995, de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/2157): «La siguiente andadura casacional se proyecta sobre las facultades de dichos albaceas-contadores-partidores [...]. Es preciso a tales efectos dejar sentado, que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador-partidor como un albacea, y consiguientemente a este con facultades de contador-partidor. (sentencias, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947 (RJ 1947/937 [...]))».

La Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2011 consideró que el régimen legal del cargo de contador-partidor debe ser integrado por las normas que el Código Civil dedica al albacea, habida cuenta de la similar naturaleza de ambas figuras.

albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes. Entiendo que el albacea ostenta una legitimación por sustitución y que por ello no habría ningún inconveniente en admitir que pueda instar la liquidación del régimen económico matrimonial de su mandatario fallecido, cuando así lo haya previsto este y siempre que se dé el presupuesto del artículo 807 LEC, es decir, que haya existido previamente un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, o se hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial¹⁶⁶. En otro caso la labor que le ha sido encomendada al albacea por el testador podría verse entorpecida. Por ejemplo, si el testador le ha atribuido la función de distribuir los bienes y nadie insta la liquidación del régimen económico matrimonial, no podría hacer la partición sin previa liquidación, y ello implicaría un incumplimiento de la función que le ha sido encomendada, máxime si conforme al artículo 904 CC debe de cumplir el encargo en el plazo de un año, salvo que entendamos, en una interpretación extensiva del citado precepto¹⁶⁷, que dicho plazo no empezará a contar hasta que se resuelva cualquier procedimiento judicial, incluido el de la liquidación de la sociedad conyugal, que entiendo que deberá haber llegado ya a la fase previa a la partición.

Frente a esa amplitud de funciones del albacea, el artículo 1057 CC parece restringir las facultades del contador-partidor cuando se refiere a que el testador puede encomendar «la simple facultad de hacer la partición», por lo que podríamos entender excluida la facultad de liquidar propiamente dicha.

¹⁶⁶ Si los cónyuges están casados y la disolución se produjese como consecuencia del fallecimiento de uno de ellos y no como consecuencia de resolución judicial se incumpliría el requisito procesal que establece el citado artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶⁷ Conforme al artículo 904 del Código Civil, el albacea, a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones.

Como dice Roca Sastre¹⁶⁸, la función del contador-partidor como tal es simplemente contar y partir.

En este sentido, un sector doctrinal¹⁶⁹ entiende que la división de la comunidad conyugal debe practicarse por los herederos del cónyuge fallecido, y una vez realizada esta, se llevará a la herencia la parte correspondiente, de modo que será en la partición hereditaria donde debe intervenir el contador-partidor. Este sector doctrinal entiende que la liquidación de la sociedad conyugal es extraña a la simple facultad de hacer la partición de los bienes del cónyuge fallecido.

Sin embargo, en la jurisprudencia¹⁷⁰ podemos encontrar sentencias que admiten la liquidación practicada por el contador-partidor y el cónyuge viudo, sin la concurrencia de los herederos, basada en razones pragmáticas ya que la intervención del contador-partidor puede agilizar las operaciones en los casos de desacuerdo entre los herederos y dadas las dificultades prácticas que puede presentar la obtención del consentimiento unánime de todos los

¹⁶⁸ ROCA SASTRE, R. M^a. 1948, p. 628.

¹⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L. 1981., p. 155: «La jurisprudencia y la práctica han resuelto que puede hacerse por el comisario con el concurso del cónyuge sin concurrencia de los herederos [...]. En rigor parece que, como sostienen Valverde y Castán, la liquidación de los gananciales deben hacerla el cónyuge viudo y los herederos del premuerto actuando por unanimidad, [...]. Sin embargo, como los inconvenientes prácticos de esta regulación son graves, [...] la mayor parte de la doctrina aprueba la jurisprudencia, aunque para ello tenga que dar de lado a dos fuertes objeciones, a saber, una que no cabe presumir en el causante, a partir del encargo de dividir entre sus herederos, la colación de una facultad distinta y de disposición, cual es la determinación, frente a otra persona, de la masa partible; y otra, que con arreglo al art. 1057 el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que exceda de la mera facultad de hacer la partición [...]».

¹⁷⁰ STS 194/1995, de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/2157): «[...] los designados por el testador como albaceas, contadores-partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (sentencia de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934 [RJ 1934/35] y 17 de abril de 1947, además de Resolución D.G.R.N. de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo matrimonio, [...]».

herederos en algunos casos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1997 admite la aceptación tácita, sin oposición, de los herederos para que el contador-partidor designado por el causante practique la liquidación del régimen económico matrimonial con el cónyuge viudo y la más reciente de 25 de febrero de 2000, que cita otras, mantiene que la liquidación de la sociedad de gananciales «ha de realizarse por el contador partidor en unión del viudo o viuda, y así lo sostiene la doctrina».

En la doctrina¹⁷¹, siguiendo la corriente jurisprudencial, se ha mantenido también la utilidad práctica de la intervención del contador-partidor en la

¹⁷¹ ALBALADEJO, M., 2004, p. 152. También el mismo autor —(1989, p. 234)— tras afirmar que al contador únicamente compete la partición de la herencia expone: «Mas, por mucho que en teoría debiesen de ser así las cosas, la verdad es que por razones prácticas de simplificación, la jurisprudencia viene admitiendo [...] que al contador-partidor que el causante nombró es al que corresponde no únicamente hacer por sí solo la verdadera partición de la herencia de aquél, sino también realizar juntamente con el viudo la división de la sociedad económica-matrimonial del difunto, el viudo como copartícipe, y el contador, en el puesto del causante. De esta manera no se da lugar a la intervención de los herederos, que es lo que se evita, y, con toda probabilidad, el causante quiso evitar, con el nombramiento del contador, y que no se habría eludido totalmente si, aunque no en la partición, fuese necesaria la intervención de tales herederos en la división de la sociedad económico-matrimonial. En definitiva, de acuerdo con el viudo, el contador divide esta sociedad, y ya solo, parte la herencia incluidos en ella, naturalmente, los bienes adjudicados a la parte del difunto en aquella sociedad. Lo que, siendo más simplificador, por prescindir de la intervención de los herederos, ha hecho que la solución la adopte la jurisprudencia, y, aparte de los reparos teóricos que puedan ponérsele, la admita la doctrina como realmente preferible, sin intentar, como otras veces ocurre, que la jurisprudencia cambie su criterio por el otro más perfecto, pero menos conveniente. De modo que yo diría que la solución jurisprudencial tan prevalece en la práctica como, aun viéndole su incorrección teórica, se acepta por los autores. Así, PUIG BRUTAU dice que "no hay duda que ofrece grandes ventajas" y que si "el rigor de los conceptos ha de ser mantenido inflexiblemente (debería prevalecer la solución teórica que es la más correcta), en la práctica muchas veces ocasionaría dificultades y dilaciones que probablemente el testador hubiese querido evitar. En definitiva, pues, que aunque se trate de un criterio jurisprudencial que sólo se funde en consideraciones prácticas, es preciso tenerlo en cuenta como el Derecho que efectivamente se aplica". Y Roca Sastre piensa que "en rigor técnico esta solución (la de la jurisprudencia) dominante en la práctica y en la jurisprudencia deja bastante que desear, pues hay argumentos en contrario; pero ante la deficiencia normativa del Código Civil haya que mantener dicha solución". Sáenz de Santamaría por su parte redundante en lo mismo al mantener, sin ni siquiera dirigir crítica teórica a la jurisprudencia, que la solución de ésta es plenamente lógica "ya que no hay duda que en cierto modo se comunica a la liquidación de la sociedad de gananciales cierta naturaleza sucesoria, por lo que debe poder hacerla el contador, pero con el concurso de la otra parte interesada en la misma [...]».

liquidación, aunque no faltan autores ¹⁷² que cuestionan la doctrina jurisprudencial que fundamenta dicha intervención en motivos exclusivamente pragmáticos.

En mi opinión, efectivamente la función del contador partidador consiste en algo aparentemente tan simple como contar y partir, pero tales cometidos entrañan en la realidad el desarrollo de actividades que pueden revestir gran complejidad, pues implica llevar a cabo múltiples operaciones previas no reconducibles a un único acto, sino desarrolladas a lo largo de diferentes fases, como es la formación de inventario, avalúo, liquidación, determinación del haber partible, partición propiamente dicha o fijación de lotes y finalmente adjudicación de los mismos.

Pero para desarrollar dichos cometidos es ineludible haber delimitado el patrimonio del cónyuge fallecido, por lo que habrá que proceder previamente a la liquidación del régimen económico matrimonial. De lo contrario, el encargo que el cónyuge fallecido hace al contador-partidador sería de imposible cumplimiento. Por ello, estoy de acuerdo con la jurisprudencia que, salvando la deficiente y restrictiva regulación normativa del artículo 1057 CC, busca una solución práctica reconociendo legitimación al contador-partidador para llevar a cabo la liquidación del régimen económico matrimonial, a pesar de que desde el punto de vista técnico jurídico dicha solución no sea perfecta.

En caso de desacuerdo entre el cónyuge viudo y el contador partidador, entiendo que solo podrá instarse el procedimiento de liquidación regulado en

¹⁷² BUSTO LAGO, J. M. 2004, p. 293: «La posibilidad de que el contador partidador liquide la sociedad ganancial con el concurso del cónyuge viudo, admitida por la doctrina jurisprudencial, únicamente con fundamento en su operatividad y eficacia práctica, es discutible desde la perspectiva estrictamente dogmática y ello porque la liquidación de la sociedad ganancial debería ser practicada por el cónyuge viudo con todos los herederos del difunto, actuando por unanimidad, en tanto que se trata de una operación de determinación y atribución de bienes a uno u otro patrimonio y no de un acto de naturaleza particional (de manera que exigiría el consentimiento unánime de todos los coherederos)».

los artículos 806 y siguientes LEC, cuando se dé el requisito legal de la existencia de un previo procedimiento judicial de disolución conforme a lo previsto en el art. 807 LEC. En caso contrario, habrá de resolverse como cuestión incidental en el procedimiento hereditario. No obstante, esta cuestión también es discutida doctrinalmente¹⁷³.

Finalmente, hemos de hacer una breve referencia a la nueva redacción del artículo 437 LEC, dada por Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁷⁴. Se añade una excepción 4ª al apartado 3º de dicho precepto, que regula la reconvencción y acumulación objetiva y subjetiva de acciones en el juicio verbal. Dicho apartado tercero establece la excepción de que sí se admitirá la acumulación objetiva de acciones al prever que «en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos». Cabe plantearse si a tenor de este precepto el juez asume la función de contador-partidor, al margen de si uno de los cónyuges se opone o no —el no solicitante—, o si por el contrario la oposición de uno de los cónyuges podrá impedir la formación de lotes y adjudicación¹⁷⁵.

¹⁷³ En sentido favorable a la tramitación por el procedimiento de liquidación previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando existe desacuerdo entre el contador y el cónyuge supérstite, REBOLLEDO VARELA, A. L., 2000, pp. 204 y 205.

En sentido contrario MARTINELL, J. M. (2000, p. 161 y ss.) quien niega la aplicación de dicho procedimiento cuando la disolución del régimen procede *ope legis* por muerte o por declaración de fallecimiento.

¹⁷⁴ La citada Ley 5/2012, de 6 de julio, en su Disposición Final 3ª, apartado 12, contiene un error al referirse al art. 438 cuando realmente se refiere al art. 437.

¹⁷⁵ En este sentido, la tendencia del Tribunal Constitucional (STC 182/2011, de 21 de noviembre. Nº de Recurso de amparo 1463/2010 —RTC 2011/182—) y del Tribunal Supremo

Haré dos consideraciones al respecto. En primer lugar, creo que el legislador, movido por razones de economía procesal, permite la acumulación de la acción de división de cosa común al procedimiento matrimonial (entiendo que el legislador ha querido referirse tanto al procedimiento matrimonial en el que se insta también la liquidación del régimen económico como al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de los arts. 806 y ss. LEC). De este modo se liquidan en un mismo procedimiento tanto los bienes integrados en el régimen económico matrimonial como los que están excluidos de él por pertenecer a los cónyuges en régimen de comunidad ordinaria. En segundo lugar, parece que con esta reforma el legislador ha querido poner coto a los enfrentamientos que en la práctica provoca la división del patrimonio común y al perjuicio que la negativa a la partición de uno de los cónyuges puede provocar en el otro, otorgando al juez la facultad de formar lotes y de adjudicar los bienes, evitando así la realización del bien mediante subasta.

Esta posibilidad de acumulación de acciones, en la práctica puede dar lugar a confusiones desde el punto de vista de la calificación de los bienes, incluso en el ámbito del foro, como ocurre en el caso de la SAP de Barcelona 312/2018, de 7 de marzo (JUR 2018/87360), cuyo fallo incorpora el convenio regulador consensuado por los excónyuges, que contiene un apartado cuarto sobre liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, en el que se afirma que «Los cónyuges han acordado proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial y a la adjudicación de los bienes del

(STS 104/1998, de 16 de febrero — Sala 1ª—. —RJ 1998/868—) es evitar tanto la adjudicación proindiviso, por considerar que no es una solución jurídicamente aceptable, como la subasta de los bienes, por existir otras soluciones alternativas menos gravosas económicamente. También algunas AP se ha pronunciado en el mismo sentido: SAP Málaga 1084/2017, de 24 de noviembre, sección 6ª, (JUR 2018/187176) que entiende que va en contra de la naturaleza del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales su finalización mediante la creación de un proindiviso.

matrimonio que a continuación se reseñan, y de los que son propietarios en común y proindiviso, por lo que proceden a la correspondiente extinción del condominio [...]». Evidentemente los bienes que los cónyuges tienen en proindiviso no están integrados en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, sino que constituyen una comunidad ordinaria regulada en los arts. 392 y siguientes del CC.

1.5.- LEGITIMACIÓN EN CASO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto una auténtica revolución normativa en el ámbito civil y procesal.

Frente a la regulación anterior, el legislador ha venido a reconocer capacidad jurídica a las personas con discapacidad y ha previsto como medidas de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela (art. 250 CC), manteniendo la tutela únicamente como medio de representación de los menores de edad en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 y ss. CC).

En lo que respecta a los cambios procesales que aquí interesan, la citada Ley 8/2021 ha modificado el art. 7 de la LEC, que impedía comparecer en juicio a quienes estaban privados del pleno ejercicio de sus derechos civiles. El legislador ha introducido el art. 7 bis bajo el título «ajustes para personas con discapacidad» con la clara finalidad de garantizar su acceso a la justicia en condiciones de igualdad, tanto como partes procesales como cuando intervengan de forma indirecta como testigos, peritos, etc.

En consecuencia, ha quedado superada la anterior regulación, en la que el tutor asumía la representación del *incapaz*¹⁷⁶ —término hoy superado—, siendo este quien tenía legitimación porque era el titular de la relación jurídica. Por lo tanto, era el cónyuge incapaz quien instaba el procedimiento, bajo la representación del tutor. También conviene precisar que, para ejercer la legitimación en nombre del incapaz, el tutor necesitaba autorización judicial, tal y como estipulaba el artículo 271, párrafo sexto, del Código Civil¹⁷⁷. Bajo la normativa hoy derogada cabía plantearse si era posible subsumir en dicha norma la facultad del tutor para instar el procedimiento de liquidación que estudiamos.

En el ámbito de los procesos matrimoniales algunas Audiencias Provinciales¹⁷⁸ y el Tribunal Supremo¹⁷⁹ venían negando que el tutor, como

¹⁷⁶ Conforme al art. 267 del Código Civil, el tutor era el representante del menor o incapacitado.

¹⁷⁷ El artículo 271.6º del Código Civil establece que el tutor necesita autorización judicial para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

¹⁷⁸ SAP de Asturias 105/1998, de 23 de febrero (AC 1998/248) «[...] ambos cónyuges [...] son los únicos legitimados para solicitar su separación [...] el Tribunal Supremo —Sentencia de 26 de mayo de 1982 (RJ 1982/2600)— recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, [...] hay que concluir que en base a todo lo expuesto [...] no cabe posibilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en grave incapacidad, como parece el caso».

¹⁷⁹ STS 149/1999, de 27 de febrero (Sala 1ª) (RJ 1999/1418): «[...] La controversia queda así centrada en una cuestión estrictamente jurídica cual es la de si el tutor, como representante del incapaz, está facultado para instar una acción de separación o divorcio en nombre de su pupilo, previa la autorización judicial a la que se refiere el art. 271.6 CC [...] Tanto la acción de separación como la de divorcio son calificadas por regla general como personalísimas, y así lo ha entendido la TS S 26 Mayo 1982 interpretando el alcance del art. 81 CC, que limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación. Sobre esta base una gran sector de la doctrina (-en la que existen, sin embargo, posturas discrepantes [...]) ha venido manteniendo que se trata de acciones de calidad eminentemente subjetiva, que están adheridas a la identidad de cada uno de los cónyuges y sólo a ellos compete su ejercicio, con exclusión de tercero alguno, aun cuando tenga la condición de representante de alguno de ellos[...] la generalidad de la doctrina excluye el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio

representante del cónyuge incapaz, pudiese instar el procedimiento de liquidación, por entender que tanto la acción de separación como la de divorcio son calificadas por regla general como personalísimas con fundamento legal en el artículo 81 del Código Civil, que limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación. Sobre esta base se venía manteniendo que se trata de acciones de carácter eminentemente subjetivo, adheridas a la identidad de cada uno de los cónyuges, por lo que sólo a ellos compete su ejercicio.

Sin embargo, esta doctrina cambió a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 que consideró que la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada implica una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y del derecho de igualdad (artículo 14 de la Constitución)¹⁸⁰.

en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello».

¹⁸⁰ STC 311/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000/311): «resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada. En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...] resulta claro que se ha producido [...] la violación del derecho de tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) [...] la conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora [...] desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz. En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz [...], aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del

De esta sentencia se desprende la idea de que no hay una base legal inequívoca para fundamentar la distinción entre actos personalísimos y actos no personalísimos, siendo más bien una construcción doctrinal para interpretar o matizar el alcance del artículo 271 del Código Civil. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, esa matización doctrinal del citado precepto no podía desembocar en una restricción del ámbito representativo del tutor hasta el punto de suponer una negativa de acceso a la justicia o una injustificable desigualdad entre los cónyuges a la hora de instar el procedimiento matrimonial.

Por ello, admitiéndose que el tutor, como representante del incapaz y previa autorización judicial podía instar el procedimiento matrimonial, no cabía ninguna duda de que también podría instar la liquidación, procedimiento en el que además intervenía el Ministerio Fiscal para velar por los intereses del cónyuge incapaz frente a posibles acciones caprichosas o arbitrarias del tutor, de conformidad con lo previsto en el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prescribe la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de familia en los que existan intereses de menores, incapacitados o ausentes.

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es incuestionable la legitimación de la persona con discapacidad para intervenir como parte en cualquier tipo de procedimiento, si bien podrán adoptarse medidas de apoyo para permitir un adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

Conforme a lo previsto en el art. 249 CC las medidas de apoyo de origen legal o judicial, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

artículo 49 de la Constitución Española en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 de la Constitución Española en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del artículo 14 de la Constitución Española».

Como regla general las medidas de apoyo serán de carácter asistencial y solo excepcionalmente tendrán carácter representativo, atribuyendo a la autoridad judicial la facultad de dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

En el supuesto de que la sentencia que establezca las medidas de apoyo así lo fije, podrá intervenir como representante de la persona con discapacidad el guardador de hecho, el defensor judicial o el curador.

Respecto al guardador de hecho, como su propio nombre indica, es una figura eminentemente fáctica e informal, sin título habilitante, que surge de forma espontánea, normalmente en el ámbito familiar, con el fin de cubrir las necesidades del miembro con discapacidad. Esta figura aparece claramente robustecida en la Ley 8/2021 por la evidente función social que cumple. El legislador le ha otorgado un carácter subsidiario (art. 263 CC9 y le asigna funciones de apoyo tanto asistencial como representativo, pues si bien el art. 264 CC únicamente se refiere a la función representativa, entiendo que de una interpretación sistemática se deriva que la regla general será la función asistencial y la excepción la función representativa. La gran novedad de la Ley 8/2021 es que el guardador de hecho necesitará autorización judicial para los mismos actos que el curador representativo (art. 287 CC) lo que le da un carácter formal a esta figura, ya que la intervención judicial implicaría que dejaría de ser una figura puramente fáctica para convertirse en una medida de apoyo institucionalizada.

El defensor judicial constituye un medio de provisión de apoyos de carácter auxiliar o instrumental, y los supuestos de intervención están regulados en el art. 295 CC: intervendrá cuando aún no se haya provisto a la persona con discapacidad de un medio de integración de la capacidad, cuando quien haya

de prestar el apoyo no pueda asumirlo temporalmente, cuando exista un conflicto de intereses con el curador, cuando este haya formulado excusa, cuando la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial o cuando sea necesario el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional.

Finalmente, respecto al curador del cónyuge con discapacidad, su nombramiento, funciones y estatuto jurídico aparecen regulados en los arts. 45 y siguientes de la LJV. A diferencia de la guarda de hecho, el art. 250 CC la configura como una medida de apoyo de carácter formal.

La decisión sobre la medida de apoyo más adecuada en cada caso corresponde al órgano judicial, por el cauce del proceso de jurisdicción voluntaria.

En definitiva, entiendo que el guardador de hecho, el defensor judicial y el curador podrían asumir la representación del cónyuge con discapacidad en el proceso judicial de liquidación del régimen económico matrimonial siempre que, en el primer caso, se haya comunicado al juez su condición de tal y este fije en la resolución judicial la necesidad de establecer una medida de apoyo concreta para la intervención de la persona con discapacidad en el ámbito procesal.

1.6.- LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El artículo 124 CE establece que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Con idéntica redacción, el artículo 1 del EOMF define la misión encomendada al Ministerio Fiscal, precisando el artículo 3, apartado 7 que corresponde a dicha institución asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera

de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

Como ya hemos anticipado, el artículo 749 LEC regula la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad y en los de nulidad matrimonial, entre otros, siendo preceptiva su intervención en calidad de parte en los procesos en los que alguno de los interesados sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal.

El citado precepto está integrado en el Título I del Libro IV LEC, rubricado «De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores». Siendo que el procedimiento de liquidación está en el Título II, sobre división judicial de patrimonios, podríamos concluir que la citada norma no es aplicable al procedimiento de liquidación, por lo que el fiscal carecería de legitimación para instar el procedimiento que nos ocupa.

Sin embargo considero que, aunque no existe una norma similar al citado artículo 749 LEC en sede de liquidación del régimen económico matrimonial, la intervención del Ministerio Fiscal viene impuesta, además de por las funciones que tiene atribuidas constitucional y estatutariamente, según hemos anticipado (art. 124 de la Constitución y arts. 1 y 3 EOMF), por la norma sustantiva, dadas las funciones de tutela y vigilancia que le otorgan los artículos 228 y 232 CC, por lo que su intervención será necesaria cuando esté en juego el interés o la defensa de los derechos de personas con discapacidad, menores y ausentes.

En consecuencia, la presencia del Ministerio Fiscal será necesaria en todos aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges tenga una discapacidad o esté en situación de ausencia legal. Ahora bien, es preciso determinar en calidad de qué interviene el Ministerio Fiscal en el proceso, pues no siempre lo hace como parte procesal¹⁸¹. Cabe distinguir distintos grados o niveles de intervención, pues si la función del Ministerio Fiscal es promover la acción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, es evidente que cuanto más importantes sean los derechos a proteger, mayor intensidad tendrá la actuación del Ministerio Fiscal. Por ello, el legislador distingue distintos niveles de intervención en función de los derechos que se pretende tutelar. Así, en primer lugar el Ministerio Fiscal puede intervenir como demandante en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art.3.6 EOMF), y la ley establece que el Ministerio Fiscal deberá promover el proceso

¹⁸¹ Señala HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., 2003, p. 120, que el rígido sistema de contradicción de partes que prevaleció en nuestro Derecho en el Siglo XIX dio lugar a dos clases de legitimación prácticamente exclusivas y excluyentes: podía estarse en el pleito en una situación activa o pasiva, casi sin situaciones intermedias. En este esquema la intervención del Fiscal difícilmente podía tener cabida. La situación actual es distinta ya que dentro de la legitimación activa está comprendida tanto la legitimación originaria como la adhesiva. La primera faculta para iniciar el proceso y la segunda para intervenir activamente en el mismo, en una posición distinta de la del demandado.

La legitimación del Ministerio Fiscal también puede distinguirse en propia y por sustitución. La propia deriva de su posición de parte procesal, en la segunda interviene sustituyendo a los titulares de los derechos. Ello se debe a la doble configuración que poseen en nuestro sistema los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional aprovechó ya su primera sentencia (STC 25/1981, de 26 de enero. Ponente Arozamena Sierra) para dejar claro que el recurso de amparo además de cumplir la función de proteger los derechos fundamentales como derechos subjetivos, posee también una misión objetiva de defensa de la Constitución, que trasciende de lo singular. Citando la STC 25/1981, de 14 de julio precisa que los derechos fundamentales son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica. Es en esa dimensión objetiva donde concurre el interés público y donde encuentra su justificación la intervención del Ministerio Fiscal con legitimación propia como parte, especialmente en el ámbito penal.

Respecto a la legitimación por sustitución tiene lugar cuando el Ministerio Fiscal defiende derechos ajenos porque el titular del derecho vulnerado no puede o no quiere ejercer su defensa, o bien resulta difícil identificar al titular (intereses difusos).

para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad, pero tal deber tiene carácter subsidiario, para el caso de que no insten el proceso la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano (art. 757.2 LEC), y para instar la acción de nulidad matrimonial (arts. 74 y 75 CC). En segundo lugar, conforme a lo previsto en el art. 749.1 de la ley procesal el Ministerio Fiscal interviene como parte en defensa del interés público en los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, aunque no como promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de las partes. Finalmente, en el art. 749.2 establece que en los demás procesos a que se refiere este título —entre los que están los procesos matrimoniales pero no están los procesos de división judicial de patrimonios— será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal. Se aprecia fácilmente que la protección del interés público tiene mayor intensidad en los dos primeros niveles, es decir, en los procedimientos a que se refiere el art. 3.6 EOMF y en los procedimientos que contempla el artículo 749.1 LEC, en los que el Ministerio Fiscal es parte procesal, mientras que en los procesos a los que se refiere el 749.2 LEC, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, pero no como parte¹⁸².

También creo que deberá intervenir cuando estén implicados intereses de menores, por ejemplo, en el caso de que los menores fuesen herederos del progenitor fallecido, si bien la legitimación corresponderá al menor tutelado.

¹⁸² El artículo 6.1.6º LEC establece que podrá ser parte en los procesos ante los tribunales civiles el Ministerio Fiscal respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

1.7.- LEGITIMACIÓN DE UN MIEMBRO DE UNA PAREJA DE HECHO

Reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional¹⁸³ como del Tribunal Supremo¹⁸⁴ y de las Audiencias Provinciales¹⁸⁵ niegan la aplicación analógica de las normas que rigen el matrimonio a la convivencia *more uxorio*. Dicha doctrina entiende que, si los convivientes han elegido libremente ese modo de convivencia, que excluye las normas que rigen el matrimonio, excluyen también los derechos y obligaciones que dichas normas conllevan, por lo que sería una incoherencia pretender la aplicación de las mismas solo en el momento de la disolución, para obtener los beneficios y derechos que conlleva, habiendo excluido las obligaciones. No obstante, en dicha jurisprudencia se aprecia una evolución en el sentido de reconocer

¹⁸³ Auto 156/1987, de 11 de febrero (RJ 1987/156); STC 29/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/29); STC 31/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/31); STC 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/35); STC 30/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/30); STC 29/1992, de 9 de marzo (RTC 1992/29); STC 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/66); Auto 174/2004, de 11 de mayo (RTC 2004/174); Auto TC 203/2005, de 10 de mayo (JUR 2005/150362); STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007/69); STC 51/2014, de 7 de abril (RTC 2014/51); STC 45/2014, de 7 de abril (RTC 2014/45); STC 1/2021, de 25 de enero (RTC 2021/1).

¹⁸⁴ STS 431/2010, de 7 de julio (Sala 1ª) (RJ 2010/3904). «Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La sentencia de 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148) declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La sentencia de 8 mayo 2008 (RJ 2008/3345) dice que "[...] no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998-RJ 1998/4931)). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales [...]. Todo ello lleva a la conclusión que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y exclusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del Art. 400 CC y no de las normas sobre régimen de gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que, como antes se ha dicho, excluye el régimen económico"». En parecido sentido, STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733) y 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6274).

¹⁸⁵ SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2009 (RJ 1992/9733): «[...] en las parejas de hecho no existe régimen económico alguno que disolver o liquidar, sin perjuicio de las compensaciones económicas que a través de un procedimiento ordinario puedan plantearse los miembros de la pareja como consecuencia de las particulares relaciones patrimoniales habidas entre ellos». En parecido sentido SAP de Sevilla de 31 de mayo de 2000 (AC 2000/2458) y SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2004 (AC 2004/2045).

derechos a las parejas de hecho, siempre que cumplan determinados requisitos, como es la inscripción con efectos constitutivos en el registro de parejas de hecho.

En la normativa europea también se establece una regulación diferenciada para las parejas matrimoniales y para las uniones registradas. Así, si bien los dos textos europeos que mencionaremos a continuación presentan un paralelismo tanto desde el punto de vista sustantivo como formal, el legislador europeo ha querido establecer una norma específica para cada tipo de unión. Respecto a las parejas casadas rige el Reglamento 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales y para las uniones de hecho registradas rige el Reglamento 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Los argumentos que dio la Comisión Europea para justificar este tratamiento diferenciado fueron que «En efecto, el matrimonio y la unión registrada son figuras jurídicas diferentes en la UE. El matrimonio es una institución jurídica tradicional en los veintisiete Estados miembros mientras que la unión registrada es una figura más reciente reconocida solamente en catorce de ellos, como ya se ha indicado anteriormente. Por ello, algunas de las soluciones jurídicas propuestas presentan inevitables diferencias para cada uno de esos dos estados. Además, como el matrimonio y la unión registrada pueden estar, según los Estados miembros, abiertos tanto a parejas de sexo opuesto como a parejas del mismo sexo, ambas propuestas tienen carácter neutro con respecto a la orientación sexual».

En consecuencia, los convivientes de hecho no podrán instar un procedimiento de liquidación, sin perjuicio de que puedan acudir al procedimiento declarativo que corresponda según la cuantía (ordinario o verbal), reclamar cantidades que el otro conviviente le adeude o incluso apoyarse en la teoría del enriquecimiento injusto cuando se haya contribuido a la creación del patrimonio del otro conviviente. Igualmente, como comuneros que son, les serán aplicables las normas de la comunidad ordinaria, por lo que podrán ejercitar la acción de división de cosa común (art. 400 CC).

Ahora bien, en mi opinión, nada impide que, en virtud del principio de libertad de pacto, los convivientes acuerden formalmente en documento notarial someterse a las normas civiles y procesales que regulan la liquidación para el caso de ruptura de la pareja y exista un patrimonio común partible.

2.- POSTULACIÓN Y DEFENSA

El proceso civil se rige por el principio dispositivo, en virtud del cual las partes deben instar la actuación del órgano judicial. Las partes han de realizar todos los actos procesales necesarios para conseguir la finalidad que pretenden, que es la obtención de tutela judicial efectiva.

Dada la complejidad de nuestro sistema jurídico procesal, para lograr la efectividad de la tutela judicial nuestro ordenamiento jurídico impone como regla que el justiciable, lego en derecho en muchos casos, sea asistido por profesionales que le representen y defiendan en aras a lograr la pretendida tutela judicial efectiva.

2.1.- POSTULACIÓN

La representación en juicio es ejercida por la figura del procurador, profesional técnico en derecho al que corresponde en exclusividad esta función, de acuerdo con lo establecido en el artículo 438 LOPJ.

La designación del procurador por parte de su poderdante se realiza mediante el acto del apoderamiento, comprensivo de la razón y causa de la labor del procurador, en palabras de Bonet Navarro.¹⁸⁶

La intervención del procurador es obligatoria en la gran mayoría de los procedimientos, exceptuándose únicamente aquellos en los que el legislador ha considerado que, por su menor complejidad, escasa cuantía o urgencia, es posible la intervención directa de la parte. Así, el artículo 23 LEC establece que la comparecencia en juicio ha de ser por medio de procurador, salvo en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 €, la petición inicial de los procedimientos monitorios, la comparecencia en juicios universales para presentar títulos de crédito o derechos o para concurrir a Juntas y los incidentes relativos a la impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

Vemos que entre las excepciones de postulación no figura el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que hemos de concluir que es preceptiva la representación mediante procurador para presentar la petición inicial de formación de inventario y la posterior petición de liquidación.

Sin embargo, ni el artículo 808 ni el artículo 810 se refieren a la intervención del procurador en el momento inicial, ya que establecen, respectivamente, que «cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario» y «cualquiera de los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos podrán solicitar la liquidación», sin exigir representación alguna.

El artículo 809 LEC es más explícito aún al remarcar a continuación que «a la vista de la solicitud de inventario, el Letrado de la Administración de Justicia

¹⁸⁶ BONET NAVARRO, Á., 1996, p. 233.

señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges» y «En el día y hora señalados, procederá el Letrado de la Administración de Justicia, con los cónyuges, a formar el inventario [...]».

En parecido sentido el artículo 810 LEC establece que «Admitida a trámite la solicitud de liquidación, el Letrado de la Administración de Justicia señalará, dentro del plazo máximo de diez días, el día y hora en que los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos deberán comparecer [...]».

Dada esa referencia constante a los «cónyuges» sin mencionar en ningún momento a sus representantes procesales, de la literalidad de los preceptos cabría deducir que el legislador ha querido que sea una comparecencia personal de los cónyuges en aras a intentar una aproximación que propicie del acuerdo. Así lo viene entendiendo buena parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales¹⁸⁷. En mi opinión, resulta lógica la exigencia de la comparecencia personal de los cónyuges al acto de formación de inventario

¹⁸⁷ AAP de Barcelona de 13 de febrero de 2002, Secc. 12ª, (JUR 2002/135585): «[...] el tenor legal es sumamente claro y preciso. La regulación de este procedimiento novedoso ha tenido en consideración una larga experiencia en la práctica forense durante la vigencia del sistema derogado, que ha fundamentado la opción del legislador por exigir la presencia personal de los propios interesados (como ya es tradicional en la jurisdicción penal), además de la de sus procuradores y letrados, con la finalidad de dotar de una utilidad práctica a estas actuaciones, mediante el fomento de las soluciones de consenso que se han de procurar por los Secretarios Judiciales (quienes han de presidir y dirigir los debates), cuyo sentido teleológico quedaría sin contenido si no se propician los intentos de dirimir las diferencias en unidad de acto y con la intervención directa de los propios interesados».

SAP de Asturias 86/2003, de 17 de febrero, Secc.6ª, (JUR 2003/135391): «Dada la finalidad que persigue esta comparecencia es imprescindible que a ella asistan personalmente ambos cónyuges, quienes en ese momento deberán indicar las partidas [...]».

AAP de Cáceres 5/2004, de 19 de enero, Secc. 1ª, (JUR 2004/52906): «La citación de los cónyuges es esencial, porque la formación de inventario se hace con la intervención personal del Secretario Judicial y de los cónyuges, por exigencia legal, de suerte que, si alguno de los cónyuges no comparece, la Ley equipara dicha incomparecencia al supuesto en el que ambos cónyuges lleguen a un acuerdo [...]».

AAP de Castellón 234/2005, de 14 de diciembre, Secc. 2ª, (JUR 2006/106686): «El art. 809.1 párrafo 3º de la LEC [...] exige la presencia personal de quien es “cónyuge”, ya que de otra manera el legislador se hubiera referido a “representación”, “parte”, “litigante”, etc. ...».

porque se trata de un momento trascendental, en el que quedarán fijadas las posiciones de las partes de forma definitiva. Es este el momento procesal en el que han de identificarse las partidas en las que exista desacuerdo, pueden surgir dudas o precisarse aclaraciones, etc. que exijan la presencia de los cónyuges por ser ellos los que conocen su situación patrimonial y los que pueden dar respuesta a las incidencias que puedan ponerse de manifiesto. Además, la comparecencia de los cónyuges será necesaria para alcanzar un acuerdo, pues entiendo que no cabe la posibilidad de otorgar poder especial al procurador porque no está prevista en el art. 25.2 LEC, cuestión que abordaremos más adelante (*vid infra*, Capítulo V, apartado 3.-3.4, B) de este trabajo).

No obstante, alguna resolución judicial entiende que el tenor literal del art. 809 LEC no exige la comparecencia personal de los cónyuges¹⁸⁸.

Conforme a lo previsto en el artículo 809 LEC, cuando sin mediar justa causa, alguno de los cónyuges no compareciera, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido.

Dadas las graves consecuencias que se derivan de la inasistencia a la comparecencia, en la práctica, a pesar de que la ley procesal no lo exige expresamente, es aconsejable que la citación a los cónyuges se realice bajo el apercibimiento expreso de que la incomparecencia injustificada dará lugar a

¹⁸⁸ AAP Cáceres 9/2003, de 21 de febrero, Secc. 1ª, (JUR 2003/122716): «[...] el tenor literal del precepto no exige, de forma expresa y terminante, que la comparecencia del cónyuge hubiera de ser personal, sin que se advierta razón alguna [...] que demandara la presencia personal de ambos cónyuge o que la comparecencia no pudiera verificarse mediante la oportuna representación procesal suficiente otorgada al efecto, y, en todo caso, si se suscitaban dudas sobre la interpretación del precepto, esta Sala considera que no deberían resolverse en el sentido que lo ha hecho el Juzgado a quo porque afecta sobremanera al Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, en la medida en que no se aprecia un mínimo atisbo de que la parte apelante hubiera tenido intención de abandonar su derecho, sino más bien lo contrario [...]».

que se le tenga por conforme con la propuesta de inventario del cónyuge comparecido.

En la práctica, algunos tribunales¹⁸⁹ entienden que no cabe aplicar la *ficta conformidad* por no constar que la parte ausente fuese debidamente instruida de las negativas consecuencias de su incomparecencia personal. Otros sin embargo, vienen interpretando de forma literal el precepto comentado, de modo que dictan providencia acordando el archivo del expediente sin más trámites, con aprobación del inventario propuesto por el cónyuge que sí compareció¹⁹⁰. En mi opinión, una interpretación tan rigorista no resulta acorde con la doctrina del TC¹⁹¹ que impone una exégesis con moldes espiritualistas y antiformalistas, haciendo prevalecer el principio *pro actione* sobre el rigor formal de la norma, especialmente si el órgano judicial no incluyó en la citación el apercibimiento de comparecer ni las graves consecuencias de su incumplimiento. Conforme a la citada doctrina constitucional, los actos de comunicación del órgano judicial no deben

¹⁸⁹ AAP Barcelona de 13 de febrero de 2002 (JUR 2002/135585):«[...] atendidos los fatales efectos de la falta de comparecencia personal de las propias partes a la diligencia de inventario, debieron ser advertidas éstas de las consecuencias de su ausencia, como es doctrina jurisprudencial consolidada [...] al exigir el apercibimiento de tener por confesa a la parte que no compareciese a la segunda citación para tal fin, para poder deducir de la incomparecencia la conformidad con las preguntas formuladas. Exigencias de carácter constitucional abundan, finalmente, esta tesis».

¹⁹⁰ AAP Cáceres 5/2004, de 19 de enero (JUR 2004/52906): «Se trata de uno de los actos procesales en los que la Ley exige la intervención directa de las partes, que no puede ser suplida, ni con poder general ni especial a favor de Procurador,[...] lo acordado por el Juzgador no puede sorprender al apelante, porque además de estar contemplados en la Ley los efectos jurídicos de la incomparecencia de alguno de los cónyuges, en el Auto de admisión a trámite de la solicitud, se acordó la citación de los cónyuges, “apercibiéndoles que caso de incomparecencia de alguno de ellos, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido [...]».

¹⁹¹ Reiterada doctrina constitucional impone a los órganos judiciales apreciar los vicios procesales bajo el principio de proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y rigiéndose por criterios interpretativos favorables a la tutela judicial efectiva, ya que los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que han de analizarse teniendo en cuenta su finalidad (STC 216/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989/216); STC 242/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991/242).

limitarse al mero cumplimiento de las formalidades legales, sino que debe adoptar una postura activa tendente a asegurar que el acto de comunicación sea realmente efectivo y, en última instancia, ante la tesitura de exigir la estricta literalidad o proseguir el proceso, deberá optar por este. En palabras del TC «[...] aun habiéndose aplicado las normas procesales, [...] hubiera sido exigible, a fin de garantizar el derecho del art. 24.1, una mayor diligencia para hacer llegar realmente a los demandados al menos los actos de comunicación [...]», para añadir más adelante que «del cumplimiento de las formas procesales no puede sin más excluirse una vulneración constitucional, pues el derecho de acceso a la justicia garantizado en el art. 24.1 CE. impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio».

De acuerdo con la citada doctrina constitucional, entiendo que, ante la incomparecencia de uno de los cónyuges, debería procederse a la suspensión de la comparecencia y a señalar nueva convocatoria. Tal proceder encontraría soporte legal en los arts. 24 de la CE, 11.3 y 243 LOPJ porque la conducta omisiva del cónyuge que no comparece puede subsanarse mediante un acto procesal posterior sin que ello afecte al equilibrio procesal de las partes. No hacerlo así supondrá que la actuación judicial pueda ser procesalmente correcta, pero constitucionalmente inadmisibles por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En otro orden de cosas, si consideramos la liquidación como un «juicio universal» porque afecta a la masa común de bienes y derechos en su conjunto, no sería preceptiva la intervención de procurador cuando el cónyuge que no insta la liquidación se limite a presentar títulos de crédito o derechos que tengan interés para llevar a cabo aquella, según establece el artículo 23.2º LEC.

Otra cuestión que puede suscitar dudas en la práctica es cómo debe practicarse la primera citación al demandado, planteándose la posibilidad de citarle por medio del procurador que le representó en el anterior proceso matrimonial —siempre y cuando aún esté abierto—, a través de los medios previstos en el art. 154 LEC. En mi opinión, este sería el mecanismo más ágil y práctico, pero técnicamente incorrecto ya que el órgano judicial no puede presuponer que el demandado vaya a designar en el procedimiento de liquidación el mismo procurador que le representa en el procedimiento matrimonial. Por ello la forma de practicar la citación deberá de ser personal, conforme a lo previsto en el art. 155 LEC. En este sentido, el Auto de la AP de Barcelona de 13 de febrero de 2002 (JUR 2002/135585) entiende que «Se ha de tener presente que el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, aun cuando está vinculado y condicionado por la existencia de un proceso principal de separación, nulidad o divorcio, tiene naturaleza propia e independiente. En consecuencia, es necesaria la práctica de la diligencia de emplazamiento en cualquiera de las formas que establece el art. 152 LEC. El referido precepto establece los requisitos que ha de reunir tal acto de comunicación, entre los que en el número 2, “in fine”, se concreta que se deberá incluir la prevención de los efectos que, en su caso, la ley establezca».

Finalmente cabe plantearse si es posible el otorgamiento de poder especial en el procedimiento que estudiamos, de modo que el procurador estuviese apoderado, por ejemplo, para transigir en cuanto a la inclusión o exclusión de bienes del inventario. Si bien el artículo 25.2 LEC permite esta posibilidad, el apartado tercero de dicho precepto es radical al establecer que no podrán realizarse mediante procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse personalmente por los litigantes, caso en el que nos encontramos a tenor de la literalidad de los artículos 808 y siguientes LEC que exigen la

presencia personal de los cónyuges. En consecuencia, entiendo que será totalmente ineficaz el otorgamiento de poder especial a procurador para representar a la parte tanto en la comparecencia que tiene lugar en la fase de inventario como la que se celebra en la fase de liquidación.

En mi opinión, las partes deben comparecer personalmente al acto de formación de inventario para intentar lograr un acuerdo, pues además de por las razones ya aludidas, porque considero que es importante respetar el principio de intervención mínima en el ámbito del Derecho de familia, facilitando que la declaración de voluntad emane directamente de la persona a quien el acto va a afectar.

Pero, además, creo que las partes deberán estar asistidas de procurador, puesto que no estamos ante ninguno de los procedimientos excluidos de su intervención en el artículo 23 LEC, amén de otras razones de justicia material que analizaremos a continuación.

Sin embargo, existen pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que entienden que basta la comparecencia personal de los cónyuges¹⁹².

2.2.- DEFENSA

Respecto a la intervención de abogado, conforme al artículo 31 LEC, los litigantes serán dirigidos por abogados, exceptuando solamente los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 €, la petición inicial de los procedimientos monitorios, los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio o la petición de suspensión urgente de vistas o actuaciones.

¹⁹² AAP de Santa Cruz de Tenerife 54/2010, de 8 de marzo (JUR 2010/419380), AAP de Santa Cruz de Tenerife 18/2011, de 4 de febrero (JUR 2011/218788).

En la materia que nos ocupa, la ley procesal civil, al igual que en lo relativo a la representación, guarda silencio en cuanto a la intervención o no de abogado para asumir la defensa de las partes, pero también aquí hemos de mantener su necesaria intervención al no estar expresamente excluida en el citado artículo 31 de la citada ley.

Además de razones formales, hay también razones de justicia material para entender que es preceptiva la intervención de abogado, pues hemos de considerar que la comparecencia para la formación de inventario es un momento trascendental, ya que en él pueden quedar fijados definitivamente el activo y pasivo de la sociedad conyugal.

Es además una fase que puede entrañar gran complejidad jurídica porque en ella se procede a la calificación de los bienes y las deudas como privativos o gananciales, por lo que es crucial que los cónyuges estén asistidos de letrado por razones de justicia material y para evitar situaciones de indefensión o desequilibrio entre las partes.

Finalmente, hemos de apuntar algunas consideraciones comunes a la representación y defensa de las partes.

El artículo 750 LEC regula la representación y defensa de las partes en los procedimientos matrimoniales, estableciendo que estas actuarán con asistencia de abogado y procurador, salvo en los casos en los que, conforme a la ley, deban de ser defendidos por el Ministerio Fiscal.

Lo más habitual en la práctica será que tanto el abogado como el procurador que intervinieron en el procedimiento matrimonial, sean los que asuman la representación y defensa en el procedimiento de liquidación, pero ello no debe de ser así necesariamente, ya que las partes tienen libertad de elección de dichos profesionales, salvo que estos actúen de oficio y su patrocinado

litigue con justicia gratuita, conforme a lo establecido en el art. 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Para concluir, tanto el procedimiento de inventario como la de liquidación pueden concluir con una sentencia dictada en un procedimiento verbal. Así, en caso de desacuerdo la fase de inventario se tramitará por el procedimiento del juicio verbal en todo caso (artículo 809.2 LEC), y la fase de liquidación también podrá concluir con la tramitación por dicho procedimiento por razón de la cuantía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 797.5 de la Ley Procesal Civil, que remite al juicio ordinario que corresponda, que podrá ser el verbal.

Cabría plantearse si dejaría de ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en dichos juicios verbales si la cuantía es inferior a 2000 €, por aplicación estricta de los artículos 23 y 31 LEC¹⁹³. Considero que en la fase de inventario la tramitación por el procedimiento verbal viene impuesta por la ley independientemente de cuál sea la cuantía, y además estamos en un momento procesal complejo, por lo que la intervención de abogado y procurador seguirá siendo preceptiva. Sin embargo, en la fase de liquidación, la ley no impone el procedimiento verbal, sino que remite al «juicio ordinario que corresponda». Aunque no dice expresamente «según la cuantía», así ha de entenderse, pues por razón de la materia habría que acudir a los artículos 249 y 250 LEC, en los que obviamente no está la materia que nos ocupa por tener reservado el procedimiento especial que estamos estudiando. Además, el momento procesal ya no es tan complejo como en la fase previa de inventario, puesto que en la fase de liquidación ya ha recaído sentencia y

¹⁹³ Tal como señala HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2000, p. 81) bajo la vigencia de la vieja LEC era defendible que en los casos en los que la regulación de un procedimiento especial remitía a los trámites del juicio verbal, no eran de aplicación las normas relativas al carácter facultativo de la intervención de abogado y procurador ya que realmente se trataba de juicios especiales con tramitación por los cauces del juicio verbal. Con la actual LEC el legislador ha dejado claro que nos encontramos ante un juicio especial, si bien procesalmente sigue los trámites del juicio verbal.

están fijadas las posiciones de las partes. Ello podría llevar a considerar que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador si la cuantía del procedimiento es inferior a 2000 €. En mi opinión, por un principio de coherencia hemos de concluir que la intervención del procurador debe ser también preceptiva, pues si lo es en el procedimiento de inventario también debe de serlo en el procedimiento de liquidación. Además, no podemos olvidar que estamos en el procedimiento del artículo 806 LEC y el juicio verbal está vinculado al procedimiento de liquidación, en el que es preceptiva la representación y defensa.

CAPÍTULO V

LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. INVENTARIO Y LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO V

LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. INVENTARIO Y LIQUIDACIÓN

1.- INTRODUCCIÓN

El artículo 95 CC¹⁹⁴, ubicado bajo el epígrafe «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», establece que la sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Como ya hemos visto, al regular la sociedad de

¹⁹⁴ Este precepto debe su actual redacción a la LJV, que incorpora una novedosa atribución de competencias decisorias a los letrados de la Administración de Justicia y a los notarios, ya que son competentes para dictar decreto u otorgar escritura, respectivamente, que contenga el convenio regulador acordado por los cónyuges. Más adelante haremos referencia a la polémica doctrinal en torno a si el letrado de la Administración de Justicia ejerce o no funciones jurisdiccionales. Este precepto también incorpora algunas de las novedades contempladas en el ALCP en caso de nulidad, separación y divorcio, que da la siguiente redacción al precepto:

«La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

gananciales, el CC establece las causas específicas de su disolución en los artículos 1392, 1393 y 1373 CC.

Pero el legislador civil no se limita a regular los casos en los que se produce la disolución, sino que además señala en el artículo 1396 CC que «disuelta la sociedad (de gananciales) se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad».

Por otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 807 LEC, el juez competente para conocer del procedimiento de liquidación será el que haya conocido o esté conociendo del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

La lectura conjunta de los citados preceptos sustantivos y procesales nos permite extraer dos ideas:

En primer lugar, advertimos que el legislador exige seguir un orden lógico, de modo que no será posible practicar la liquidación sin que previamente esté disuelto el régimen económico. La disolución es así un presupuesto necesario de la liquidación, salvo en el supuesto que vamos a ver a continuación.

El CC parece admitir la posibilidad de que la liquidación preceda a la disolución cuando en el artículo 90, al regular el contenido mínimo del convenio regulador, incluye la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial. Por ello, respecto a la disolución producida por sentencia o decreto firmes, si ya en el convenio regulador, que se elabora antes de presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio, se practica la liquidación, estaríamos liquidando sin estar aún disuelto el régimen económico, disolución que se producirá en un momento posterior, cuando se decrete la nulidad, separación o divorcio. Efectivamente en el convenio regulador los cónyuges, de mutuo acuerdo, elaboran el inventario

de bienes y deudas, practican la liquidación y dividen el haber neto que resulte, todo ello sin estar disuelto el matrimonio. Esta aparente contradicción entre los artículos 90 y 95 CC no es tal si advertimos que realmente los cónyuges hacen un proyecto de liquidación futura del régimen económico matrimonial, y será el juez en la sentencia, o el letrado de la Administración de Justicia en el decreto que dicte quien, tras declarar la nulidad, separación o divorcio, apruebe el convenio que contiene la liquidación practicada por los cónyuges. En tales supuestos podemos afirmar que disolución y liquidación se producen de un modo simultáneo en el momento en que adquiera firmeza la resolución, sentencia o decreto, dictada en el proceso matrimonial. De este modo la liquidación no tiene lugar en un procedimiento específico e independiente del de disolución, sino en el mismo procedimiento matrimonial en el que se produce esta. No obstante esta cuestión ha generado algún pronunciamiento judicial contrario a la práctica de la liquidación dentro del proceso matrimonial, revocado luego por la sentencia dictada en la segunda instancia¹⁹⁵.

En segundo lugar, podemos afirmar que la liquidación ha de llevarse a cabo necesariamente tras la disolución, dado el tono imperativo del art. 1396 «[...] se procederá a la liquidación [...]». Así, la liquidación se configura como una consecuencia necesaria de la disolución, sin que quepa plantearse que los

¹⁹⁵ SAP Las Palmas 370/2002, de 21 de junio, Secc. 4ª, Pte Martín y Martín, J. A. (JUR 2002/241640) «[...]se cuestiona únicamente ante esta segunda instancia revisora el pronunciamiento relativo a no haber sido aprobada la parte del convenio regulador referente a la liquidación de la sociedad de gananciales [...] en el apartado D) del artículo 90 del nombrado Código Civil se previene expresamente que entre el contenido mínimo del convenio regulador [...] se ha de referir a la liquidación del régimen económico matrimonial [...] con ello la ley posibilita dicha liquidación al margen de la vía jurisdiccional, de forma que como ahora se previene en el artículo 806 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 el procedimiento para esas liquidaciones que con ella se regula específicamente lo es precisamente "en defecto de acuerdo entre los cónyuges", y de ahí que en modo alguno quepa compartir el criterio del juzgado a quo relativo a la inadecuación del procedimiento matrimonial para dicha liquidación».

excónyuges no lleven a cabo aquella, manteniendo el patrimonio común sin repartir¹⁹⁶.

Entiendo que la liquidación ha de seguir necesariamente a la disolución del régimen, bien de forma extrajudicial cuando exista acuerdo entre los cónyuges, bien en vía judicial mediante el procedimiento que estudiamos, de modo que podríamos afirmar que la ruptura matrimonial lleva a la ruptura económica.

La liquidación debe realizarse por conveniencia práctica para los cónyuges y por motivos de seguridad jurídica. Interesa a ambos cónyuges individualizar su cuota de participación en el haber común y conocer cuál es su patrimonio, mediante la atribución a cada uno de ellos de la mitad del haber líquido que pueda corresponderle, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1344 CC. Respecto a los motivos de seguridad jurídica, a los terceros que contratan con la sociedad conyugal o con alguno de los cónyuges les interesa conocer cuál es el patrimonio, y por lo tanto la solvencia, de la citada sociedad o del cónyuge contratante.

Por ello entiendo, siguiendo a De los Mozos¹⁹⁷, que todo cambio o modificación del régimen económico matrimonial entraña, como consecuencia del principio de mutabilidad que inspira actualmente a todo el sistema, la liquidación del anterior.

Dejando aparte los casos en los que la liquidación se lleve a cabo extrajudicialmente —pues no podemos olvidar que también es posible llevarla a cabo mediante escritura pública y que el artículo 806 concibe el procedimiento

¹⁹⁶ No obstante, DE LOS MOZOS, J. L. (1999, p. 583) señala que en algunos casos será posible la disolución sin liquidación. Así, cuando tiene lugar la extinción del régimen económico por pacto (artículo 1325 en relación con el 1392.4 CC); o en caso de reconciliación de los cónyuges separados (artículo 84 CC) con otorgamiento de nuevas capitulaciones; o el supuesto que contempla el artículo 1374 CC, en el que tras la disolución de la sociedad de gananciales a que se refiere el artículo 1373 CC se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que el cónyuge del deudor opte por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 564 y 583.

judicial de liquidación como subsidiario respecto a la liquidación consensuada por los cónyuges—desde el punto de vista procesal el *iter* procedimental que han de recorrer los cónyuges empieza con la demanda de nulidad, separación o divorcio, dando lugar a un procedimiento que producirá, por imperativo legal, la disolución del régimen económico y concluirá cuando, tras llevar a cabo las operaciones liquidatorias y de partición, se entregue a cada cónyuge su haber, objetivo final del procedimiento de liquidación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1344 CC, que al regular la sociedad de gananciales establece que mediante este régimen económico se hacen comunes las ganancias o beneficios, que les serán atribuidos por mitad «al disolverse aquélla». Es evidente que esta expresión del legislador, aunque es inexacta, —la atribución por mitad no se hace en el momento de la disolución, sino en el momento de la liquidación— refleja la necesidad práctica de la liquidación, pues el legislador al identificar disolución y liquidación está dando por supuesto que, tras la disolución, se practicará la liquidación.

Por ello el procedimiento de liquidación forma parte de otro más amplio, que podemos llamar procedimiento matrimonial, dentro del cual cabe distinguir la disolución y la liquidación del régimen económico, y a su vez dentro de esta última ha de practicarse en primer lugar el inventario de bienes y después la liquidación propiamente dicha que incluye el avalúo y la partición.

El procedimiento es único, estableciendo el legislador el orden en el que se han de suceder los actos procesales, pero los procesos son varios porque tienen sustantividad propia, como vamos a ver a continuación¹⁹⁸.

¹⁹⁸ No obstante, todo lo expuesto en este apartado, conforme a la actual redacción del art. 95 CC, en caso de acuerdo entre los cónyuges respecto a la liquidación del régimen económico, formalizado en convenio regulador, la liquidación se aprobará en la misma sentencia o decreto que se dicte en el proceso matrimonial. Vemos que este artículo incorpora a nuestro CC una de las novedades contempladas en el ALCP en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, conforme al cual la liquidación se aprueba en la misma sentencia que declara la nulidad,

Centrándonos en el análisis de los artículos 806 y siguientes LEC, podemos afirmar que realmente dichos preceptos integran varios procesos: formación de inventario, liquidación y liquidación específica del régimen de participación.

Cuando en el Capítulo II analizábamos la naturaleza jurídica del procedimiento de liquidación concluimos que tiene naturaleza jurisdiccional. Ahora se trata de determinar si los procesos que lo integran son o no declarativos, cuáles son las especialidades que han llevado al legislador a regularlos como procesos especiales y finalmente si podemos decir que son procesos autónomos entre sí.

Para concluir, mención especial merece el inciso del artículo 807 LEC conforme al cual será competente para conocer de la liquidación el juzgado ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre «disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil», y en el mismo sentido el artículo 808 LEC establece que «iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial [...]». Ambos preceptos se están refiriendo a los supuestos en los que la disolución del régimen económico no viene precedida de un procedimiento matrimonial. Tal es el caso de liquidación del régimen económico que contempla el artículo 1393 CC, así como el supuesto del artículo 1373 CC y 541.3 LEC, caso en el que la liquidación de la sociedad de gananciales se lleva a cabo como un incidente declarativo dentro de un proceso de ejecución.

separación o divorcio, tramitándose a la vez que el procedimiento matrimonial en pieza separada. Una novedad importante del Anteproyecto es que se adelantan los efectos que produce la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial —en lo que respecta a la liquidación del régimen económico matrimonial—, al momento de la admisión de la demanda, pues el art. 809 LEC reformado establecería que el secretario judicial —hoy día denominado letrado de la Administración de Justicia— en la misma resolución en la que admita la demanda, dejará constancia de la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial. Entiendo que este anticipo de efectos de la sentencia contribuiría a reducir la conflictividad por motivos económicos.

2.- LAS CAUSAS DE LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Puesto que la disolución es un requisito previo a la liquidación del régimen económico matrimonial, con carácter previo conviene atender a aquella.

El artículo 1392 CC contempla las causas de disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales, es decir, las que operan automáticamente cuando se da el presupuesto legal. Así, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, o sea declarado nulo, o se acuerde la separación legal de los cónyuges y, finalmente, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en el CC.

La primera causa de disolución de la sociedad de gananciales es la disolución del matrimonio, lo que implica que es necesaria la existencia del vínculo matrimonial para que exista sociedad de gananciales y que la extinción de aquel conlleva automáticamente, por imperativo legal del artículo 1392 CC, la extinción de esa modalidad de organización económica del matrimonio. En definitiva, el régimen económico no existe sin matrimonio, del mismo modo que no es posible un matrimonio sin el correspondiente régimen económico. Es tal la vinculación existente entre matrimonio y régimen económico que cuando desaparece el primero, también deja de existir el segundo¹⁹⁹. El cese de la

¹⁹⁹ No obstante, existen dos supuestos en los que es posible la existencia de régimen económico matrimonial sin matrimonio. Así, en caso de nulidad del matrimonio, en puridad tal declaración de nulidad implica que el matrimonio no existió —produce efectos *ex tunc*— y en consecuencia tampoco existiría el régimen económico matrimonial; sin embargo, por motivos de seguridad jurídica y en aras a proteger los derechos de los hijos y de terceros, se reconoce la existencia de régimen económico matrimonial, respetando las relaciones jurídicas surgidas durante el tiempo que aparentó existir el matrimonio.

Otro supuesto es aquel en el que, en virtud del pacto en capitulaciones matrimoniales, los cónyuges acuerdan que tras la muerte de cualquiera de ellos regirá la comunidad continuada entre el sobreviviente y los descendientes del premuerto, si bien existe un sector doctrinal que niega la posibilidad de prolongar el régimen económico matrimonial más allá del matrimonio (LACRUZ, J. L. 1984, p. 519; RAMS ALBESA, J. 1992, pp. 408-409). Los autores que son favorables a la comunidad continuada (DE LOS MOZOS, J. L., 1999, pp. 553 a 556) apoyan su postura no solo en lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil, que otorga amplias facultades de libertad

relación personal lleva consigo el cese de la relación económica. La segunda causa de disolución implica que la declaración de nulidad del matrimonio opera como causa de disolución de la sociedad de gananciales, si bien en puridad no deja de ser una incoherencia ya que no puede disolverse lo que nunca ha llegado a existir: si la declaración de nulidad implica que nunca existió el matrimonio, tampoco existió el régimen económico a él supeditado, según hemos expuesto. Creo que son razones de tipo pragmático las que han llevado a incluir esta causa de disolución en el texto legal, pues aun cuando el matrimonio sea declarado nulo, no cabe duda de que el hecho de la convivencia produce unos efectos personales y económicos con trascendencia jurídica. Por ello, la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos, siendo de aplicación la doctrina del *favor matrimonii* que recoge el artículo 79 CC, conforme al cual la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe.

Sin embargo, si la declaración es de anulabilidad la conclusión sería otra, porque implicaría el reconocimiento de validez hasta dicha declaración, y por lo tanto la existencia del régimen económico, pero en tal caso el legislador podría haber optado por incluir este supuesto en el apartado anterior, donde tendría perfecta cabida, ya que la disolución de la sociedad de gananciales se produciría cuando se declarase la nulidad del matrimonio (que conllevaría la disolución del matrimonio existente hasta ese momento). Sin embargo, el legislador civil ha optado por regular esta causa de extinción de la sociedad de gananciales en un

de pacto a los cónyuges, sino también en razones de utilidad práctica, pues la realidad social nos muestra la plena vigencia de este tipo de comunidad, advirtiendo además que su conveniencia viene avalada porque en otros ámbitos normativos se tratan de conseguir similares efectos prácticos, como es el caso de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias. Se trata en cualquier caso de impedir que el fallecimiento de uno de los cónyuges y la partición del patrimonio suponga el fin de una empresa familiar, por lo que la comunidad continuada trata de este modo de conservar el negocio o la empresa familiar, teniendo una regulación específica en el Derecho aragonés y navarro.

número aparte, en el que hemos de entender que están incluidas las causas de nulidad y las de anulabilidad.

La tercera causa de disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar por acordarse la separación matrimonial, en virtud de sentencia, decreto o escritura pública. Ahora bien, la separación de los cónyuges no extingue el matrimonio, por lo que, si el matrimonio persiste, necesariamente habrá de tener otro régimen económico matrimonial, pues como ya hemos apuntado, no puede existir matrimonio sin su correspondiente régimen económico. Considero que conforme al artículo 1435.3 CC, tras la disolución del régimen de gananciales, si los cónyuges no acuerdan otro, regirá el régimen de separación de bienes. No obstante, no existe una postura jurisprudencial ni doctrinal consolidada sobre esta cuestión.²⁰⁰

Finalmente, la cuarta causa es una expresión más de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, al otorgarles la facultad de extinguir el régimen económico ganancial de forma tácita cuando convienen un régimen económico distinto en capitulaciones matrimoniales, entendiéndose que los efectos de la disolución se producen en la fecha del otorgamiento de la escritura²⁰¹, pues el artículo 1392 CC se refiere a la conclusión «de pleno derecho». No obstante, en la doctrina²⁰² hay voces que entienden que debe de haber un periodo transitorio para garantizar los derechos de terceros.

²⁰⁰ En este sentido CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. «Artículo 1392. Extinción de las sociedades de gananciales». En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (Dir.), *Código Civil comentado*. Vol. 3: Libro IV, p. 1106. Ed. Civitas, 2011.

²⁰¹ No obstante, esta causa fue vista con recelo en la doctrina y en la práctica, negándole algunos autores el efecto de disolver la sociedad de gananciales, e incluso llegando algunos registradores a negar la inscripción de las adjudicaciones entre los cónyuges, si bien en la actualidad está superada esta postura dada la claridad de los artículos 1325 y 1392 CC.

²⁰² CASTÁN TOBEÑAS, J., 1983, pp. 458-459. Este autor entiende que «la capacidad para extinguir el régimen de gananciales es la misma que para capitular [...]. Según el art. 1392, la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho lo que no impide que se produzca un periodo intermedio o transitorio "para dejar clarificadas las cuentas y garantizar debidamente los derechos de terceros"».

Cuando los cónyuges pacten la disolución de una sociedad de gananciales y constituyan una nueva, entiendo que deberán proceder a la liquidación de la primera, pues en caso contrario llegarían a convivir simultáneamente dos masas patrimoniales pertenecientes a dos sociedades de gananciales distintas (la disuelta y no liquidada por un lado y la constituida después por otro).

El artículo 1393 CC establece las causas de disolución que operan por decisión judicial —salvo el supuesto anómalo del último inciso—, y a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en alguna de las causas de disolución que refiere dicho precepto: si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia; venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; llevar separados de hecho más de un año de mutuo acuerdo o por abandono de hogar y finalmente incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. Con respecto a la separación de hecho es preciso advertir que el cese de la convivencia no afecta a la sociedad de gananciales, que sigue existiendo, a diferencia de la separación decretada judicialmente (en la que se produce la disolución de la sociedad de gananciales conforme al art 1392.3º CC).

La petición del cónyuge habrá de encauzarse por los trámites del juicio ordinario, de acuerdo con la norma de cierre contenida en el artículo 249.2 LEC, si bien en la práctica este cauce procesal es inoperante debido a que la mayoría de los supuestos que regula el artículo 1393 CC generarán una crisis matrimonial que determinará la interposición de una demanda de separación o divorcio, solución

más eficaz y menos gravosa que acudir al procedimiento ordinario (o bien serán consecuencia de la crisis matrimonial)²⁰³.

Hemos de advertir que el primer supuesto exige que previamente exista una resolución judicial, por lo que entendemos que bastará la presentación de la resolución judicial²⁰⁴ que hubiere dispuesto judicialmente medidas de apoyo, o hubiere declarado ausente o en concurso al otro cónyuge, o le hubiere condenado por abandono de familia para que el juez de instancia acuerde la disolución de la sociedad de gananciales²⁰⁵.

En el resto de supuestos el legislador no exige una resolución judicial previa que los declare, por lo que si esta no existe²⁰⁶, será necesario realizar una actividad

²⁰³ Todas las causas enunciadas en el artículo analizado «tienen en común el haber producido una quiebra importante de la situación fáctica basada en la confianza recíproca que caracteriza el normal desenvolvimiento de las relaciones matrimoniales, o como dice Diez Picazo, hay una modificación sustancial de las bases de la sociedad». ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.; 1994, p. 1625.

²⁰⁴ Los supuestos contemplados son muy heterogéneos desde el punto de vista procesal, pues la resolución judicial habrá recaído en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre adopción de medidas de apoyo al cónyuge con discapacidad; en un procedimiento concursal —en el que a buen seguro interesará evitar la confusión de los bienes y aclarar cuales están sujetos a la acción colectiva de los acreedores, a fin de proteger los intereses de éstos y los del cónyuge del concursado— que se tramitará conforme a la legislación concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal); o finalmente en un procedimiento penal en el que haya recaído sentencia condenando al cónyuge por delito de abandono de familia.

²⁰⁵ Resulta anacrónico que el precepto mantenga su referencia a la quiebra, puesto que ya desde que se dictó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se unificaron los dos procedimientos de insolvencia (concurso y quiebra) en uno solo, el concursal.

²⁰⁶ Habrá supuestos en los que sí exista resolución judicial previa. Por ejemplo, sentencia dictada en un procedimiento de reclamación de cantidad o de ejecución por un acreedor contra la sociedad de gananciales y uno de los cónyuges acredite el fraude o engaño del otro —supuesto del art. 1393.2 CC— o el incumplimiento del deber de informar sobre la marcha y rendimientos de las actividades económicas —supuesto del art. 1393.4º CC—. En los casos del art. 1393.2º y 4º CC entiendo que el cónyuge que ha sufrido el fraude, el engaño o la falta de información podrá hacer valer sus derechos dentro del mismo procedimiento instado por el acreedor, por la vía del artículo 1373 CC, en el cual se producirá la disolución de la sociedad de gananciales, por lo que haría inoperativo el artículo 1393 CC. Finalmente el supuesto del apartado 2º implica mala fe ya que se refiere a actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, supuesto de hecho similar al contemplado en el art. 1390 CC, lo que nos lleva a concluir que el cónyuge tendrá dos opciones: resarcirse del perjuicio simplemente o, además, disolver la sociedad de gananciales.

probatoria encaminada a demostrar el fraude, daño o peligro, la separación de hecho o abandono de hogar o el incumplimiento del deber de informar.

Por último, el artículo 1393 CC contiene un inciso final, que implícitamente nos remite al artículo 1373 CC. Dicho precepto establece que, en cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código. Dicha disposición especial está contenida en el artículo 1373 CC, conforme al cual cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y este podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella.

Esta causa de disolución es considerada por la doctrina²⁰⁷ como anómala, ya que depende de la voluntad del cónyuge no deudor y tiene un claro carácter instrumental, pues la finalidad perseguida por la disolución y posterior liquidación y reparto es la satisfacción del crédito del acreedor. Este carácter subordinado también se aprecia en el hecho de que, ante el conflicto de intereses existente entre acreedor y cónyuge no deudor, el legislador ha dado preferencia al primero, aplicando el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el artículo 1911 CC, en detrimento de los principios sustentadores de la sociedad de gananciales.

Advertimos una diferencia sustancial entre los supuestos de los apartados 1º, 2º y 3º del 1392 CC y los que contiene el artículo 1393 CC. Así, mientras en los contemplados en el artículo 1392 CC la disolución y liquidación de la sociedad

²⁰⁷ GARCÍA CANTERO la llama atípica porque nada tiene que ver ni con la subsistencia del vínculo, ni con la armonía conyugal, ni con la cesación de la convivencia. GARCÍA CANTERO, *Derecho Civil*, 1983, p. 463.

de gananciales aparece vinculada al procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio, en los supuestos del artículo 1393 CC la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales no se produce como consecuencia de la disolución matrimonial, de modo que es posible que se produzca la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales pero siga vivo el vínculo matrimonial. En estos casos regirá el régimen de separación de bienes, ya que según hemos visto, no puede existir matrimonio sin régimen económico y por otro lado no parece lógico ni viable que los cónyuges decidan de mutuo acuerdo un régimen distinto.

3.- INVENTARIO

Podemos afirmar que el término «inventario» tiene dos acepciones, una material y otra procesal. Desde el punto de vista jurídico material el inventario es una relación detallada y ordenada de todos los elementos (bienes, derechos, créditos, deudas, cargas, etc.) que componen la masa consorcial y que ha de ser objeto de partición entre los cónyuges. Desde el punto de vista jurídico procesal es la fase procedimental que tiene por objeto fijar de modo incontrovertible los bienes y deudas que van a ser objeto de posterior liquidación. Si bien vamos a centrarnos en esta segunda acepción, brevemente mencionaremos los preceptos del CC que se refieren al inventario como relación de bienes y deudas, porque nos ayudará a definir la naturaleza jurídica del inventario que estudiamos.

Observamos que nuestra legislación civil regula diferentes tipos de inventario²⁰⁸, en sede hereditaria, matrimonial, tutela, ausencia, sociedad, etc.

²⁰⁸ Así el artículo 103.4 CC establece que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez adoptará, entre otras medidas, la de señalar los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en

Considero importante prestar atención al momento temporal en el que el legislador exige la formación de inventario: Tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (artículo 103.4 CC); tras la apertura de la sucesión a la que estuviera llamado el ausente (artículo 191 CC); dentro del plazo de sesenta días desde que tome posesión de su cargo el curador (artículo 285 CC); antes de entrar en el goce de los bienes el usufructuario (artículo 491 CC); al repetir matrimonio el viudo o viuda (artículo 977 CC); en el momento de la aceptación de herencia o antes de aceptarla o repudiarla (artículo 1010 CC), en el momento del otorgamiento de la escritura del contrato de sociedad (artículo

la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

El artículo 185 CC regula la obligación que tiene el representante del declarado ausente a inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles y el 191 CC establece que abierta una sucesión a la que estuviera llamado un ausente, su parte acrecerá a sus coherederos, pero deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento.

El artículo 196 CC al regular la declaración de fallecimiento del ausente establece como obligación ineludible de los sucesores la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.

El artículo 285 CC establece que el curador con facultades representativa estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

El artículo 491 CC establece la obligación del usufructuario de formar inventario de todos los bienes objeto de usufructo, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, si bien el artículo 493 establece la posibilidad de ser dispensado de dicha obligación cuando de ello no resulte perjuicio a nadie.

El artículo 977 CC establece que el viudo o viuda, al repetir matrimonio, harán inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de los inmuebles y a tasar los muebles.

Los artículos 1010 CC y siguientes regulan la aceptación de herencia a beneficio de inventario.

El artículo 1057 CC regula la necesidad de inventariar los bienes de la herencia por el contador partidor de ésta.

El artículo 1668 CC, al regular la sociedad, establece que es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura.

El artículo 1394 CC regula la necesidad de practicar inventario en caso de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución del matrimonio alegada por un cónyuge, y el artículo 1396 CC establece que, disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

Finalmente, la LJV dispone la formación de inventario en el procedimiento de designación de tutor o curador (art. 47) y en el de declaración de ausencia y fallecimiento (art. 73).

1668 CC); iniciado el pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución (artículo 1394 CC); tras la designación del administrador del caudal en los casos de constitución de tutela o curatela (art. 47 LJV) o tras la aceptación del cargo del representante en los casos de declaración de ausencia y fallecimiento (art. 73 LJV).

Si excluimos el inventario del artículo 1396 CC, en todos los demás supuestos regulados en nuestra norma sustantiva no es difícil adivinar que la intención del legislador es proteger un interés anticipadamente, esto es, con anterioridad a que se desarrollen una serie de actos con transcendencia jurídica y económica. La fijación de los bienes se concibe como una cautela a fin de evitar que se produzcan efectos perjudiciales para alguna de las partes implicadas en la relación jurídica que se va a desarrollar. Podríamos decir por ello que el inventario constituye una garantía.

Sin embargo, el inventario del artículo 1396 CC parece responder a otra finalidad distinta, «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario [...]»: el legislador concibe el inventario como un eslabón dentro de un procedimiento, un hito situado entre la disolución y la liquidación. Ciertamente el CC se refiere al inventario como relación de bienes y deudas, pero nos introduce ya en el *iter* procesal en el que hemos de situarlo, entre la disolución y la liquidación. Esta dimensión procesal del inventario aparece regulada en la LEC (artículos 808 y 809 CC).

En la LEC encontramos referencias al inventario en el Título I del Libro IV, dedicado a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y en el Título II de dicho Libro IV, dedicado a la división judicial de patrimonios.

El Título I, que regula la tramitación de los procesos matrimoniales, permite a los cónyuges solicitar en cuatro momentos distintos la formación de inventario: solicitud como medidas previas a la demanda (art. 771 LEC); solicitud de confirmación o modificación de las medidas previas a la demanda, al admitirse

ésta (art. 772 LEC); solicitud de medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda (art. 773 LEC); y finalmente adopción de medidas definitivas (art. 774 LEC).

Finalmente, también aparece el inventario en el Título II dedicado a la división judicial de patrimonios. Aunque en principio sorprende la diferente regulación que se establece para la división de herencia y para la liquidación del régimen económico matrimonial, resulta comprensible dada la diferente finalidad que persiguen ambos procedimientos.

En el procedimiento para la división de la herencia se contempla en el artículo 783 LEC un inventario de intervención, provisional y voluntario²⁰⁹, por un lado, y un inventario definitivo que debe elaborar el contador, al que se refiere el artículo 785, por otro. Por el contrario, en el procedimiento de liquidación del

²⁰⁹ El régimen del inventario en el procedimiento de división de herencia presenta una regulación distinta a la prevista para la liquidación del régimen económico matrimonial. El art. 783.1 LEC establece que solicitada la división judicial de la herencia, se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario. El siguiente apartado del precepto (783.2 LEC) precisa que practicadas las actuaciones anteriores (es decir la intervención y el inventario) o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, el letrado de la Administración de Justicia convocará a Junta a los herederos y finalmente el art. 784.2 LEC establece que los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal. La interpretación literal de estos preceptos vincula la formación de inventario a la intervención del caudal hereditario, lo que ha llevado a la jurisprudencia a excluir la diligencia de inventario, salvo en los supuestos excepcionales de intervención del caudal hereditario. En la doctrina se entiende que este criterio jurisprudencial resulta complicado de articular en la práctica y puede producir indefensión, tratándose de una cuestión más que jurídica, de oportunidad. Así, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. (2012, p. 1049). Este autor considera que salvo que exista una previa fijación del caudal repartible por el testador o por una previa resolución judicial, solo cuando exista acuerdo de las partes sobre los bienes que constituyen la herencia cabe excluir esta fase procesal. Apunta que el problema de eludir este trámite de inventario es que coloca al contador en la necesidad de posicionarse en favor o en contra de la exclusión de bienes con fundamento en la sola documental presentada unilateralmente por una de las partes y sin otros elementos de juicio para tomar una decisión que en principio solo debería de adoptarse en un procedimiento contradictorio, por lo que supone una infracción grave del principio de contradicción, pues el objeto del juicio verbal posterior depende directamente de la propuesta presentada por el contador partidor y en esta el contador no cuenta con más elementos de juicio que los aportados unilateralmente por la parte demandante.

régimen económico matrimonial el inventario es único y queda ya fijado en la fase inicial del procedimiento (artículo 809 LEC).

La posibilidad de que en la partición de la herencia se solicite la formación del inventario en la fase de intervención supondrá una dilación del procedimiento. Esta diferente regulación no tiene una explicación aparente y parece poner de manifiesto la exigencia de mayor rigor en la liquidación del régimen económico matrimonial, al exigir la formación del inventario definitivo en la fase inicial del procedimiento.

Hemos de destacar también que el legislador ha omitido la exigencia de formalizar inventario cuando el régimen económico matrimonial sea el de participación (art 811 LEC), lo cual resulta comprensible ya que en el régimen de participación no existe un patrimonio común partible. Podríamos decir que en tal régimen se produce el efecto inverso: de lo que se trata no es de repartir lo común, sino de compartir lo individual. En vez de un patrimonio común que hay que repartir, en el régimen de participación nos encontramos con un patrimonio privativo que hay que compartir.

3.1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL INVENTARIO QUE REGULAN LOS ARTÍCULOS 808 Y 809 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como ya hemos expuesto, la vida de la sociedad de gananciales y de cualquier otro régimen económico matrimonial concluye cuando concluye el matrimonio por alguna de las causas previstas en los preceptos del CC estudiados.

Sin embargo, aunque su extinción se produzca legalmente en ese concreto momento, los efectos del régimen económico van a perdurar aún en el tiempo dado que la complejidad económica que puede entrañar exige llevar a cabo una serie de operaciones que es imposible materializar de forma

inmediata. Tales operaciones se llevan a cabo mediante el procedimiento de liquidación.

El artículo 808 LEC establece que admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario, solicitud que deberá ir acompañada de una propuesta en la que se harán constar las diferentes partidas que deben incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil, así como de los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.

Podemos decir que los artículos 806 y siguientes LEC regulan en realidad dos procedimientos de liquidación, el de participación en ganancias y el de la sociedad de gananciales y, a su vez, este último comprende dos fases diferenciadas, a saber, la fase de formación de inventario y la fase de liquidación en sentido estricto.

Esta regulación procesal se corresponde con la regulación sustantiva (artículos 1396 y siguientes CC respecto a la sociedad de gananciales y 1417 y siguientes CC respecto al régimen de participación).

Los procesos regulados en los artículos 806 LEC y siguientes tienen naturaleza de procesos declarativos especiales, en concordancia con la denominación del Libro IV en el que se ubican «De los Procesos especiales», dentro de los cuales aparecen los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores por un lado y los procesos de división judicial de patrimonios por otro, integrados estos últimos por la división de la herencia y la liquidación del régimen económico matrimonial.

Ahondando más en la cuestión, vemos que los procesos de liquidación contienen una especialidad añadida, cual es la exigencia procesal de que

exista una previa resolución firme que declare la disolución del régimen económico matrimonial, de tal modo que la liquidación o bien es una consecuencia de la sentencia de nulidad, separación o divorcio —por lo que será funcionalmente competente para conocer de la liquidación el mismo juzgado que dictó dicha sentencia, tal y como vimos al estudiar la competencia—²¹⁰; o bien es consecuencia de un procedimiento judicial seguido expresamente para obtener la disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en el CC (supuestos de los apartados 1º, 2º, 3º y 4º del art. 1393); o bien es consecuencia de un incidente declarativo en el seno de un proceso de ejecución (último inciso del art. 1393 CC en relación con el art. 541.3 LEC).

En definitiva, salvo cuando se practica por decisión conjunta de los cónyuges, la liquidación parece ser un proceso derivado de otro proceso anterior que puede tener distinta naturaleza (declarativa, en los casos regulados en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 1392 CC, de jurisdicción voluntaria o penal en los supuestos de los apartados 1º, 2º, 3º y 4º del art. 1393 y ejecutiva en el supuesto del último inciso del art. 1393 CC).

A su vez cabe plantearse la cuestión acerca de si el proceso de formación de inventario es un proceso distinto y autónomo del proceso de liquidación propiamente dicho o hemos de concebirlo como una fase previa, incidental y dependiente de este²¹¹. Esta cuestión ya fue analizada al estudiar la

²¹⁰ No obstante, una doctrina bastante extendida defendió la posibilidad de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales sin disolución de la misma, con ocasión de la reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975, en los supuestos en los que se había pactado, constante matrimonio, la separación de bienes. De este modo se trataba de salvar la prohibición derivada del tenor literal del antiguo artículo 1417 que regulaba las causas de disolución de la sociedad de gananciales. (J. L. DE LOS MOZOS, 1999, p. 550). Modernamente sigue habiendo autores que consideran que es posible la liquidación sin disolución de la sociedad de gananciales (M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 83 y ss.).

²¹¹ En nuestra doctrina se ha realizado un minucioso estudio de esta cuestión con ocasión del comentario del Auto de 16 de abril de 2010 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de

naturaleza jurídica del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial (*vid supra*, Capítulo II, apartado 3 de este trabajo).

Considero que, desde el punto de vista material, el argumento más sólido a favor de la autonomía del procedimiento de inventario es que su finalidad es diferente a la que persigue la liquidación propiamente dicha. Así, mientras el inventario tiene por objeto la fijación del activo y pasivo comunes a ambos cónyuges, la liquidación tiene por objeto repartir el haber neto resultante entre ellos.

Respecto al tipo de resolución, siguiendo el razonamiento de Bonet Navarro, las genuinas cuestiones incidentales que regulan los artículos 387 a 393 LEC nunca pueden ser resueltas por medio de sentencia, sino que su forma de resolución es el auto. Frente a ello, el inventario es aprobado mediante sentencia, por lo que esta concluye la tramitación ordinaria del proceso incidental y la sentencia dictada en apelación pone término a una verdadera segunda instancia.

Aragón. (BONET NAVARRO, Á. «El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del artículo 809.2 LEC». *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2010). La controversia suscitada versaba entorno a la inclusión y exclusión de bienes y derechos en el inventario (artículo 809), cuestión que ha de resolverse por los trámites del juicio verbal conforme al citado precepto. Dicho tribunal entendió que el juicio al que remite el artículo 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental porque la sentencia dictada en primera instancia no pone fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo, y en consecuencia, la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia no pone fin a una verdadera segunda instancia, por lo que no es posible recurrirla en casación, a la que solo tienen acceso las sentencias dictadas en segunda instancia. Frente al citado criterio, Bonet Navarro, tras precisar las diferencias conceptuales entre cuestión incidental, trámite incidental o proceso incidental, concluye que las dos notas relevantes a la hora de determinar la naturaleza incidental o no del procedimiento de inventario son el objeto del proceso —independientemente de cuál sea el tipo de procedimiento y el tipo de resolución que recaer—. Por ello, lo fundamental no es la forma o tipo de procedimiento sino el fondo u objeto del proceso. El artículo 809.2 LEC remite al procedimiento del juicio verbal, pero bajo esa forma pueden resolverse cuestiones incidentales, que concluyen con auto, procesos autónomos o incidentales que terminan con sentencia y procesos especiales que terminan también con sentencia.

Otro argumento a favor del carácter autónomo del inventario respecto a la liquidación lo encontramos en el hecho de que, si bien el inventario precede a la liquidación, no necesariamente debe de existir un procedimiento de inventario previo al procedimiento de liquidación. En efecto, es posible que los cónyuges hayan fijado el inventario de mutuo acuerdo de forma extrajudicial y soliciten directamente la liquidación al órgano judicial, obviando el procedimiento de inventario, o bien es posible que el acuerdo se haya producido en la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia, en cuyo caso el acuerdo se consignará en el acta y se dará por concluido el acto. Del mismo modo, el hecho de que el inventario se haya formado en vía judicial no implica que necesariamente deba instarse después el procedimiento de liquidación, pues es posible que los cónyuges, una vez fijado judicialmente el inventario, lleguen a un acuerdo extrajudicial sobre cómo repartir los bienes y deudas comunes.

En definitiva, ni el procedimiento de inventario ha de preceder necesariamente al de liquidación, ni el procedimiento de liquidación ha de seguir imperativamente al procedimiento de inventario, y ello es así porque tanto uno como otro están supeditados a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Por ello, podemos concluir que el proceso de liquidación no es una consecuencia necesaria del proceso de formación de inventario ni de la disolución del matrimonio, sino que únicamente se inicia por la decisión de los cónyuges, mediante la solicitud de cualquiera de ellos²¹².

3.2.- INICIO DEL PROCESO DE INVENTARIO. NECESIDAD U OPORTUNIDAD

Para iniciar el proceso de formación de inventario debe mediar «solicitud» de parte, tal y como exige el precepto comentado: «Admitida la demanda de

²¹² El ALCP establece que la formación de inventario se instará en la propia demanda de nulidad, separación o divorcio y se tramitará como pieza separada.

nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de las partes podrá solicitar la formación de inventario». Por ello se trata de justicia rogada y la ley procesal no exige una demanda formal con los requisitos que establece el artículo 399 LEC al regular el juicio ordinario, ni los del artículo 437 LEC al regular el juicio verbal. No obstante, esta cuestión no es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia.

Montero Aroca entiende que estamos ante una verdadera demanda y ante una auténtica pretensión, por lo que deberá reunir los requisitos de cualquier demanda, conforme a lo previsto en el art. 399 LEC, si bien se trata de una demanda con peculiaridades —por ejemplo, plantea si la propuesta de inventario debe de integrarse en la misma demanda o si por el contrario ha de presentarse en un documento independiente, inclinándose por incluirla en la demanda—. Precisamente el argumento de este autor para entender que el procedimiento se inicia con una demanda es el hecho de que quien lo insta no se limita a solicitar la formación de inventario en general, sin más, sino que ejercita una pretensión específica de que se aprueba el inventario concreto que él propone. Distingue por ello entre lo que es una petición formal al órgano jurisdiccional para que se forme inventario y una petición material igualmente necesaria, que constituye una auténtica pretensión consistente en que el inventario que se forme sea precisamente el solicitado por la parte que insta el procedimiento²¹³.

Sin embargo, la realidad es que el legislador utiliza el término «solicitar», y en estricto sentido jurídico, una solicitud no es una demanda. Partiendo de esta interpretación, el hecho de que el escrito inicial de solicitud de inventario no deba cumplir los requisitos formales de una demanda nos lleva a plantearnos

²¹³ MONTERO AROCA, J. 2014, pp. 201 a 204.

si resultan o no aplicables los principios rectores del proceso, por lo que se trata de una cuestión con gran transcendencia práctica. Por ejemplo, surge la cuestión de si el cónyuge que instó la formación de inventario puede modificar su propuesta en la diligencia ante el letrado de la Administración de Justicia. En esta cuestión nuestros tribunales no tienen un criterio uniforme. Un sector jurisprudencial entiende que la propuesta de inventario, al igual que toda demanda, es el acto procesal de parte que fija y determina para el actor el objeto procesal y en consecuencia el cónyuge promovente no puede, con posterioridad, pretender la inclusión en el inventario de bienes o derechos distintos, pues ello implicaría una *mutatio libelli* proscrita por la prohibición expresa contenida, con carácter general, en el art. 412 LEC, como consecuencia de los principios dispositivo, de justicia rogada y de congruencia que rigen el proceso civil (SAP Pontevedra 437/2007, 6 de septiembre²¹⁴, Secc. 1ª, —JUR 2008/42710— y SAP Pontevedra 418/2009, de 10 de septiembre —JUR 2009/429098—). En parecido sentido SAP Málaga 262/17, de 22 de mayo, Secc. 6ª (JUR 2017/262679), SAP Málaga 507/2008, de 30 de septiembre, Secc. 6ª (JUR 2009/66540) que relaciona la exigencia del art. 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aportar los documentos junto a la solicitud

²¹⁴ «...resulta incuestionable que la solicitud y propuesta de inventario inicial configura y delimita la pretensión deducida por el cónyuge promovente...es decir, al igual que toda demanda, es el acto procesal de parte que fija y determina para el actor el objeto procesal. Por consiguiente, el cónyuge promovente no puede, con posterioridad, pretender la inclusión en el inventario de bienes o derechos distintos a los allí consignados, pues ello implicaría una "*mutatio libelli*" totalmente proscrita por la prohibición expresa contenida, con carácter general, en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como consecuencia de los principios dispositivo, de justicia rogada y de congruencia que rigen el proceso civil. Del mismo modo, y por idénticas razones, el cónyuge no promovente, no puede con posterioridad a la comparecencia prevenida en el artículo 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pretender la modificación, inclusión o exclusión de partidas o conceptos no expresados en aquélla, ya que es precisamente en tal comparecencia cuando el cónyuge no promovente (demandado) efectúa el acto procesal de parte que fija para él, el objeto del proceso, como acontece en toda contestación a la demanda».

con los artículos 1396 y 1397 del Código Civil²¹⁵, y SAP Salamanca 221/2011, de 23 de mayo (JUR 2011/224789) que aplica el principio de preclusión del art. 136 LEC dirigido a procurar la igualdad de las partes. Otro sector jurisprudencial mantiene que la propuesta no vincula al actor, por lo que puede modificarla o completarla en la diligencia de inventario. Así, la SAP Madrid 281/2009, de 11 de marzo, Secc. 24ª, (JUR 2009/249692) entiende que « [...] los artículos 808 y 809 de la LEC no hablan de demanda sino de solicitud en este territorio un tanto indefinido entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria [...] no parece que la propuesta acompañada con la solicitud de inventario tenga carácter vinculante para el cónyuge que la realiza de manera que en la comparecencia para formalizar el inventario podrá excluir partidas anteriormente incluidas o incluir bienes y deudas cuyo carácter común se omitió...»; también la SAP Orense 442/2011, de 20 de diciembre (JUR 2012/3451) entiende que «[...] el momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Secretario Judicial para formar inventario es cuando queda trabada la *litis* y fijadas definitivamente las posiciones de las partes, sus puntos de discrepancia, que han de ser objeto de posterior debate y prueba en la vista posterior que ha de seguirse con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Por lo que, hasta ese momento, cabe la adición, complemento o rectificación de posturas, sin que ninguna indefensión se le cause por ello a la contraparte, que tiene la posibilidad en ese momento procesal (acto de formación de inventario) de contradecir, discrepar y formular su contrapropuesta [...]».

²¹⁵ «[...] el citado artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que a la solicitud se acompañen los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, remitiendo así este precepto a la regulación contenida en los artículos 1396 y 1397 del Código Civil [...] en el presente caso la propuesta extemporánea de inventario no se ha presentado de acuerdo a las anteriores normas, de la misma forma ha de entenderse que el cónyuge no solicitante del inventario queda vinculado por la propuesta que haga en la comparecencia ante el secretario a través de su conformidad o disconformidad [...]».

Otra cuestión con transcendencia práctica se refiere al momento de presentación de prueba, pues cabe plantearse si tanto el solicitante como el otro cónyuge pueden aportar en la vista del juicio verbal de inventario los documentos que apoyen sus pretensiones o si por el contrario tal posibilidad se agotó con la solicitud de formación de inventario para el cónyuge que insta el procedimiento o con el acto de la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia para el otro cónyuge. Habiendo previsto el legislador procesal en el art. 808.2 LEC que a la solicitud se acompañara también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, podríamos concluir que resultan aplicables las mismas normas que a una demanda formal, y en concreto el art. 269 LEC que regula las consecuencias de la falta de presentación de documentos, instrumentos, dictámenes, etc. En este sentido se pronuncia la SAP Vizcaya 406/2009, de 1 de junio, Secc. 4ª, (JUR 2009/365667): «no es admisible pretender la aportación extemporánea de unas facturas [...] el artículo 808 de la LEC exige que a la solicitud inicial se acompañen los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta [...] por lo que la pretensión de aportación a posteriori, en vista del juicio verbal, es extemporánea y generó indefensión a la contraparte que se vio privada de haber podido preparar su oposición». En parecido sentido se pronunció la SAP Pontevedra 418/2009, de 10 de septiembre, Secc. 1ª, (JUR 2009/429098). No obstante, el criterio dominante es admitir la posibilidad de que tanto el solicitante como su cónyuge puedan aportar en la vista del juicio verbal de inventario los documentos que apoyen sus pretensiones. El fundamento de este criterio es que el procedimiento no se inicia con una verdadera demanda, sino con una mera petición y el artículo 808 LEC no establece ningún tipo de sanción por la falta de presentación de documentos. Además, el procedimiento no se vuelve contencioso hasta que el cónyuge no solicitante se opone a la inclusión de

algún bien o solicita incorporar nuevas partidas al inventario, siendo solo a partir de ese preciso instante cuando pueden aplicarse las normas procesales de los juicios declarativos y no antes. Por ello es en el acto de la vista cuando los cónyuges deben razonar jurídicamente su posición, con la proposición de prueba que respalde su pretensión, pues en el acto de formación de inventario previo únicamente deben posicionarse en relación con las diferentes partidas. En este sentido se pronuncian la SAP Cáceres 164/2004, de 6 de mayo, Secc. 1ª, (JUR 2004/161871)²¹⁶; la SAP Valencia 649/2011, de 26 de septiembre, Secc. 10ª, (JUR 2011/417867)²¹⁷; SAP Jaén 298/2010, de 3 de diciembre, Secc. 3ª, (JUR 2011/121693); SAP La Coruña 291/2012²¹⁸, de 13 de junio, Secc. 3ª, (JUR 2012/245879).

El legislador procesal hace una distinción terminológica que puede generar confusión, pues conforme a lo establecido en el artículo 808 LEC si se trata de demanda de nulidad, separación o divorcio es necesario que la demanda haya

²¹⁶ «[...] no debe desconocerse que la formación de inventario se insta mediante una solicitud —no a través de demanda— [...] Si el antecedente de la vista y de su tramitación posterior por las reglas del juicio verbal viene constituido por la controversia suscitada sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario [...] resulta incuestionable que todas las partes —incluida la solicitante— pueden proponer en aquel acto los medios de prueba que convengan a su derecho [...]».

²¹⁷ «[...] no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 265 LEC a la solicitud de formación de inventario, puesto que no se trata de una demanda [...] En consecuencia, consideramos que pueden presentarse los documentos por las partes también en el acto del juicio, una vez suscitada la controversia. En esta línea, el profesor MONTERO AROCA (2002, pp. 191 y 192) indica, con referencia al procedimiento de formación de inventario: "[...] el problema radica en si en la vista pueden presentarse nuevos documentos o si se estima que opera la preclusión en aquellos momentos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269 de la LEC. Nuestra respuesta acerca de la posibilidad de presentar nuevos documentos es afirmativa, y lo es porque podría pensarse que con la citación para la vista se ha dado inicio a un procedimiento contencioso en el que habrá de poder proponerse prueba"».

²¹⁸ «[...] es indiscutible que la solicitud de inventario tenga, desde el punto de vista procesal, naturaleza de verdadera demanda [...] Algunos órganos judiciales [...] como la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24, en Auto de 30 de noviembre de 2006 (BDF 12946) han llegado a afirmar que nada impide que se puedan incluir en la propuesta partidas en el activo o en el pasivo de las que en el momento de la solicitud se carezca de soporte documental [...] con la mera alegación de que no se dispone de ellos, utilizando la fase probatoria del juicio verbal en el supuesto de que el otro cónyuge en la comparecencia se oponga a su inclusión».

sido «admitida» antes de solicitar el inventario, mientras que si se trata de demanda para solicitar la disolución del régimen económico, basta con que esté iniciado el procedimiento, aunque aún no haya sido admitida la demanda, por lo que podría plantearse la situación absurda de que se haya admitido la solicitud de inventario y posteriormente no sea admitida a trámite la demanda sobre disolución del régimen económico. Esta incoherencia es solo aparente, pues el artículo 410 LEC, relativo a la litispendencia, establece que «la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida»; es decir, los efectos de la litispendencia se producen desde el mismo momento de la interposición de la demanda, pero ello se condiciona a que esta se admita a trámite. En definitiva, si no hay admisión de demanda, no hay litispendencia, y por lo tanto el inventario tampoco podrá ser admitido.

Surge la duda acerca de si la formación de inventario ha de practicarse en todo caso o es facultativa de los cónyuges, ya que el artículo 808 LEC utiliza la palabra «podrá» solicitar.

Creo que esta forma verbal «*podrá solicitar*» puede tener una doble acepción: condicional y facultativa.

Por un lado, entiendo que el legislador está condicionando la solicitud de inventario, en el sentido de que hasta que no haya sido admitida la demanda o iniciado el proceso de disolución no será posible (o no se «podrá») solicitar la formación de inventario.

Finalmente, el legislador deja abierta la posibilidad de que los cónyuges soliciten o no la formación de inventario, permitiéndoles que puedan instar directamente la liquidación, pues como ya hemos comentado el inventario ha de formarse necesariamente antes de la liquidación, pero no ha de ser en

todo caso dentro del procedimiento judicial de liquidación. Es posible que los cónyuges estén de acuerdo en qué bienes y deudas deben integrar el inventario, aportando este ya formalizado al órgano judicial, cuya función quedará limitada a practicar la liquidación propiamente dicha, mediante la adjudicación el haber partible, único motivo de desacuerdo entre los cónyuges. Pero esta interpretación, que sería válida para los supuestos en los que el proceso de liquidación deriva de un proceso matrimonial, resulta más cuestionable cuando la disolución tiene lugar por alguna de las causas previstas en la legislación civil, concretamente la prevista en el artículo 1394 CC, pues este precepto parece imponer de forma imperativa la formación de inventario, como vamos a ver en el siguiente apartado.

3.3.- EL INVENTARIO DEL ARTÍCULO 808 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y EL DEL ARTÍCULO 1394 DEL CÓDIGO CIVIL

Conforme al artículo 808 de la ley procesal, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario.

Vemos que el precepto estudiado regula dos supuestos distintos: la solicitud de inventario estando en curso un procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio por un lado, y la solicitud de inventario estando en curso un proceso en el que se ha demandado la disolución del régimen económico matrimonial, proceso al que se refiere el artículo 1394 CC cuando establece que de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará inventario y el juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Centrándonos en el estudio del segundo supuesto, se observan algunas diferencias entre el artículo 808 LEC y el artículo 1394 CC.

El artículo 808 LEC es dispositivo «cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario», mientras que el artículo 1394 CC omite cualquier referencia a los cónyuges y parece otorgar al juez la función de acordar de oficio la formación de inventario, al utilizar la expresión contundente de «iniciada la tramitación [del pleito] se practicará el inventario». Es decir, el procedimiento de liquidación que regulan los artículos 806 y siguientes LEC es de justicia rogada, exige solicitud de parte que se concreta en la solicitud de formación de inventario, de modo que esta constituye el acto de parte iniciador del procedimiento, dándose así una simultaneidad temporal entre el inicio del procedimiento y la solicitud de inventario. El artículo 1394 CC también exige que una de las partes inste el procedimiento para determinar si concurre o no la causa de disolución, pero no exige que la parte solicite la formación de inventario, sino que este, según el tenor literal del precepto, se ha de practicar por imperativo legal, una vez iniciada la tramitación del pleito, por lo que no se da la simultaneidad antes referida. Sin embargo, a pesar de la literalidad del precepto, entiendo que una interpretación sistemática nos lleva a entender que el inventario que regula el artículo 1394 CC deberá ser practicado a petición de parte, por coherencia con el precepto inmediatamente anterior al que remite, el cual regula los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial que se producirá siempre a instancia de parte.

Como ya hemos adelantado, en el segundo supuesto regulado en el artículo 808.1 LEC no existe un proceso matrimonial, de modo que la disolución del régimen económico se produce al margen del vínculo matrimonial, sin que exista un proceso de nulidad, separación o divorcio. Sin embargo, sí está vinculado a un procedimiento en el que se discute la concurrencia de la causa

de disolución, es decir la formación del inventario tiene lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 1394 CC, dentro del procedimiento que tiene por objeto determinar si concurre o no la circunstancia de adopción de medidas de apoyo al cónyuge con discapacidad, prodigalidad, ausencia o concurso, actividad fraudulenta, etc., alegada por un cónyuge frente al otro.

Advertimos por ello que mientras en el supuesto del artículo 1394 CC el objeto de debate es directamente la disolución del régimen económico, en concreto si concurre o no causa para llevarla a cabo, el procedimiento del art. 806 y siguientes LEC tiene por objeto la liquidación, no la disolución del régimen económico matrimonial, —que ya se habrá producido en el proceso matrimonial o estará este en tramitación—.

Estas diferencias nos llevan a plantearnos si el inventario que regula el artículo 808 LEC tiene una función diferente en los dos supuestos que contempla, es decir, en los casos de procesos matrimoniales por un lado y en el supuesto del artículo 1394 CC por otro.

El artículo 1394 CC establece que el inventario habrá de practicarse «de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución [...]». El legislador parte de que el cónyuge causante niegue las causas de disolución alegadas por el otro cónyuge. Ello significa la necesidad de que exista controversia. Si el cónyuge causante no se opone, no será necesario practicar inventario. Dicha oposición además puede llevar consigo la pretensión de la continuidad de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge incurso en la causa de disolución (no podemos olvidar que el vínculo matrimonial sigue existiendo), por lo que existe incertidumbre acerca de si la sociedad de gananciales se disolverá o no.

Es importante observar la situación y el momento procesal en que se practica el inventario a que se refiere el artículo 1394 CC: existencia de pleito entre los

cónyuges sobre si concurre o no causa para la disolución de la sociedad de gananciales. Entiendo que es esa incertidumbre la que aconseja la formación «preventiva» del inventario, en un momento en el que no se sabe si finalmente tendrá o no lugar la liquidación. Ello además es coherente con lo que establece a continuación el artículo 1396 CC, que se refiere a un momento posterior: disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

Considero que en el supuesto del artículo 1394 CC el legislador ha querido dar a la formación de inventario una función cautelar, en tanto se tramita el procedimiento, pues podrían generarse situaciones de riesgo patrimonial para el cónyuge no causante de la ruptura. Más aún, el cónyuge causante (por ejemplo, declarado pródigo, ausente o en concurso, gestor fraudulento, incumplidor de la obligación de informar de sus actividades económicas...) podría utilizar el procedimiento como mecanismo dilatorio para continuar lucrándose con las ganancias del otro. Una vez concluido el procedimiento y producida la disolución de la sociedad de gananciales, se practica el inventario definitivo que es el que regula el artículo 1396²¹⁹.

²¹⁹ En puridad, una interpretación literal conjunta del artículo 808 LEC por un lado y de los arts. 1393, 1394 y 1396 CC por otro nos llevaría a entender que este último contiene en los tres preceptos citados tres momentos procesales en los que puede solicitarse la formación de inventario. Así, el inventario a que se refiere el artículo 808 LEC habría que situarlo en el art. 1393 y no en el 1394 CC, ya que el art. 808 LEC dice que «iniciado el proceso [...] cualquiera de los cónyuges o sus herederos podrá solicitar la formación de inventario», perfectamente coherente con el art. 1393 CC que se refiere a la petición inicial de uno de los cónyuges en la que, entendemos que junto a la petición de disolución del régimen económico matrimonial, podrá solicitarse también la formación de inventario —por cualquiera de los cónyuges o sus herederos, a tenor de lo dispuesto en el citado art. 808 LEC, y no sólo por el cónyuge que presente la solicitud de disolución del régimen económico matrimonial—. En un segundo momento, si el no instante o promoviente se opone, se practicará el inventario a que se refiere el artículo 1394 CC y finalmente en un tercer momento procesal, una vez disuelta la sociedad de gananciales, se procederá a la liquidación que comenzará con un inventario (art. 1396 CC). Por lo que habría tres inventarios distintos (el del art. 1393 CC por remisión del 808 de la LEC; el del 1394 y el del 1396 CC).

Sin embargo, cuando existe demanda de nulidad, separación o divorcio, los cónyuges no pueden suscitar controversia sobre si concurre o no la causa de disolución del régimen económico matrimonial, porque esta se producirá o no dependiendo de la suerte que corra la demanda del pleito matrimonial, de forma automática y por imperativo legal, con independencia de la voluntad de los cónyuges. El inventario en este caso no cumpliría una función cautelar, sino que sería un presupuesto previo y necesario para llevar a cabo la posterior liquidación. A este inventario se refiere el artículo 1396 CC cuando establece que «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario [...]»²²⁰.

Si profundizamos en el análisis comparativo del inventario del artículo 808 de la Ley procesal y el del artículo 1394 de la Ley sustantiva, observamos que parecen semejarse en algunos aspectos, en especial si nos centramos en el momento procesal en el que se elaboran ambos inventarios: el del artículo 808 LEC «iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico [...]» y el del artículo 1394 CC «iniciada la tramitación del pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución». En consecuencia, ambos inventarios se elaboran en un momento procesal en el que no está disuelta la sociedad de gananciales, mientras que el artículo 1396 CC exige la previa disolución de esta. Ello nos puede llevar a plantearnos si realmente el inventario del artículo 808 LEC puede tener o no carácter cautelar.

²²⁰ Existe una aparente contradicción entre el artículo 1396 CC y el artículo 808 LEC, pues el artículo 1396 CC exige la disolución de la sociedad previamente a la práctica de la liquidación, mientras que el artículo 808 LEC permite iniciar el procedimiento de liquidación sin la previa disolución del régimen económico matrimonial —con la simple admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio—. Sin embargo, ha de advertirse que, si bien es posible iniciar el procedimiento de liquidación con la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, la liquidación propiamente dicha se producirá «una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial [...]», a tenor de lo dispuesto en el artículo 810.1 de la citada Ley Procesal.

Si analizamos detalladamente las notas que caracterizan las medidas cautelares, observamos que el inventario del artículo 1394 CC —al que se remite el artículo 808 LEC— sí que participa de ellas, pero no el inventario del artículo 1396 CC.

En primer lugar, las medidas cautelares son «voluntarias», la parte puede o no solicitarlas y el juez puede o no acordarlas. En este sentido, el inventario del artículo 1394 CC solamente se formará si uno de los cónyuges se opone a la concurrencia de la causa de disolución. Por el contrario, la formación de inventario del artículo 1396 CC y 808 LEC es previa a la liquidación, es un requisito *sine qua non* de esta.

En segundo lugar, las medidas cautelares son «accesorias» de un procedimiento principal. No tienen autonomía, sino que dependen del proceso en el que se adoptan. El inventario regulado en el artículo 1394 CC es accesorio al pleito entablado por uno de los cónyuges a fin de debatir si concurre o no la causa de disolución. Por el contrario, el proceso de inventario de los artículos 1396 del CC y 808 LEC es un proceso con identidad propia, autónomo e independiente de la liquidación propiamente dicha. Un sector doctrinal²²¹ y alguna jurisprudencia²²² sin embargo, respecto al proceso de

²²¹ PEDRAZ PENALVA, E. Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., 2010, p. 815 y ss.; ESCALADA LÓPEZ, M^a L. Y PÉREZ GIL, J., 2019, p. 366.

²²² En este sentido el ATSJA de 16 de abril de 2010 que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza que resolvió la controversia suscitada en la formación de inventario de un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial seguido ante un Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza. Dicho Auto sostiene la irrecurribilidad en casación de la sentencia de la Audiencia por entender que la sentencia recaída en fase de inventario no pone fin a la primera instancia, por lo que tampoco la sentencia dictada por la Audiencia es una segunda instancia propiamente dicha. Dicha fase de inventario tiene naturaleza incidental, por ello no cabe la casación.

En la misma línea ATS de 30 de marzo de 2004 [RJ 2004/3425] inadmitió el recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación dimanante del juicio verbal al que remite el art. 809.2 LEC: « En relación con el carácter incidental de las Sentencias que resuelven las controversias planteadas sobre la formación de inventario, en esta clase de procedimientos como el que nos ocupa, [...] esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la

inventario del art. 808 LEC entienden que no es un proceso autónomo, sino integrado en el procedimiento de liquidación.

En tercer lugar, las medidas cautelares son «temporales». No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado (art. 731 LEC). Es evidente que el inventario que regula el artículo 1394 LEC cumple este requisito, pues estará vigente mientras dure el procedimiento. Frente a esa provisionalidad, el inventario del artículo 1396 CC y el del artículo 808 LEC tiene vocación de permanencia.

En cuarto lugar, la solicitud de una medida cautelar exige una justificación según el artículo 728.2 LEC, conforme al cual solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que se pretende obtener. El artículo 1394 CC impone la adopción de la medida porque el legislador ha considerado la necesidad de su adopción en protección del cónyuge que ha instado la disolución en los supuestos que regula el artículo anterior, supuestos en los que el comportamiento del otro

tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3ª LEC 2000) y en el régimen de la nueva LEC 2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

En el mismo sentido los AATS de 22 de mayo de 2012 (JUR 2012/184451), 4 de septiembre de 2012 (JUR 2012/310956), 20 de noviembre de 2012 (JUR 2012/377584) y 11 de diciembre de 2012 (JUR 2012/406383).

Entiendo que esta interpretación sería acorde con la naturaleza cautelar del inventario, ya que niega la independencia de dicha fase procedimental. Sin embargo, la interpretación que hacen los magistrados que votaron en contra (defendían la naturaleza autónoma del inventario) no podrían aceptar el carácter cautelar del inventario, puesto que ello implicaría reconocer su dependencia del proceso, negar que sea un proceso independiente, y en consecuencia negarían que fuese una «instancia» judicial. Esta resolución judicial es ampliamente comentada por BONET NAVARRO, Á. en «El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del artículo 809.2 LEC». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. XVI-2010. (Recordamos que esta doctrina dio un vuelco radical a partir de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación 2459/2013, tal y como pusimos de manifiesto al analizar la naturaleza jurídica del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial —Capítulo II—).

cónyuge hace sospechar que en el futuro pueda perjudicar a aquél. Frente a ello, al solicitante de inventario de los artículos 1396 CC y 808 LEC no se le exige justificación alguna.

En quinto lugar, la función conservativa es la esencia de la medida cautelar, ya que se trata de asegurar el «*statu quo*» existente en el momento de la solicitud, y ese es el espíritu que se desprende del artículo 1394 CC. Sin embargo, en el inventario de los artículos 1396 CC y 808 LEC la esencia del inventario es, más que asegurar o conservar, ser presupuesto necesario y previo a la liquidación —procesal o extrapocesal—.

Finalmente, la regulación sistemática del inventario en el artículo 808 LEC, como fase previa de la liquidación propiamente dicha del régimen económico matrimonial (artículo 810 LEC), es un argumento más a favor de su carácter de fase necesaria y previa —procesal o extrapocesal— a la liquidación que a su consideración como medida cautelar.

En conclusión, podríamos afirmar que el inventario que regula el artículo 1394 CC cumple una función cautelar, mientras que el inventario regulado en el artículo 808 LEC —que sería el mismo al que se refiere el artículo 1396 CC— no tendrían tal carácter.

Pero la cuestión no es tan clara, pues surgen nuevas dudas: ¿cómo compatibilizar los arts. 808 LEC y 1394 CC, si el art. 808 se refiere a un inventario definitivo y remite al art. 1394 que contempla un inventario cautelar? Y al hilo de ello: ¿cómo aceptar el carácter autónomo del procedimiento de inventario del art. 808 LEC si remite al art. 1394 CC en el que el inventario es un incidente dentro del procedimiento en el que se debate la concurrencia de la causa de disolución? ¿Cómo compatibilizar la permanencia del inventario del art. 808 LEC con la temporalidad del que regula el art. 1394 CC? ¿Podríamos afirmar que se trata de dos inventarios distintos?

Por otro lado, identificar el inventario del art. 808 LEC con el del art. 1396 CC genera otros problemas, pues en el art. 808 LEC la solicitud de formación de inventario puede tener lugar antes de disolverse el régimen económico, mientras que en el 1396 CC es posterior a la disolución de la sociedad de gananciales.

Para clarificar esta cuestión es importante prestar atención a la génesis de ambas normas, sustantiva y procesal. Antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 no existía un proceso específico para llevar a cabo la liquidación, de modo que el Código Civil contenía toda la regulación sobre esta materia, regulando un inventario «cautelar», antes de la disolución, en el art. 1394 CC y el inventario «definitivo», después de la disolución, en el art. 1396 CC, ya en sede de liquidación y dentro de esta. En la regulación del CC la liquidación es un único proceso en el que se integra el inventario. A diferencia de ello, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 regula el proceso específico de liquidación, distinguiendo el proceso de inventario y el de liquidación propiamente dicha. Por eso podemos decir que el legislador ha querido «anticipar» la formación de inventario y le ha dotado de entidad propia, con un proceso propio, el proceso de inventario, previo al proceso de liquidación. En la nueva regulación, el proceso de inventario se ha «desgajado o desprendido» del de liquidación. Por ello, entiendo que el legislador procesal, al regular *ex novo* el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, y dentro de él con carácter previo el de inventario, dota al procedimiento de agilidad, anticipando la formación del inventario al momento de la disolución del régimen económico —su tramitación puede ser simultánea—, pero además lo dota de mayor seguridad, porque el patrimonio común queda fijado en este momento procesal, cumpliendo así una función cautelar similar al inventario del art. 1394 del Código Civil, que ha dejado de tener sentido. La nueva regulación contenida en el art. 808.1 LEC, segundo inciso, ha creado una

disfunción con respecto a la regulación del CC, originando una duplicidad normativa de inventarios, que en la práctica carecería de sentido porque la elaboración de ambos se produciría en el mismo procedimiento (pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución) y en el mismo momento procesal (una vez admitida la demanda o iniciado el pleito). Por ello, lo lógico es entender que el inventario del art. 808 LEC, que es definitivo, viene de algún modo a sustituir al del art. 1394 CC, que es provisional, el cual en la actualidad carece de sentido practicar porque el momento procesal de la práctica de ambos es el mismo. Así, el inventario del art. 808.1 LEC, segundo inciso, participa de las características del inventario del art. 1394 CC, en cuanto ambos se formalizan una vez iniciado el procedimiento sobre la disolución, pero antes de producida esta, lo que les da un carácter cautelar, pero también participa de las características del art. 1396 CC, por cuanto se trata de un inventario definitivo e incontrovertible.

Finalmente, advertimos que el legislador procesal al regular la división de herencia mantiene el inventario provisional (art. 783 LEC) y el inventario definitivo (art. 785 LEC), lo que resulta sorprendente ya que bajo el mismo título se regulan los dos únicos procedimientos de división judicial de patrimonio —hereditario y liquidación de régimen económico matrimonial— con diferente regulación del inventario, a pesar de su similitud tanto desde el punto de vista material como procesal. Podemos apreciar también que el inventario provisional es facultativo y no imperativo, pues el art. 783 LEC establece que «se acordará cuando así se hubiere pedido» y el 785 LEC admite la posibilidad de que «éste no hubiere sido hecho»²²³.

²²³ No obstante, en la doctrina se ha puesto de manifiesto la dificultad práctica de que tal inventario no se considere presupuesto necesario e independiente de la intervención de la herencia. Como ya hemos expuesto al inicio de este capítulo relativo al inventario, la interpretación literal de estos preceptos vincula la formación de inventario a la intervención

3.4.- LA COMPARECENCIA ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El artículo 809.1 LEC bajo el título «Formación de inventario» establece que «A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, el letrado de la Administración de Justicia²²⁴ señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges».

En el segundo párrafo, el precepto establece que, en el día y hora señalados, el letrado de la Administración de Justicia procederá, con los cónyuges, a formar el inventario, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.

En el tercer párrafo contempla el supuesto de que alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado sin causa justificada, estableciendo la drástica consecuencia de que se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido, y en tal caso, así como cuando habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará este en el acta y se dará por concluido el acto.

del caudal hereditario, lo que ha llevado a la jurisprudencia a excluir la diligencia de inventario, salvo en los supuestos excepcionales de intervención del caudal hereditario. En la doctrina se afirma que este criterio jurisprudencial resulta complicado de articular en la práctica y supone una infracción grave del principio contradictorio, porque el objeto del juicio verbal posterior depende directamente de la propuesta presentada por el contador-partidor. Excluir la comparecencia prevista en la fase de inventario y, sobre todo, la posible impugnación del mismo, supone una limitación gravísima de los derechos de defensa de las partes, pues se omite cualquier posible contradicción al obviar las eventuales alegaciones del resto de los herederos distintas a las realizadas por el demandante en la solicitud inicial. Así, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. 2012, p. 1053. Este autor considera que salvo que exista una previa fijación del caudal repartible por el testador o por una previa resolución judicial, sólo cuando exista acuerdo de las partes sobre los bienes que constituyen la herencia cabe excluir esta fase procesal.

²²⁴ La Disposición Adicional Primera de la LO 7/2015, de 21 de julio, cambió la denominación de «secretarios judiciales» por la de «letrados de la Administración de Justicia».

Concluye el art. 809.1 LEC estableciendo que el tribunal resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

El art. 809.2 LEC regula el supuesto en el que los cónyuges no alcancen un acuerdo sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de alguna partida, siendo de competencia del letrado de la Administración de Justicia dejar constancia en acta de las pretensiones de las partes y citarles a una vista.

El precepto suscita algunas cuestiones de relevancia práctica que vamos a analizar. Desde el punto de vista subjetivo, plantearemos las dudas que surgen en torno a la intervención del letrado de la Administración de Justicia en el proceso de inventario y la exigencia de la asistencia personal de los cónyuges a la comparecencia; desde el punto de vista objetivo haremos algunas consideraciones sobre aspectos concretos del contenido del inventario y concluiremos con una breve referencia a dos cuestiones, de naturaleza procesal una y de naturaleza temporal la otra.

A) INTERVENCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COMPARECENCIA PARA LA FORMACIÓN DE INVENTARIO

Vemos que la comparecencia prevista en el art. 809.1 LEC se realiza ante el letrado de la Administración de Justicia (antes secretario judicial), de modo que en caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo, o uno de ellos no comparezca, el juez no llega a intervenir, salvo para resolver lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario, —aunque esta última cuestión resulta hoy discutible como veremos más adelante—.

Se evidencia así la relevancia que se atribuye al letrado de la Administración de Justicia, cuyas competencias se han venido reforzando desde la Ley Orgánica 19/2003, reafirmandose en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial; y consolidándose con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, siendo esta última la que cambia la denominación de secretarios judiciales por letrados de la Administración de Justicia.

Recordaremos que, al inicio de este trabajo planteamos la cuestión de si el procedimiento objeto de estudio es o no jurisdiccional, puesto que es posible que concluya sin intervención del juez. Quien interviene en el procedimiento es el letrado de la Administración de Justicia, que tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, ha adquirido un relevante protagonismo no solo ya en cuanto al ejercicio de las funciones de naturaleza procesal que tradicionalmente venía ejerciendo, sino que sus competencias se han extendido también al ámbito de la dirección y toma de decisiones.

Esta ampliación de atribuciones ha generado enérgicas críticas doctrinales y jurisprudenciales especialmente en el proceso monitorio²²⁵ y en el de

²²⁵ Al igual que ocurre con el procedimiento de inventario, también el procedimiento monitorio puede concluir sin intervención del juez. Así, si el deudor no se opone y si el letrado de la Administración de Justicia no aprecia incorrección en la cantidad reclamada, el proceso concluye mediante decreto con efecto de cosa juzgada que dicta el letrado de la Administración de Justicia, efecto de cosa juzgada que impide al juez que conozca de la ejecución apreciar la existencia de cláusulas abusivas. Esta regulación de nuestro derecho interno ha venido a ser cuestionada por el TJUE, en la Sentencia de 18 de febrero de 2016 —Asunto C-49/2014— a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cartagena, sentencia que declaró que un régimen procesal de este tipo puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE. Anteriormente el TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 —Asunto Banco Español de Crédito, C-618/10— ya había declarado que la normativa española no era acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, —momento en el que la competencia en el procedimiento monitorio venía atribuida al juez—; esta resolución

inventario que es el que nos ocupa, pues esa expansión competencial²²⁶ se entiende que podría estar invadiendo la función jurisdiccional de juzgados y tribunales, por carecer de encaje en el art. 117 CE.

Por otro lado, conviene tener presente también la normativa europea que viene a ampliar nuestro concepto tradicional de «jurisdicción» y exige que nuestro letrado de la Administración de Justicia se aproxime a la figura del «secretario judicial europeo».

Haciéndonos eco de la discusión doctrinal existente acerca de la naturaleza jurídica de las funciones ejercidas por el letrado de la Administración de Justicia, a estas alturas del análisis que estamos realizando, nos resulta cuando menos insólito que una concatenación de elementos fácticos puede hacer que el proceso matrimonial y el proceso de liquidación se lleven a cabo en su totalidad sin ninguna intervención del juez. Así, cuando

judicial europea motivó la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 42/2015 en cuya Exposición de Motivos, apartado V se justifica la introducción del art. 815.4 LEC, conforme al cual el letrado de la Administración de Justicia, antes de efectuar el requerimiento al deudor, dará cuenta al juez para que pueda apreciar la posible existencia de cláusulas abusivas.

²²⁶ La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial constituyó el primer hito en la ampliación de las competencias de los entonces secretarios judiciales, a los que les encomendó la ordenación e impulso del procedimiento y se reforzaron sus funciones de dirección procesal (Apartado VIII de la Exposición de Motivos), siguiendo la evolución que ya habían iniciado algunos ordenamientos europeos.

Posteriormente, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se reformó la LOPJ, supuso un nuevo avance en ese proceso de dotar al secretario judicial de nuevos cometidos y constituyó el inicio de la necesaria modernización de nuestro sistema judicial, diseñando lo que se ha venido llamando la Oficina Judicial. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial incorporó esa reforma a la normativa procesal. Finalmente, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ modifica la denominación de los secretarios judiciales que pasan a denominarse letrados de la Administración de Justicia.

En la doctrina, ASENSIO MELLADO, J. M. (2009, pp. 78 a 83) realiza un análisis crítico de las nuevas competencias asumidas por los letrados de la Administración de Justicia, poniendo de manifiesto por un lado la creciente «administrativización» del Poder Judicial —con el consiguiente riesgo de asimilar la Administración de Justicia con la Administración del Estado— y por otro las nuevas atribuciones a los letrados de la Administración de Justicia, —algunas de ellas de naturaleza jurisdiccional—, manteniendo simultáneamente su dependencia jerárquica del poder ejecutivo.

los cónyuges presenten la demanda de crisis matrimonial de común acuerdo, acompañando el convenio regulador y posteriormente aprueben el inventario formalizado en la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia, estaremos ante un procedimiento desarrollado íntegramente ante el letrado de la Administración de Justicia, sin ninguna intervención del juez.

Por ello resurge de nuevo la pregunta ¿es jurisdiccional la actividad procesal que desempeña el letrado de la Administración de justicia en la comparecencia para la formación de inventario?

Con carácter general podemos decir que la naturaleza jurídica de la actividad que desarrolla el letrado de la Administración de Justicia es difícilmente reconducible a una única categoría conceptual, debido a la heterogeneidad de sus cometidos, (de impulso procesal, de garantía, de fe pública judicial, de documentación, encargado de la oficina judicial, resolución de expedientes, ejecutivos, de estadística, de recaudación de tasas y depósitos, etc.). La catalogación resulta más compleja aún si tenemos en cuenta que en un mismo acto procesal pueden confluir varios de esos heterogéneos cometidos, en los que convive lo administrativo y lo jurídico-procesal.

Por ello, el primer paso será clasificar dichas funciones o cometidos en dos categorías: por un lado, se situarían las funciones de tipo administrativo o gubernativo (documentación, estadística, encargado de la oficina judicial, etc.) y, por otro, las de naturaleza procesal (impulso procesal, de garantía, fe pública judicial, resolución de expedientes, funciones ejecutivas, funciones de recaudación de tasas y depósitos, etc.).

El siguiente paso será determinar si las funciones de naturaleza jurídico-procesal son o no jurisdiccionales. La pregunta es ¿lo jurídico-procesal es jurisdiccional o no lo es?

Según las teorías actuales del concepto de jurisdicción, esta es el elemento objetivo o publicístico que, junto con la acción y el proceso, conforman los tres pilares de la actividad jurisdiccional. Pues bien, en coherencia con ello, lo jurisdiccional no puede ser lo mismo que lo procesal, aunque existan áreas de coincidencia, pues ciertamente toda actividad jurisdiccional es procesal, pero no toda actividad procesal es jurisdiccional.

Lo difícil es trazar la línea divisoria entre lo puramente jurisdiccional y lo procesal por la estrecha interrelación que existe entre ambas funciones.

Hasta la reforma operada por la Ley 13/2009 podíamos afirmar sin dudar que las competencias del letrado de la Administración de Justicia podían ser administrativas o procesales, pero no jurisdiccionales, ya que estas implican llevar a cabo una actividad decisoria, creadora de Derecho, que viene atribuida a juzgados y tribunales exclusivamente, según establece el art. 117 CE.

Tras la reforma de la legislación procesal que supuso la Ley 13/2009 el letrado de la Administración de Justicia no desempeña solo funciones de impulso procesal, sino que asume otras denominadas por la Exposición de Motivos como «materias colaterales a la función jurisdiccional», que pueden tener carácter decisorio, lo que ha llevado a un sector doctrinal a afirmar su potestad jurisdiccional, como veremos más adelante.

Sin embargo, considero que el elemento distintivo hemos de identificarlo no por el hecho de tener facultad para tomar decisiones, sino que hemos de considerar la naturaleza de las mismas. Este análisis nos lleva a la conclusión de que el letrado de la Administración de Justicia no toma

decisiones con contenido material, sobre el fondo del asunto, sino que su facultad decisoria está circunscrita al ámbito de lo procesal, es decir, podrá tomar decisiones de relevancia procesal, pero no jurisdiccionales en sentido estricto.

Además, a mayor abundamiento, orgánicamente el letrado de la Administración de Justicia forma parte de la estructura gubernativa del Estado, pues depende del Ministerio de Justicia, por lo que carece de independencia para la toma de decisiones, independencia de la que sí gozan los jueces en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Ciñéndonos ya al procedimiento de inventario, entiendo que el art. 809.1 LEC ninguna función decisoria material atribuye al letrado de la Administración de Justicia, pues el legislador únicamente le otorga funciones de asistencia a los cónyuges, de documentación y de citación. En concreto, la norma le atribuye la función de formar el inventario junto con los cónyuges y consignar en acta el acuerdo alcanzado por estos o la conformidad derivada de la falta de comparecencia de uno de ellos (art. 809.1 LEC), y en caso de existir controversia entre los interesados, su actuación se limita a hacer constar en acta las pretensiones de cada cónyuge y a citar a los interesados a una vista (art. 809.2 LEC). En definitiva, quienes toman decisiones son los cónyuges, no el letrado de la Administración de Justicia, cuyas funciones son de naturaleza procesal, no jurisdiccional, y en modo alguno condicionan el desarrollo del proceso ni afectan al fondo del asunto.

Mayores dudas genera la interpretación del último párrafo del art. 809.1 LEC que atribuye al tribunal la resolución sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

Un sector doctrinal²²⁷, defensor de la naturaleza jurisdiccional de algunas funciones de los letrados de la Administración de Justicia, entiende que «Tribunal» es no solo el juez, sino también el letrado de la Administración de justicia y el personal del juzgado, teoría que encontraría fundamento en el art. 117.3 CE que evita referirse al juez para hacerlo a «juzgados y tribunales», entendidos como estructura orgánica compleja.

Esta postura doctrinal en mi opinión es insostenible por varias razones.

En primer lugar, porque tal planteamiento nos llevaría a admitir que todos los miembros del juzgado o tribunal tendrían facultades jurisdiccionales indeterminadas, porque no se concreta, dentro de ese «ente complejo» que es el tribunal, quién las ejerce.

En segundo lugar, por razones de sistemática legislativa, pues el art. 809.1 LEC se refiere expresamente en sus dos primeros párrafos al «Letrado de la Administración de Justicia»; en el tercer párrafo no lo nombra pero se sobreentiende que se refiere a él cuando establece que el acuerdo «se consignará en el acta», mientras que en el cuarto y último párrafo se refiere al «Tribunal», por lo que es evidente que el legislador ha querido distinguir quién es competente en cada caso, de modo que, si hubiese

²²⁷ En este sentido, Seoane Cacharrón, antes de las reformas que ahora comentamos, ya entendió que el secretario judicial es parte del Tribunal y es a este a quien se le atribuye la jurisdicción en sentido amplio, no a los jueces en particular. Defiende que las resoluciones del secretario judicial no invaden el terreno de lo estrictamente jurisdiccional, sino que se sitúan en zonas periféricas dejando a salvo el núcleo de la jurisdicción. Entiende este autor que la LOPJ de 1 de julio de 1985 confiere al secretario judicial un estatus jurídico similar al del juez, de modo que la referencia a «Juzgados y Tribunales» a lo largo del articulado, la función de impulso de oficio (art. 288), la situación en estrados a la misma altura que jueces y magistrados (art. 187) y su carácter de autoridad (art. 281) significa el reconocimiento de jurisdicción propia. SEOANE CACHARRÓN, J., 1986, pp. 53-58.

El mismo autor en relación con la reforma operada por Ley 13/2009 entendió que la potestad jurisdiccional no es exclusiva de jueces y magistrados, ni abarca únicamente la potestad decisoria, sino también la de ejecución, de ordenación y de documentación y que solo la primera de ellas se residencia necesariamente en los jueces y magistrados. SEOANE CACHARRÓN, J., 2011, pp. 1-13.

querido atribuir la competencia al letrado de la Administración de Justicia para las cuestiones relativas a la administración y disposición de los bienes inventariados, simplemente tendría que haberlo nombrado, al igual que hace en los párrafos anteriores.

En tercer lugar, el art. 117.3 CE concluye estableciendo que la competencia de juzgados y tribunales se ejercerá según las normas de competencia establecidas por las leyes, y en el procedimiento concreto que estudiamos, ninguna competencia propiamente jurisdiccional atribuye la LEC al letrado de la Administración de Justicia.

Por ello, estoy de acuerdo con el otro sector doctrinal²²⁸ que entiende que debe ser el juez quien resuelva acerca de la administración y disposición de bienes, pues la atribución judicial contenida en el art. 809.2 LEC, párrafo segundo, conforme a la cual la sentencia resolverá todas las cuestiones suscitadas, ha de hacerse extensiva a los supuestos en los que haya acuerdo sobre el inventario, como es el caso del art. 809.1 LEC, último párrafo, relativo a la administración y disposición de bienes incluidos en el inventario de mutuo acuerdo.

En esta línea el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17 de marzo de 2016²²⁹ entendió que las decisiones procesales que puedan afectar a la

²²⁸ MONTES REYES, A. 2000, pp. 160-161.

²²⁹ STC 58/2016, de 17 de marzo, del pleno del TC, Pte. Ollero Tassara, A. (RTC 2016/58), dictada con ocasión de una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del TC en relación con el art. 102.bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la que se analiza el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, declarando la nulidad del precepto legal que excluye la intervención judicial en la revisión de las diligencias de ordenación dictadas por el letrado de la Administración de Justicia. El origen de la citada cuestión interna de inconstitucionalidad estuvo en un recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas interpuesto contra el decreto del secretario judicial desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación que señalaba para la celebración del juicio oral una fecha muy alejada en el tiempo de la resolución por la que se admitió a trámite la demanda. El precepto cuya inconstitucionalidad

función o potestad jurisdiccional están reservadas a tenor del art. 117.3 CE a los jueces y magistrados, mientras que aquellas que no tienen carácter jurisdiccional se atribuyen a los letrados de la Administración de Justicia. Así, argumenta el TC, «el letrado de la Administración de Justicia (antes secretario judicial), además de ejercer en exclusividad su tradicional función de fedatario público dentro del proceso, así como la de impulso de las actuaciones procesales que ya tenía atribuida, asume ahora también otras funciones "en materias colaterales a la función jurisdiccional" (preámbulo de la Ley 13/2009) [...] la toma de decisiones dentro del proceso se distribuye ahora entre Jueces y Magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro. Se reservan a los primeros, como es obligado, las decisiones procesales que puedan afectar a la función o potestad estrictamente jurisdiccional, que les viene constitucionalmente reservada en exclusiva (art. 117.3 CE); y se atribuye a

se plantea excluye la posibilidad de recurso del decreto del letrado de la Administración de Justicia, lo que priva al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano la cuestión que afecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En resumen, la autocuestión de inconstitucionalidad interna se plantea ante la atípica situación de que se pueda interponer un recurso de amparo contra una decisión que no ha sido dictada por un juez o tribunal.

Existen pronunciamientos similares del TC en otros ámbitos jurisdiccionales, a saber: STC 72/2018, de 21 de junio (RTC 2018/72), en el ámbito del proceso laboral; STC 34/2019 de 14 de marzo (RTC 2019/34) referida a los procesos de cuenta jurada y la STC 15/2020, de 28 de enero, (RTC 2020/15) respecto del art. 454 bis.1 LEC y la prohibición de impugnación directa en revisión ante el juez o magistrado del decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia que resuelve el recurso de reposición promovido contra sus propias resoluciones. En todas ellas se pone de manifiesto que la privación de la posibilidad de someter a decisión última del titular del órgano judicial una cuestión que afecta a un derecho fundamental supone la creación de un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional.

En la misma línea, la Sentencia de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1ª, (TJCE 2016/53) entendió que el proceso monitorio español para reclamar el cobro de una deuda cuando el demandado no se opone formalmente, que concluye mediante un decreto del letrado de la Administración de Justicia con valor de título ejecutivo, no es conforme con el Derecho comunitario, al no permitir la intervención de un Juez que pueda apreciar la existencia o no de cláusulas abusivas. Dicha sentencia fue dictada con motivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado de primera instancia nº 5 de Cartagena mediante Auto de 23 de enero de 2014 (Caso Finanzmadrid E.F.C., SA).

los segundos, que asumen la dirección de la oficina judicial, aquellas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, lo que incluye el dictado de resoluciones procesales que no tengan este carácter».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 28 de septiembre de 2011 entendió que «Los secretarios judiciales no forman parte del Cuerpo único de jueces y magistrados previsto en el artículo 122.1 de nuestra Carta Magna, ni su estatuto responde a las exigencias ineludibles en relación con los titulares de la jurisdicción. Basta recordar que, como se lee en el artículo 440 de la LOPJ, el Cuerpo Superior Jurídico de los Secretarios Judiciales depende del Ministerio de Justicia. Luego, su artículo 463 subraya la ordenación jerárquica y la dependencia funcional de estos cualificados funcionarios de una Administración de Justicia [...] ni siquiera todas las resoluciones de los jueces y magistrados son jurisdiccionales [...]. El concepto de jurisdicción no permite ampliaciones periféricas a partir de un núcleo central. Al menos, en cuanto se oponga a los criterios claramente seguidos por la legislación vigente».

No obstante lo expuesto, la integración de España en el UE nos obliga a dirigir la mirada a países de nuestro entorno y a la normativa europea en cuanto aspira a una regulación uniforme de lo que se denomina el «secretario judicial europeo» al que se le pretende atribuir independencia y la transferencia de competencias judiciales. Ello unido a la ampliación del concepto de jurisdicción en algunas normas europeas que hemos analizado en apartados anteriores (en especial el Reglamento 2016/1103 por ser norma reguladora de la materia que nos ocupa) que ya forman parte de nuestro Derecho interno, nos anticipa la necesidad de adaptación de nuestra regulación a la comunitaria²³⁰.

²³⁰ El «Libro Blanco de la Justicia» que fue aprobado por el CGPJ el 8 de septiembre de 1997 ya adelantó la ampliación de competencias del entonces secretario judicial. Por su parte el Pacto

En este sentido la figura del *Rechtspfleger* alemán nos sitúa ante lo que podríamos considerar un verdadero juez procesal, con facultades de poder jurisdiccional²³¹. A pesar de ello, Habscheid²³² considera que el secretario alemán aún no ha avanzado todo lo que sería deseable en la asunción de competencias, sobre todo si es comparado con el *master* inglés o los secretarios suizos que redactan sentencias, afirmando «me parece un fenómeno que se observa en toda Europa el hecho de que las funciones judiciales no se realicen únicamente por el Juez, sino que más bien se produzca una división del trabajo entre más órganos que ejercen la jurisdicción».

En nuestro ordenamiento interno, la Ley de Jurisdicción Voluntaria constituye, hoy por hoy, el último avance en la atribución de competencias decisorias al letrado de la Administración de Justicia, y en la doctrina hay autores que le reconocen facultades jurisdiccionales²³³.

En fin, en la doctrina se habla de «actos jurisdiccionales puros», que son realizados por el juez cuando resuelve sobre el fondo y «actos jurisdiccionales por accesión»²³⁴ o «conexos», a los que la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 denomina «materias colaterales a la función jurisdiccional». También existe un amplio sector doctrinal²³⁵ que considera que la potestad jurisdiccional no es exclusiva de los Jueces y Magistrados,

de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 incidió en la necesidad de potenciar las funciones del secretario judicial.

²³¹ El *Rechtspfleger* ha sido objeto de un detallado estudio por Cereijo Soto, A., 2015.

²³² HABSCHIED, WALTER J., 1989.

²³³ GÓMEZ ARROYO, J.L. (2004, pp. 1-70) defiende una nueva redacción del art. 117.3 de la CE, de tal modo que se sustituyan los términos «jueces y tribunales» por «juzgados y tribunales» porque entiende que tal expresión refleja mejor la realidad, ya que incluiría al secretario que también tiene *autoritas* y *potestas* para dictar resoluciones procesales (judiciales). En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEL BARCO, 1962.

²³⁴ PEREZ DAUDI, V., 2010 (p. 1598 a 1604).

²³⁵ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., 2021 p. 44; ASENSIO MELLADO, J.M., 2009, pp. 78 a 83.

pues debido a su carácter complejo se desmiembra o ramifica en diferentes funciones, de tal modo que además de la función decisoria, tiene también la función ejecutiva, de documentación y de ordenación, si bien solo la primera corresponde exclusivamente a jueces y magistrados.

En definitiva, el constante goteo normativo ampliando las competencias del letrado de la Administración de Justicia y las corrientes doctrinales defensoras del carácter jurisdiccional de algunas de sus competencias parecen anticipar un avance hacia una nueva concepción del Derecho Procesal, lo que va a exigir reformas estructurales que previsiblemente desterrarán algunos de sus principios básicos tradicionales.

B) INTERVENCIÓN DE LOS CÓNYUGES EN LA COMPARECENCIA PARA LA FORMACIÓN DE INVENTARIO. EXIGENCIA DE COMPARECENCIA PERSONAL

Con carácter general el procurador es el *alter ego* de la parte a la que representa, pero el art. 25.3 LEC establece excepciones para los actos que conforme a la ley deban intervenir personalmente las partes interesadas. Una de estas excepciones la establece el art. 809.1 LEC. Como ya vimos al tratar el tema de la legitimación, los cónyuges han de comparecer personalmente al acto de formación de inventario.

No obstante, cabe plantearse si verdaderamente el legislador exige la presencia personal de los cónyuges siendo que no determina una participación concreta de los mismos. Tal y como quedó expuesto al tratar el tema de la legitimación, entiendo que es totalmente lógica la exigencia de asistencia personal de los cónyuges a la comparecencia de inventario, dada la trascendencia de dicho momento procesal, en el quedan fijadas las posiciones de las partes de forma definitiva. Considero que, al igual que ocurre con la prueba de interrogatorio de parte, no es posible la representación porque solo las partes interesadas, los cónyuges en el

proceso de inventario, tienen conocimiento de los bienes o deudas que puedan ser incluidos o excluidos y solo ellos podrán aclarar o resolver las dudas o incidencias que respecto al contenido del inventario puedan surgir. Además, en caso de existir acuerdo en cuanto al contenido del inventario, necesariamente deberán ser los cónyuges quienes lo suscriban, pues no es posible otorgar poder especial a procurador porque no se contempla en el art. 25.2 LEC.

De acuerdo con el art. 809.1 LEC, la incomparecencia de uno de los cónyuges implica que se presume su conformidad con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge comparecido.

Sin embargo, entiendo que esta drástica consecuencia que establece la ley puede generar problemas interpretativos cuando el cónyuge que no comparece es el que ha presentado la solicitud de inventario y el otro cónyuge comparece proponiendo otro diferente. Resulta poco coherente que la incomparecencia del cónyuge que formalizó un inventario tenga como consecuencia su conformidad con el elaborado posteriormente por el otro cónyuge. ¿Cómo va a presuponerse su conformidad con algo que desconoce?; lo mismo hemos de objetar si nos situamos en la posición del demandado, cuando no tiene un domicilio conocido y es notificado mediante edictos. Además, es evidente que el inventario que incluyó en su solicitud el cónyuge solicitante implica ya una oposición al que pueda formular el otro cónyuge.

El legislador no regula el supuesto en el que ninguno de los cónyuges acuda a la comparecencia. En tal caso, entiendo que, si ambas incomparecencias son injustificadas, procederá el sobreseimiento del proceso y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el art. 414.3 LEC para el procedimiento ordinario, y bastará con que uno de los cónyuges justifique su ausencia para suspender el acto y señalar nueva fecha para la comparecencia.

C.- CONTENIDO DEL INVENTARIO

Surge la duda acerca de si el contenido del inventario es definitivo o pueden añadirse o suprimirse bienes una vez consignados en el acta, pues el patrimonio está activo y sufre modificaciones durante la tramitación del procedimiento (compra o venta de bienes, adquisición o venta de productos financieros, amortizaciones de préstamos, asunción de nuevas deudas...), sin que la ley prevea ningún trámite para actualizar el inventario.

No parece muy coherente que el régimen económico siga vivo, y por lo tanto modificándose el activo y el pasivo, y que, sin embargo, se considere que una vez formado el inventario y reflejado en el acta, sea inamovible. Ello es contrario a la propia naturaleza de la liquidación.

El legislador ha introducido la posibilidad de formar el inventario a la vez que se tramita la causa matrimonial de nulidad, separación y divorcio²³⁶,

²³⁶ El ALCP convertía esa posibilidad en imposición al establecer que en la propia demanda de nulidad, separación o divorcio deberá instarse la formación de inventario. La Exposición de Motivos justifica esta reforma en la consideración de que solventando el aspecto económico desde el principio se reducirá la conflictividad del procedimiento matrimonial. En efecto, el citado Anteproyecto establece que, a falta de acuerdo en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, para su posterior liquidación, pudiendo acumular la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación. Esta regulación supone un profundo cambio con respecto a la actual, pues mientras el actual art. 808 establece que se podrá solicitar el inventario «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial», el Anteproyecto comentado establece, con carácter imperativo, que a la demanda se acompañe una propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que deben iniciarse simultáneamente el procedimiento matrimonial y el procedimiento de liquidación. Además, prevé que el secretario Judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, hará constar la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, que se tramitará conforme a lo dispuesto en los arts. 809 y ss. Nos preguntamos si podríamos seguir manteniendo nuestra tesis de la autonomía del proceso de inventario en el

seguramente con la finalidad de ganar tiempo, pero realmente lo que se consigue es generar demoras, costes e inseguridad jurídica puesto que a buen seguro cuando se vaya a proceder a la liquidación habrán pasado muchos meses, incluso años en algunos casos, y necesariamente habrá que rehacer el inventario.

Late en el fondo la cuestión de si ha de prevalecer la realidad cambiante, que exige que el inventario no quede definitivamente establecido en este momento de la comparecencia, sino que ha de concebirse como algo dinámico y flexible, adaptable a la realidad de cada momento, o por el contrario han de priorizarse las exigencias de seguridad jurídica, de modo que, en aras a ella, una vez determinadas las diferentes partidas, sean inamovibles.

Creo que realmente el problema planteado en la práctica tiene una fácil solución cuando existen variaciones patrimoniales que afecten a bienes inmuebles cuya titularidad corresponda a ambos cónyuges, pues estas habrán de producirse por acuerdo entre ambos cónyuges (Si venden un bien inmueble será necesaria la concurrencia del consentimiento de ambos), por lo que con fundamento en la autonomía de la voluntad, ambos cónyuges podrán solicitar de mutuo acuerdo la modificación del inventario en tal sentido.

caso de que dicho Anteproyecto vea la luz y se convierta en norma de nuestro ordenamiento jurídico, pues podría entenderse que la pieza separada tiene como consecuencia que el inventario en particular y la liquidación en general pierda el carácter de proceso autónomo para pasar a ser una cuestión incidental dentro del procedimiento matrimonial. Si como hemos afirmado al tratar la naturaleza jurídica del inventario, lo relevante es el objeto y la resolución que recae, es evidente que hemos de seguir defendiendo su carácter autónomo, aunque procesalmente se ventile como pieza separada del procedimiento matrimonial. Esta nueva regulación confirmaría la tesis de que estamos ante un único procedimiento con varios procesos y confirmaría también que la liquidación va necesariamente unida al procedimiento matrimonial. Sin embargo, al margen de valoraciones teóricas, creo que el Anteproyecto responde a un criterio eminentemente práctico. El legislador trata de agilizar el procedimiento de liquidación, bajo el criterio de que una vez solventadas las cuestiones económicas, será más fácil resolver las discrepancias personales entre los cónyuges.

El problema surgirá cuando se trate de bienes muebles dispuestos por uno de los cónyuges o cuando la alteración patrimonial se refiera a un inmueble dispuesto por la actuación exclusiva de uno de los cónyuges. En tales casos no cabrá la modificación del inventario, salvo conformidad expresa del cónyuge no disponente, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Una cuestión relacionada con la anterior es si en el inventario debe o no incluirse el avalúo de los bienes y deudas.

Podría interpretarse que el legislador ha querido que en el inventario conste ya la valoración de bienes y deudas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 809.2 LEC, puesto que la mención a la posibilidad de que se suscite controversia sobre el importe de cualquiera de las partidas, implica que debe de existir ya una valoración de las mismas.

Sin embargo, entiendo que valorar los bienes y deudas en este momento inicial del procedimiento puede generar problemas en el momento de la formación de lotes y adjudicación, pues como hemos dicho, se trata de un patrimonio vivo que puede experimentar cambios de valor a lo largo del procedimiento. Considero por ello que la referencia que el artículo 809.2 de la ley procesal hace al «importe» de las diferentes partidas no puede entenderse como «valoración». «Importe» y «valoración» son conceptos distintos. El primero se refiere a cantidades que son líquidas por su propia naturaleza (saldos y depósitos bancarios, valores, efectos mercantiles), porque se refieren a una cantidad de dinero cierto, y por ello han de consignarse ya en el inventario, sin necesidad de ninguna valoración. Por el contrario, si se trata de otros bienes muebles o inmuebles, será preciso valorarlos, pero no en la fase de inventario, sino en la de liquidación propiamente dicha.

Por ello, el problema realmente no es tal en la práctica, pues los cambios patrimoniales habrán de acordarse por ambos cónyuges y los cambios de valor que experimenten los bienes durante el proceso de inventario carecen de relevancia procesal porque el valor se fijará en un momento posterior, en la fase de liquidación.

Finalmente, hemos de puntualizar que el ALCP modificaba sustancialmente el contenido del artículo 809 LEC²³⁷.

²³⁷ El citado Anteproyecto establece lo siguiente:

1.- A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, si se hubiera realizado en el procedimiento matrimonial, el Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, dejará constancia de la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, así como la anotación de la demanda en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 CC, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil. Abierta la pieza, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la citación para la formación del inventario puede comprometer el patrimonio del matrimonio, el Tribunal podrá acordar, sin más trámites, mediante auto, en el plazo de cinco días, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario y aquellas medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos susceptibles de sustracción u ocultación. Contra el auto que acuerde dichas medidas sin previa audiencia del demandado cabrá oposición conforme al artículo 739.

2.- Admitida la solicitud, el Secretario Judicial señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges. En el día y hora señalados, procederá el Secretario judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto. En el mismo día o en el siguiente, el Tribunal ratificará, en su caso, las medidas adoptadas sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario o, en su defecto, resolverá lo que proceda.

3.- Si se suscitase controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

D.- CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA COMPARECENCIA DEL CÓNYUGE NO PETICIONARIO PARA Oponerse

La ley no prevé una solución para el caso en el que el cónyuge no peticionario comparezca simplemente para oponerse, sin proponer otro inventario, pues en tal caso no puede darse por válida su propuesta de inventario simplemente porque no existe. Tampoco puede darse al cónyuge comparecido por conforme con el inventario presentado por el cónyuge ausente, puesto que aquel ha comparecido precisamente para oponerse, por lo que entiendo que la única posibilidad será el archivo de las actuaciones.

E.- PLAZO PARA LA CELEBRACIÓN DE LA COMPARECENCIA

Pueden surgir además algunos problemas prácticos debido al reducido plazo de tiempo que media entre la admisión de la solicitud de inventario y la celebración de la comparecencia. Así, el plazo máximo de 10 días en que el letrado de la Administración de Justicia debe señalar la comparecencia es muy reducido, de modo que difícilmente el cónyuge no solicitante podrá obtener los documentos que pretenda aportar a dicha comparecencia, mientras que el solicitante habrá dispuesto de todo el tiempo necesario para preparar su documentación antes de iniciar el procedimiento.

Por otro lado, el solicitante también puede verse en una situación de desigualdad procesal, puesto que en el mismo acto de la comparecencia el otro cónyuge puede presentar su propuesta de inventario, sin que el solicitante tenga tiempo para examinar la documentación traída al procedimiento en ese mismo momento, en muchas ocasiones con aportación copiosa de documentación que exige un detenido análisis por su complejidad jurídica o por la relevancia de determinados datos que

fácilmente pueden pasar desapercibidos por la falta de tiempo. Frente a ello, el cónyuge no solicitante ha tenido conocimiento, con una antelación de diez días, de la propuesta de inventario formulada por el otro cónyuge.

3.5.- JUICIO VERBAL Y SENTENCIA

Finalmente, el artículo 809.2 LEC establece que si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el letrado de la Administración de justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, y la sentencia que recaiga resolverá todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes. La remisión del precepto lleva a los artículos 437 y siguientes LEC, reguladores del juicio verbal. Ante el silencio de la norma, cabe plantearse si la sentencia que recaiga producirá o no efecto de cosa juzgada.

Entiendo que la sentencia que ponga fin al proceso de inventario producirá efecto de cosa juzgada porque no ha sido expresamente excluida por el legislador, como sí lo hace en el artículo 810.5 LEC al regular la liquidación por remisión a los artículos 785 y siguientes LEC, negando tal eficacia el artículo 787 LEC. Además, no cabe incluir la sentencia dictada en el procedimiento de inventario en ninguno de los supuestos que contempla el artículo 447 LEC, que enumera los casos en los que la sentencia dictada en un proceso verbal no produce efectos de cosa juzgada.

En consecuencia, el proceso de formación de inventario de los artículos 808 y 809 LEC constituye un proceso declarativo y además es un proceso plenario, por ser el efecto de cosa juzgada el elemento distintivo de este tipo de procesos.

4.- LIQUIDACIÓN

4.1.-EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

La liquidación propiamente dicha aparece regulada en el artículo 810 LEC para la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen que implique una comunidad de bienes, y en el artículo 811 LEC para el régimen de participación. La regulación del artículo 810 sigue una estructura similar a la del artículo 809.

El artículo 810.1 LEC establece que concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de este.

De este primer apartado podemos extraer los tres requisitos que exige el legislador para poder instar la liquidación. En primer lugar, el precepto exige el presupuesto previo de que se haya producido la disolución del régimen económico de manera firme; en segundo lugar, el inventario debe de estar concluido, lo que hemos de entender en el sentido de que habrá de estar ya fijado de modo incontrovertible; finalmente, es necesario que cualquiera de los cónyuges inste la liquidación.

Hemos de aclarar algunas cuestiones al respecto.

En relación con la disolución, ya hemos visto que esta ha de preceder a la liquidación, pues, en palabras del TS (STS de 17 de febrero de 1992 —Sala 1ª— (RJ 1992/1258)), es legalmente inviable que la sociedad de gananciales (como cualquier otro ente societario o comunitario de la naturaleza que sea) pueda entrar en fase de liquidación sin que previa o simultáneamente se haya producido su disolución (art. 1396 CC). Corrige así el Alto Tribunal la insólita afirmación contenida en la sentencia recurrida, que entendía que la sociedad de gananciales no estaba disuelta, pero sí en periodo de liquidación.

Pero es evidente que la liquidación no se produce automáticamente, sino que exige la realización de una serie de operaciones que se desarrollan en un lapso de tiempo más o menos largo, lo que provoca una situación transitoria o provisional del patrimonio común en liquidación, de modo que podemos afirmar que este pasa por tres fases o situaciones jurídicas sucesivas en el tiempo: 1) patrimonio ganancial, 2) masa abocada a la división, 3) atribución a cada cónyuge de su haber²³⁸.

En relación con la conclusión del inventario, entendemos que, en los casos en los que no haya habido acuerdo, es muy probable que el proceso se dilate en el tiempo, pues para resolver la controversia se ha de seguir juicio verbal, que concluirá con sentencia recurrible, por lo que será necesario esperar a que recaiga sentencia firme en la segunda instancia antes de instar la liquidación.

Respecto al tercer requisito citado, hemos de advertir una cuestión de precisión semántica, pues la referencia a «cualquiera de los cónyuges» no procede en los casos de nulidad o divorcio, por lo que habría sido más adecuado referirse a los «excónyuges».

²³⁸ Según la STS 199/1995, 8 de marzo, Sala 1ª, (RJ 1995/2158): «En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida la disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad, aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición».

Por su parte, la STS 781/1998, de 24 de julio, Fº Dª 10º, (RJ 1998/6446) establece que una vez disuelto el régimen económico matrimonial, el patrimonio común subsiste, pero las relaciones jurídicas entre los cónyuges pasan a ser similares a las de la comunidad hereditaria, en cuanto recae sobre la totalidad del patrimonio del causante participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el art. 397 del Código Civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de los bienes integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.

Finalmente, la STS 596/2008, de 25 de junio, Secc. 1ª, (RJ 2008/4270) entiende que «[...] la comunidad hereditaria, como un tipo especial de comunidad, queda comprendida en el marco general de la comunidad de bienes, pero la doctrina señala que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral».

Del mismo modo que dijimos al estudiar la solicitud de inventario, la solicitud de la liquidación no exige los requisitos formales propios de una demanda, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

El apartado segundo del precepto analizado, en absoluto paralelismo con lo establecido en el artículo 808.2 LEC, establece que la solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables.

Parece que el legislador ha omitido la referencia a los créditos que la sociedad tenga contra cada uno de los cónyuges, que obviamente han de integrarse en el activo de la masa común. Por ejemplo, no es infrecuente que se haya destinado dinero ganancial para mejorar bienes privativos, para hacer frente a deudas privativas derivadas de compensaciones hereditarias, gastos fiscales derivados de herencias y donaciones, etc.

La remisión a las normas civiles a la hora de formar los lotes nos conduce al artículo 1406 CC, conforme al cual cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber los bienes de uso personal no incluidos en el artículo 1346.7 CC. Por lo tanto, excluidos los bienes personales calificados como privativos por este último precepto —ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor—, conforme al art. 1404 CC cada cónyuge podrá solicitar la inclusión en su lote de la explotación económica que gestione efectivamente, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y finalmente, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Conforme al apartado tercero, una vez admitida a trámite la solicitud de liquidación, el letrado de la Administración de Justicia señalará, dentro del plazo máximo de diez días, el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante él al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias.

Podemos apreciar que la redacción es prácticamente similar a la del art. 809 LEC, de tal modo que la comparecencia también está presidida por el letrado de la Administración de Justicia, cuya función es básicamente dirigir la misma y dar fe pública procesal de los actos que desarrollan las partes, verdaderas protagonistas del procedimiento, siendo inexistente la actuación del juez, por lo que cabe reproducir aquí todo el planteamiento que hicimos acerca de la naturaleza jurídica de la fase de inventario (Capítulo II, apartado 3).

La diferencia la marca la mención al contador y a los peritos, personas ajenas al procedimiento cuya intervención está motivada por el desacuerdo de los cónyuges y la necesidad de llevar a cabo la valoración y posterior partición de los bienes y deudas comunes.

Nada precisa el precepto estudiado acerca de cómo hayan de hacerse los nombramientos de contador y peritos. Sin embargo, aunque no hay remisión expresa, entiendo que resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 784 a 786 LEC, que regulan la intervención del contador y de los peritos en el procedimiento para la división de herencia. Podríamos distinguir las siguientes fases en dicha intervención: designación, aceptación del cargo, entrega y puesta a disposición de documentación y demás material necesarios, práctica de las operaciones de avalúo por el perito y de división por el contador, y presentación de las operaciones divisorias.

Conforme al citado artículo 784 LEC, las partes concurren a una Junta que es presidida por el letrado de la Administración de Justicia, y en ella los interesados deberán ponerse de acuerdo o, en su defecto, designar contador que practique las operaciones divisorias y, en su caso, perito o peritos que practiquen el avalúo de los bienes.

El apartado cuarto establece que cuando alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado sin causa justificada, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. Cabe reproducir aquí las mismas objeciones que hicimos en el capítulo anterior relativo al acto de formación de inventario, pues no parece muy coherente que la incomparecencia del cónyuge que solicitó la liquidación tenga como consecuencia su conformidad con la liquidación que presente el cónyuge comparecido, ya que aquel desconoce su contenido. Desde el punto de vista del cónyuge no solicitante también es criticable esta regulación, pues cuando no tenga domicilio conocido y sea notificado por edictos se le tendrá por conforme con una propuesta de liquidación cuyo contenido ignora. Tanto en este caso de falta de comparecencia de uno de los cónyuges como cuando comparezcan ambos cónyuges y lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta, se dará por concluido el acto y se llevará a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 LEC, artículo que regula la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero en la división de la herencia.

El artículo 788.1 LEC establece que, una vez que han sido aprobadas definitivamente las particiones, el letrado de la Administración de Justicia procederá a entregar a cada cónyuge los bienes adjudicados y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación.

El artículo 788.2 LEC exige la protocolización notarial de la partición, a pesar de que ha sido realizada bajo fe pública del letrado de la Administración de Justicia.

Como vemos, también corresponde al letrado de la Administración de Justicia la tramitación del procedimiento de liquidación cuando no existe controversia. En ningún momento interviene el juez, por lo que la actividad jurisdiccional está totalmente ausente, lo que genera problemas prácticos a la hora de dar publicidad registral a los bienes adjudicados, como vamos a ver a continuación.

El artículo 788 LEC establece que se entregarán a los interesados los títulos de propiedad, nombrando específicamente al actuario como profesional competente para poner las notas expresivas de la adjudicación en los citados títulos de propiedad, al objeto de proceder después a su inscripción registral, conforme a lo establecido en los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 y 81 del Reglamento Hipotecario. Y es aquí donde surge el problema, pues el citado artículo 14 LH exige que las adjudicaciones concretas estén determinadas en escritura pública o en sentencia firme, y en el caso que nos ocupa, las adjudicaciones no constarán ni en escritura pública notarial ni en sentencia judicial, sino en el acta extendida por el letrado de la Administración de Justicia conforme a lo que establece el artículo 810.4 LEC, y no parece muy coherente con nuestro sistema procesal que esta fase del procedimiento concluya sin una resolución procesal propiamente dicha.

En definitiva, la descoordinación entre la Ley Procesal y la legislación hipotecaria, dado el tenor de los preceptos estudiados, impediría la inscripción registral de los bienes adjudicados a cada cónyuge por no constar dicha adjudicación en escritura notarial ni en sentencia firme.

En la práctica, esta cuestión ha generado una polémica interpretativa, resuelta por la Dirección General de Registros y del Notariado²³⁹, que en sus resoluciones más recientes deniega la inscripción de los bienes adjudicados a cada cónyuge si no se ha protocolizado el acta de partición.

Tal doctrina contrasta con la que mantuvo en la RDGRN de 13 de abril de 2000 (RJ 2000/2750), que consideró título inscribible el testimonio expedido por el entonces secretario judicial, —hoy letrado de la Administración de Justicia—, por entender que el testimonio del auto aprobatorio de la partición es un documento público que acredita plenamente la realidad del acto particional y su eficacia. Esta resolución entiende que el acta notarial no tiene por objeto documentar una nueva prestación de consentimiento de los interesados en la partición, de modo que no añadiría al testimonio judicial un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo.

Advertimos una diferencia sustancial en cuanto a la cualidad del título objeto de inscripción, pues mientras en la RDGRN del año 2000 el título inscribible era el auto dictado por el juez o tribunal, en las resoluciones de la DGRN más recientes el título que se pretendía inscribir era el acta particional emitida por el letrado de la Administración de Justicia, desprovisto del ropaje de jurisdiccionalidad del que gozan las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, razón que podría justificar el cambio de criterio de la DGRN.

No obstante, sorprende el hecho de que en la RDGRN del año 2000 se dejara constancia de la falta de concordancia entre el art. 1081 de la vieja LEC²⁴⁰ por

²³⁹ RDGRN de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5934); RDGRN de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/742); RDGRN de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/502); RDGRN de 22 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5469). (Mediante Real Decreto 139/2020, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la DGRN ha pasado a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. No obstante, seguiremos refiriéndonos a la DGRN por ser la denominación que tenía cuando se dictaron las resoluciones a las que hacemos referencia).

²⁴⁰ Precepto que exigía la protocolización del auto aprobatorio de las operaciones divisorias.

un lado y el art. 3 LH por otro, siendo aquel precepto el que sustentaba la exigencia de protocolización y este el que permitía obviarla, y sin embargo, paradójicamente, en las resoluciones más recientes, el citado art. 3 LH sufre una mutación interpretativa, ya que es el que sirve de fundamento jurídico para exigir la protocolización.

En efecto, la DGRN en recientes resoluciones fundamenta la negativa a la inscripción, al amparo del principio de legalidad, haciendo una interpretación literal del art. 3 LH. Así, entiende que dicho precepto exige que los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales deben estar consignados en escritura pública, ejecutoria o «documento auténtico expedido por Autoridad judicial» o por el Gobierno o sus Agentes. Tal enumeración no constituye una opción, sino que cada acto inscribible deberá documentarse en la forma que sea congruente con su propia naturaleza, y dicha forma habrá de ser una de las enumeradas (escritura pública, ejecutoria, documento auténtico...).

Tan radical cambio interpretativo con respecto a la RDGRN de 13 de abril de 2000 podría encontrar una razón lógica en el hecho de que, si bajo la vigencia del art. 1081 de la vieja LEC el auto judicial debía ser protocolizado, con más motivo deberá exigirse esta cuando estamos ante un acta particional emitida por el letrado de la Administración de Justicia. De ahí, en mi opinión, el «contorsionismo» a que se ve sometido el art. 3 LH, a falta del art. 1081 de la vieja LEC y ante las nuevas competencias asumidas por los letrados de la Administración de Justicia.

Ciertamente, puede parecer baladí la exigencia de protocolización porque esta nada nuevo añade a un documento público judicial otorgado por el letrado de la Administración de Justicia, cuyo cometido consiste precisamente en dar fe de las actuaciones judiciales y la documentación de las mismas, de conformidad con las funciones que le vienen atribuidas en la

LOPJ (art. 453 Y 454 LOPJ) y como tal documento público cumple todas las exigencias de la legislación hipotecaria para acceder al registro (arts. 3 y 82 LH y art. 174 RH). Esa falta de un nuevo efecto habilitante excluiría la necesidad de la protocolización y constituiría un argumento sólido para admitir la inscripción.

Quienes abogan por la procedencia de la inscripción argumentan que la DGRN admite el carácter inscribible del convenio regulador que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, con la exigencia de que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación.

Sin embargo, la DGRN hace una distinción relevante, pues no estamos ante un convenio regulador aprobado en un proceso de separación o divorcio, sino ante un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y la diferencia es relevante. Entiende que un convenio regulador puede resultar título inscribible pero únicamente respecto a aquellos contenidos que tengan carácter familiar, como puede ser la liquidación del patrimonio ganancial, pero sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, como es el caso, por ejemplo, de los procesos judiciales de división de herencia, —en los que es exigible escritura pública—, o del proceso de liquidación judicial de gananciales.

Entiendo que la diferencia más destacable es que la DGRN exige además, para proceder a la inscripción, que el convenio regulador haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación, es decir, debe constar en resolución judicial con forma de sentencia y es evidente que la partición aprobada por el letrado de la Administración de Justicia no cumple tal requisito.

Al hilo de ello surge la siguiente cuestión: ¿qué ocurre en los procedimientos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, supuestos en los que el convenio regulador es

aprobado mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia? Esta cuestión se plantea a partir de la LJV, que introduce el apartado 10 del artículo 777 de la LEC, el cual atribuye al letrado de la Administración de Justicia la competencia para dictar decreto pronunciándose sobre el convenio regulador cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente.

La consecuencia de ello será que cuando el convenio regulador sea aprobado en un procedimiento matrimonial contencioso, mediante sentencia judicial, la partición podrá acceder al registro sin necesidad de protocolización, mientras que cuando el convenio regulador sea aprobado en un procedimiento de mutuo acuerdo, por el letrado de la Administración de Justicia y mediante decreto, la protocolización será exigible. Esta situación a mi entender podría generar procesos contenciosos ficticios, simulando una conflictividad inexistente, con el único objetivo de evitar la protocolización cuando, atendiendo al valor de los bienes adjudicados, la intervención notarial pueda suponer un coste económico elevado.

Además, la DGRN añade un nuevo argumento, exigiendo que la causa por la que se liquida el régimen económico matrimonial conste inexcusablemente en el título, no solo porque es determinante de la validez del negocio jurídico en cuestión, sino también de sus efectos. Tal causa deberá después quedar reflejada en la inscripción, sin que juegue la presunción de su existencia del art. 1277 CC, ni de su licitud. Esta exigencia del elemento causal y de la licitud quizás venga motivada por una subyacente sospecha de utilización artificiosa del proceso, y lo que trate sea evitar posibles fraudes fiscales en aquellos casos en los que el objeto de la liquidación no sea la división del haber ganancial sino llevar a cabo un trasvase de patrimonio entre los excónyuges.

Finalmente, entiendo que la argumentación de la DGRN viene de algún modo a limitar la fe pública del letrado de la Administración de Justicia al ámbito intraprocesal, negándole tal cualidad en el ámbito registral. Tal criterio podría encontrar sustento en la STC de 17 de marzo de 2016 (RTC 2016/58), a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, por cuanto limita la fe pública del letrado de la Administración de Justicia al ámbito procesal. En efecto, *obiter dicta* entiende que «el letrado de la Administración de Justicia (antes secretario judicial), además de ejercer en exclusividad su tradicional función de fedatario público dentro del proceso [...] asume ahora también otras funciones [...]». Aunque también podría entenderse que el Alto Tribunal realmente está tratando de remarcar que el letrado de la Administración de Justicia tiene la exclusividad de la fe pública intraprocesal, sin que ello implique que no pueda asumirla también en el ámbito extraprocesal.

Desde mi punto de vista, el encorsetamiento interpretativo de la DGRN no se coliga bien con las últimas reformas que amplían sustancialmente las competencias del letrado de la Administración de Justicia y que suponen una puesta en valor o reforzamiento de su cualificación profesional.

Por ello, la actual situación debería resolverse *de lege ferenda* mediante la adaptación de la legislación hipotecaria a la legislación procesal, permitiendo el acceso al registro de los documentos que gozan de fe pública por haber sido otorgados a presencia del letrado de la Administración de Justicia. Considero que el legislador ha perdido una ocasión de oro en las últimas reformas de la Ley Hipotecaria para adecuarla a las nuevas competencias reconocidas a los letrados de la Administración de Justicia. Una nueva redacción del art. 3 LH habría resuelto el problema, añadiendo al documento auténtico expedido por «autoridad judicial» el expedido por «letrado de la Administración de Justicia».

A pesar de esa falta de armonización, entiendo que es posible una interpretación de la legislación hipotecaria que permita la inscripción de la partición sin necesidad de protocolización.

El artículo 75 RH establece que de conformidad con el artículo 1333 CC, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 LH y 7 RH.

Dicho artículo 2 LH enumera los títulos, actos, contratos y resoluciones que tendrán acceso al Registro, precisando el artículo 3 que para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad Judicial o por el Gobierno o sus Agentes.

En mi opinión, una solución al problema planteado podría venir dada por el artículo 7 RH, ya que con amplitud de criterio establece que no solo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en los distintos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

4.2.- ESPECIAL REFERENCIA AL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR Y DE PERITOS

A) NOMBRAMIENTO DE CONTADOR

Cuando no sea posible el acuerdo entre los cónyuges, acerca de cómo llevar a cabo la liquidación, se procederá al nombramiento de

contador²⁴¹ y, en su caso, de peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 LEC, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes LEC, relativos a la partición de herencia.

Si el acuerdo sobre designación de contador no se alcanzase, se designará uno por sorteo, conforme a lo establecido en el artículo 341 LEC, que regula el procedimiento para la designación judicial de perito, con la peculiaridad de que el designado deberá de serlo entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio.

Dado el tenor literal del precepto, si el contador es designado de mutuo acuerdo, no se le exigirá ninguna cualificación especial²⁴², aunque sí deberá de reunir los requisitos generales de capacidad. Por el contrario, si es designado por sorteo, se exige la profesionalización y cualificación técnica en la materia, ya que deberá de estar colegiado como abogado ejerciente en el lugar del juicio, requisito que ya era exigido por la LEC de 1881, por lo que se consolida así una tendencia a la profesionalización de esta figura.

Es evidente que la remisión lo es únicamente al apartado primero del artículo 341 LEC, puesto que el apartado segundo se refiere a la designación de persona sin título oficial y en la materia que estamos estudiando se exige la cualificación profesional como abogado ejerciente.

Sin embargo, surgen algunas dudas interpretativas respecto a cómo ha de

²⁴¹ La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha superado la anterior indefinición del artículo 1070 de la vieja ley procesal, que permitía el nombramiento de más de un contador, incluso existía la posibilidad de nombrar varios contadores partidores y en caso de desacuerdo entre ellos se nombraba el contador partidior dirimente, lo que evidentemente alargaba el procedimiento.

²⁴² No obstante, algún sector doctrinal defiende la aplicación general del requisito de la profesionalización y cualificación técnica. En este sentido MONTES REYES, A., 2000, p. 58. Dicha autora, en sede de proceso de división hereditaria, considera que la profesionalización debe exigirse también cuando el contador es nombrado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial, ya que con ello se evitan algunas situaciones conflictivas.

aplicarse el apartado primero, pues cabe plantearse si ha de existir un único sorteo anual, tal como se deriva del tenor literal del precepto, —solo la primera designación anual se realizaría por sorteo, siguiendo las designaciones siguientes un orden correlativo sin sorteo— o si por el contrario ha de entenderse que deben realizarse ante el letrado de la Administración de Justicia sorteos singulares para cada designación de perito —en cuyo caso existirán múltiples sorteos, uno cada vez que haya de designarse un perito—²⁴³.

En mi opinión, debe existir un único sorteo, pues el precepto es claro a este respecto. El sorteo inicial tendrá lugar en presencia del letrado de la Administración de Justicia y se realizará en la primera designación de cada lista; a partir de ella se practicarán las siguientes designaciones de forma correlativa y sin necesidad de sorteos sucesivos.

De acuerdo con el tenor literal del precepto, una primera interpretación nos llevaría a entender que en el mes de enero de cada año se interesará del Colegio de Abogados del lugar del juicio el envío de la lista de colegiados dispuestos a actuar como peritos. Siguiendo esa misma interpretación literal, la lista la integrarían únicamente los letrados que voluntariamente se ofrezcan para ocupar el cargo.

²⁴³ PEDRAZ PEÑALVA, E Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. se plantean esta cuestión al afirmar que «No resulta evidente si la remisión tiene carácter total, en cuyo caso se ha de pasar por lo que arroje un hipotético sorteo anual practicado conforme a lo previsto en el referido art. 341 LEC, o si, más bien, con tal remisión se pretende únicamente hacer hincapié en que el sorteo de entre los que cumplan las condiciones, y voluntariamente se ofrezcan para ocupar el cargo, se efectuará en presencia del Secretario. A pesar de que del tenor literal de lo dispuesto en el precepto comentado —"se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341"— parezca deducirse la segunda intelección, abonaría la primera de estas interpretaciones el que tendría la virtud de contribuir a dar mayor celeridad al procedimiento sin que, [...] pueda estimarse que la selección de los candidatos para el sorteo por los Colegios presente problemas mayores, en cuanto a determinar su cualificación, que los que provocaría la realización de sorteos singulares». PEDRAZ PEÑALVA, E Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. 2010, p. 675.

Frente a este criterio, cabría plantearse si, puesto que el artículo 784.3 LEC ya hace referencia expresamente al «sorteo [...] de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio», en dicho listado estarían integrados todos los letrados que reúnan los requisitos, independientemente de su voluntad.

Entiendo que esta segunda interpretación no es posible, pues el artículo 784.3 LEC establece que el sorteo se hará «conforme a lo dispuesto en el artículo 341», es decir, entre los colegiados dispuestos a intervenir como peritos, y además «de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia [...]». Es decir, el artículo 784.3 LEC parte de dos premisas, la primera es la voluntariedad del cargo, pues solamente podrán entrar en el sorteo los letrados que estén dispuestos a actuar como peritos, y la segunda es la especialidad, pues se exige que tengan especiales conocimientos en la materia.

B) DESIGNACIÓN DE PERITO

Si el desacuerdo fuese sobre la designación de perito, se designarán por el mismo procedimiento aquellos que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos. De este modo, cuando no existe acuerdo la designación del contador debe de ser previa a la de perito.

Tanto si el perito se designa de mutuo acuerdo, como si es mediante sorteo, nunca se podrá nombrar más de un perito para cada clase de bienes que hayan de ser tasados (artículo 784.2 y 784.3 LEC respectivamente). Llama la atención la reiteración de este requisito en los dos apartados del mismo artículo. Parece que el legislador trata de garantizar la seguridad y la agilidad del procedimiento, evitando una pluralidad de valoraciones que

a buen seguro generarían posiciones encontradas entre las partes y retrasarían el procedimiento.

C) RECUSACIÓN Y PROVISIÓN DE FONDOS

Finalmente, el apartado cuarto del artículo 784 LEC establece que será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación y provisión de fondos de los peritos.

a) Recusación:

Del tenor del precepto citado se deriva que cuando el perito es designado de mutuo acuerdo, no cabe la recusación.

Sin embargo, un sector doctrinal²⁴⁴ defiende lo contrario, distinguiendo la forma en que operan las causas de recusación en uno y otro caso en función de si son anteriores o posteriores al nombramiento. No comparto esta interpretación, pues el artículo 124.1 LEC es claro en este sentido: «Sólo los peritos designados por el Tribunal mediante sorteo podrán ser recusados», estableciendo a continuación (artículo 124.2 LEC) un régimen diferente para los peritos autores de dictámenes presentados por las partes, régimen que consiste en la tacha regulada en los artículos 343 y 344 de la ley procesal, insistiendo el legislador al final de este apartado segundo que dichos peritos de parte «sólo podrán ser objeto de tacha... pero no recusados por las partes» reiterando de nuevo el

²⁴⁴ PEDRAZ PENALVA, E Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., op. cit. Entienden estos autores que, aunque el apartado cuarto del precepto comentado fija su atención exclusivamente en el contador designado por sorteo estableciendo que le serán aplicables las causas de recusación de los peritos, ello no es óbice para entender también recusable el designado de común acuerdo. La diferencia entre ambos estriba en que para el primero las causas de recusación operarán ya fueran anteriores ya posteriores al nombramiento, mientras que para el segundo solo serán estimables cuando fueran posteriores a la designación o siendo anteriores cuando el sujeto que promueva la recusación pueda acreditar su desconocimiento sin que este hecho sea imputable a su propia negligencia.

artículo 343.1 LEC que «sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente. En cambio, los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurren en ellos alguna de las siguientes circunstancias[...]». Entiendo que tanta insistencia del legislador no permite una interpretación que ampare la recusación de los peritos designados por las partes.

En cuanto a las causas de recusación, resulta aplicable el artículo 124.3 LEC. Dicho precepto remite a las causas de recusación previstas en la LOPJ (artículo 219) para jueces y magistrados, y además regula tres supuestos específicos de recusación, a saber, haber dado anteriormente dictamen contrario sobre el mismo asunto a la parte recurrente, ya sea dentro o fuera del proceso; haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo y, finalmente, tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

En cuanto al procedimiento, será el regulado en los artículos 125 a 128 LEC, con la peculiaridad de que el escrito de recusación debe dirigirse al titular del juzgado o magistrado ponente pero no intervendrá en ningún momento del procedimiento si el recusado reconoce como cierta la causa de recusación alegada. Únicamente intervendrá el juez si el contador niega la causa de recusación o el tribunal no aceptare el reconocimiento. En tal caso, el letrado de la Administración de Justicia señalará una comparecencia ante el tribunal a la que deberán acudir las partes con las pruebas de las que intenten valerse, dictándose auto que será irrecurrible, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear la cuestión en la instancia superior.

Hemos de destacar el hecho de que en la recusación del contador designado por el juez, predomina la función del letrado de la Administración de Justicia, ya que la intervención del juez solamente tiene lugar cuando se niega la causa de recusación; sin embargo, en la tacha del contador designado por las partes, la intervención del letrado de la Administración de Justicia es inexistente, de modo que el juez está presente en cualquier caso, pues el artículo 343.2 LEC establece que la tacha no podrá formularse después del juicio o de la vista, en los juicios verbales, y si se tratase de juicio ordinario, será propuesta en la audiencia previa al juicio. Desconocemos la razón de esta diferente intensidad en la intervención judicial, si bien parece intuirse que el legislador tiene mayor confianza en el contador designado por el órgano judicial que en el designado por las partes. Finalmente, conforme al artículo 343.3 LEC la tacha del contador será resuelta mediante providencia.

b) Provisión de fondos:

El artículo 784.4 establece que será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la provisión de fondos de los peritos.

Dado el tenor del precepto, podría deducirse que no será posible la solicitud de provisión de fondos cuando el contador sea designado de mutuo acuerdo por los cónyuges. Sin embargo, una interpretación tan literal resulta inadmisibles, dada la tendencia a la profesionalización y la exigencia de una cualificación técnica. El contador, sea cual sea el modo de designación, deberá tener la facultad de solicitar o no dicha provisión. El procedimiento

regulado en el artículo 342 LEC será aplicable siempre que el contador sea designado judicialmente, ya sea por sorteo, ya sea por haberlo propuesto las partes de mutuo acuerdo. Así se deriva además del artículo 342.3 LEC, último párrafo, que refiriéndose al pago de la provisión de fondos, establece que cuando el perito designado lo hubiere sido de común acuerdo y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, el letrado de la Administración de Justicia ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare.

Conforme a lo establecido en el artículo 342.3 LEC, será el letrado de la Administración de Justicia quien decidirá sobre la provisión solicitada, pero la ley no establece ningún criterio, por lo que entiendo que, por analogía, dada la condición de abogado del contador, habrá que acudir a los criterios orientativos en materia de honorarios aplicables a la tasación de costas que estén vigentes en el Colegio de Abogados del lugar de la sede del Tribunal, criterios en los que se concreta la forma de cálculo de los honorarios que puede percibir un abogado en su función de contador partidor.

Dado que el contador es solo uno, no cabe plantearse aquí la designación por cada una de las partes, como sí ocurrirá con los peritos.

También en este punto el legislador procesal ha sustituido la función del tribunal por la del letrado de la Administración de Justicia, que será quien comunicará la designación al contador, requerirá a este para que acepte o rechace el cargo, acordará su sustitución en caso de rechazo y decidirá mediante decreto sobre la provisión solicitada.

Respecto a los peritos, su designación, recusación y retribución se realizará por el mismo procedimiento que la del contador de entre los que figuren en las listas de colegiados o asociados que deben enviar cada año los colegios profesionales, academias e instituciones culturales y científicas u otras entidades (art. 341.1 LEC), de tal modo que la Ley no exige necesariamente un título oficial, sino que se admite la práctica de la prueba por un experto en la materia.

D) EJERCICIO DEL CARGO POR EL CONTADOR Y POR LOS PERITOS

El artículo 785 LEC establece que, una vez aceptado el cargo por el contador y por los peritos, el secretario judicial entregará los autos al primero y pondrá a disposición de este y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división de la herencia.

Resulta evidente que este precepto no es plenamente aplicable al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, en el que no cabe la posibilidad de que el inventario no esté hecho con anterioridad, pues como ya hemos visto se trata de un requisito *sine qua non* para instar la liquidación (artículo 810.1 LEC).

El precepto mezcla las múltiples funciones del contador (liquidación, división y adjudicación) con la que es propia de los peritos (avalúo)²⁴⁵.

²⁴⁵ El valor de los bienes será el que estos tengan al tiempo de practicarse la división, concretándose en el valor de mercado (artículo 1074 del Código Civil en relación con el artículo 1410 del mismo texto legal), sin que sea admisible acudir a criterios fiscales o tasaciones tributarias en caso de controversia. No obstante, la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de asignar a todos los bienes valores proporcionalmente inferiores a los de mercado, pues la uniformidad en la valoración conlleva la inexistencia de perjuicio. En este sentido la STS 954/2005, de 14 de diciembre [RJ 2006/300] que en su fundamento de derecho sexto señala que «reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como

Nombrar «documentos» y «papeles» parece reiterativo y respecto a la entrega de objetos, si se trata de bienes de uso por cualquiera de los cónyuges o de bienes muebles de la vivienda familiar, lo que se hace en la práctica es que el perito y el contador se desplazan al lugar donde se encuentren, y si se trata de otro tipo de bienes, como los de extraordinario valor, lo procedente será que se constituya un depósito judicial y que tanto perito como contador puedan acceder a los mismos a efectos de poder desempeñar su labor. Cabe plantearse la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges se negare a exhibir los documentos o los bienes que tenga en su poder. La intención no podrá ser ya en este momento de ocultación de bienes a efectos de excluirlos del inventario, porque este ya está formado, pero sí podrá tratarse de obstaculizar o impedir su avalúo. En tal caso considero que el cónyuge poseedor tendrá la obligación de exhibición con base en lo dispuesto en el artículo 328 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se plantea la cuestión de la relación que pueda existir entre las funciones del contador y la función del perito, pues no cabe duda de que tienen un campo de actuación común, y en base a ello si podría hablarse de una interconexión de responsabilidades. En la doctrina, De Miranda Vázquez²⁴⁶ entiende que el contador no tiene la función de fiscalizar la actividad de los peritos, por lo que no participaría de su eventual responsabilidad, pero

se infiere de diversos preceptos del Código Civil, entre los que se encuentra el art. 1074 C. Civ». La infracción de este principio, que puede resultar inocua cuando redunde en una minusvaloración general y compensada respecto de todos bienes de la herencia sin repercusiones desfavorables para unos y otros herederos (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991) constituye, por el contrario, causa de nulidad de la partición en aquellos supuestos en los cuales se advierte que dicho criterio valorativo produce una alteración del principio de equitativa distribución de los bienes de la herencia pues, como dice la STS de 25 noviembre de 2004, la posición general entiende que cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad de la partición, debió a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley».

²⁴⁶ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., 2011. p. 944.

dada su cualificación profesional sí que deben asesorar al perito de las contingencias jurídicas que pudieran surgir en el avalúo. Dicho autor entiende además aplicables al contador los artículos 1719 y 1889 CC, preceptos que regulan las obligaciones del mandatario y las del gestor de negocios ajenos, cuyo denominador común es que habrán de actuar con la diligencia de un buen padre de familia²⁴⁷.

También es obligación del contador cumplir el encargo en el plazo que a instancia de parte fije el letrado de la Administración de Justicia, incurriendo en responsabilidad por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de dicho plazo (artículo 785.2 y 3 LEC).

No parece muy coherente que conforme al artículo 785.3 LEC el plazo pueda fijarse facultativamente a instancia de parte —y se entiende que con una duración a determinar por el letrado de la Administración de Justicia mediante diligencia—, y por otro lado en el artículo siguiente 786.2 LEC se establezca el plazo imperativo máximo de dos meses. La única interpretación lógica que cabe hacer es que el plazo del artículo 785.3 LEC se fije cuando la parte solicite un plazo inferior a 2 meses²⁴⁸. Se plantea en la doctrina la cuestión acerca de si este plazo de dos meses es o no prorrogable, existiendo posturas contrarias al respecto²⁴⁹.

²⁴⁷ Como afirma GONZÁLEZ VICENTE, J. L., no puede descartarse la posible responsabilidad civil del contador ante una declaración complementaria de Hacienda, exigida tras hacer frente los herederos a la misma (2012, p. 14). La SAP de Madrid 456/2003, Secc. 14ª, de 11 de julio (JUR 2003/249573) contempla un supuesto de unas valoraciones inadecuadas de los gestores, consentidas por los herederos, en el ámbito de una escritura de partición de herencia, como causa de exclusión de responsabilidad.

²⁴⁸ En este sentido SEOANE SPIEGELBERG, J. L., 2004, p. 578.

²⁴⁹ Por un lado, un sector doctrinal entiende que el plazo de dos meses que fija el artículo 786.2 es improrrogable de acuerdo con la norma general que contiene el artículo 134.1 LEC. En tal sentido PEDRAZ PENALVA, E. Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *op. cit.*, p. 676. Otro sector doctrinal entiende que en el caso de que la complejidad de las operaciones divisorias haga imposible la terminación del cuaderno particional en el plazo legalmente establecido, sería posible solicitar del órgano judicial una prórroga. En este sentido DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *op. cit.*, p. 947. Dado que en la actualidad el órgano judicial no interviene en esta fase del procedimiento, la

Cabe apreciar que el régimen de responsabilidad se establece para el caso de incumplir el plazo en que debe cumplir el encargo (art. 785.3 LEC), pero ningún régimen de responsabilidad se fija para el supuesto en el que el contador incumpla totalmente el encargo (art. 785.2 LEC). Tampoco se fija el modo en el que cada uno de los cónyuges pueda obligar al contador a cumplir su encargo, constituyendo una laguna que puede generar dilaciones y suspicacias, por lo que entiendo que deberían regularse los mecanismos con los que cuentan los cónyuges para exigir al contador el cumplimiento de su encargo.

Vemos que, tras la reforma operada en la LEC en virtud de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el artículo 785.1 LEC se han sustituido la forma verbal impersonal «se entregarán» por «el letrado de la Administración de Justicia entregará»²⁵⁰ y la referencia al «Tribunal» por «letrado de la Administración de Justicia», por lo que la intervención del juez es inexistente hasta este momento del procedimiento.

La aplicación del artículo 786 LEC a la liquidación del régimen económico matrimonial implica que la referencia que dicho precepto hace a la ley aplicable a la sucesión del causante hayamos de entenderla en el sentido de que el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable al matrimonio, que viene determinada por el artículo 9.2 CC. La aplicación de este precepto puede dar lugar a conflictos interregionales sobre cuál sea la legislación aplicable a la práctica de las

referencia a órgano judicial habría que entenderla hecha al letrado de la Administración de Justicia.

²⁵⁰ La reforma de la LEC operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, trata de dinamizar la figura del secretario judicial mediante la ampliación sustancial de las competencias que tradicionalmente venía asumiendo.

operaciones divisorias. La referencia que dicho precepto hace al testador hemos de entenderla hecha a los cónyuges, lo que nos lleva a plantearnos si será posible que estos hayan podido establecer de común acuerdo alguna regla que haya de seguirse a la hora de efectuar el avalúo, liquidación y división de los bienes. Entiendo que debe responderse afirmativamente pues cuando los cónyuges liquidan su régimen económico mediante un convenio regulador pueden establecer sus propias reglas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no lesionen los derechos de ninguno de los cónyuges, lesión que podría dar lugar a la impugnación de la partición por lesión en determinados casos²⁵¹.

Del mismo modo que para la partición de herencia, en la liquidación del régimen económico matrimonial ha de evitarse tanto la indivisión, que podría ser fuente de conflictos futuros, como la excesiva división de las fincas, que podría resultar antieconómica.

Entiendo que resulta aplicable la legislación sustantiva contenida en el artículo 1062 CC, conforme al cual, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar al otro el exceso en dinero, evitando así excesos de adjudicación que tendrían consecuencias fiscales para el cónyuge cuya adjudicación tuviese mayor valor. Esta solución plantea problemas en la práctica cuando no existe dinero u otros bienes comunes para efectuar la compensación, que suelen desembocar en la venta en pública subasta.

²⁵¹ La SAP Cádiz 272/2008, de 28 de mayo, Secc. 5ª, (JUR 2008/233585) destaca la singular naturaleza de los pactos conyugales, que aún no exceptuados del régimen de impugnación de los contratos, al acceder al proceso matrimonial y ser ratificados a presencia judicial, gozan de especial vigor y solvencia, sin que la aprobación judicial despoje al convenio regulador de su carácter de negocio jurídico, limitándose a homologarlo pero sin examinar su posible corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias, lo que provoca la posibilidad de solicitar la rescisión por lesión en más de la cuarta parte.

El documento en el que consten las operaciones divisorias, que deberá contener la firma del contador, expresará la relación de bienes que formen el caudal partible, el avalúo de dichos bienes y la liquidación del caudal, su división y adjudicación a los cónyuges. Llama la atención que el legislador no haga ninguna referencia a las deudas y cargas, que constarán en el inventario y por ello han de ser también objeto de liquidación.

Finalmente, con respecto al avalúo, hemos de tener en cuenta lo que adelantábamos al inicio de este trabajo en el sentido de que la valoración de bienes y derechos ha de realizarse a una fecha determinada²⁵², pero dichas valoraciones pueden quedar desfasadas cuando el procedimiento se dilata en el tiempo, máxime si desemboca en un juicio ordinario. Si las alteraciones de valor fuesen proporcionales en todos los bienes este hecho no generaría ningún problema porque no habría perjuicio para ninguna de las partes, pero como esa posibilidad es muy improbable que se produzca en la práctica, resultará necesario realizar nuevas valoraciones a fin de evitar una posible rescisión por lesión (artículo 1074 CC).

4.3.- APROBACIÓN DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS

Una vez formalizadas las operaciones divisorias, conforme a lo que establece el artículo 787 LEC, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a los cónyuges, quienes podrán formalizar oposición en el plazo de 10 días. La oposición deberá hacerse por escrito, expresando los puntos de las operaciones divisorias en los que estén en desacuerdo y los fundamentos de su oposición.

²⁵² Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se entiende que el momento del avalúo debe de ser al tiempo de la adjudicación. (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., 2007 y STS de 30 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9725); STS de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006/300) y ATS de 6 de marzo de 2012 (RJ 2012/4057).

Si transcurrido el plazo de los 10 días señalados ninguna de las partes formulase oposición, o una vez que ambos cónyuges hayan expresado su conformidad, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas ante notario²⁵³. La aprobación de las operaciones divisorias plantea la cuestión de si el letrado de la Administración de Justicia debe limitarse a homologarlas simplemente o si, por el contrario, su función exige un examen jurídico de las operaciones, comprobando que se cumplen las exigencias legales, rechazando aquellas en caso contrario.

Entiendo que dicha cuestión ha de resolverse teniendo en cuenta la novedad que supuso la entrada en vigor de la Ley 13/2009, que regula la Nueva Oficina Judicial y que viene a reforzar o potenciar las funciones del letrado de la Administración de Justicia, de modo que junto a las funciones tradicionales de ordenación e impulso del proceso cobran relevancia otras funciones que fortalecen su capacidad resolutoria (dictado de decretos), lo que implica la atribución de funciones decisorias e interpretativas. Por ello, aunque a primera vista parece que la función del letrado de la Administración de Justicia es puramente presencial y formal (entregar los autos al contador y poner a disposición de éste y de los peritos los objetos y documentación, fijación de un plazo al contador para el cumplimiento de su función si lo solicita alguno de los cónyuges, recepción de las operaciones divisorias y traslado de las mismas a los cónyuges) la última función que le compete, la de aprobar las operaciones divisorias y posterior mandamiento de protocolización conlleva una actuación resolutoria del letrado de la Administración de Justicia. Por ello, entiendo que no debe limitarse a desempeñar una función puramente formal o de mera homologación.

²⁵³ Es objeto de discusión esta exigencia, pues no parece muy coherente que se exija protocolizar una resolución dictada por un fedatario público.

Al igual que en el procedimiento de inventario, cuando existe conformidad está ausente la actividad jurisdiccional, pues el juez no tiene ninguna intervención en el procedimiento.

Por el contrario, el artículo 787.3 LEC regula el supuesto en el que uno de los cónyuges haya formulado oposición a las operaciones divisorias. Las causas de oposición podrán ser la existencia de vicios sustanciales de procedimiento que hayan influido en el resultado de la partición y puedan ser rectificadas anulando total o parcialmente las operaciones; la infracción de ley en la práctica de la partición que pueda dar lugar a su rescisión por lesión, conforme a lo previsto en los artículos 1073 a 1081 CC, a los que remite el artículo 1410 del mismo texto legal; y finalmente los supuestos en los que la oposición se funde en la comisión de un delito de cohecho en el avalúo de los bienes, caso que provocará la suspensión del procedimiento divisorio por prejudicialidad penal, de conformidad con lo establecido en el 787.6 LEC, si bien el mismo precepto permite el alzamiento de dicha suspensión cuando los cónyuges, prescindiendo del avalúo impugnado, presentaren otro de común acuerdo, en cuyo caso se dictará sentencia con arreglo a este.

Formulada la oposición, el letrado de la Administración de Justicia convocará a los cónyuges junto con el contador a una comparecencia, con la peculiaridad de que esta no será ante el letrado de la Administración de Justicia, sino ante el «Tribunal», es decir, ante el juez.

Si no se lograra la conformidad, el tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal, que concluirá con sentencia sin efecto de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.

En definitiva, vemos que la forma de concluir el procedimiento es diferente si existe acuerdo —concluye con decreto del letrado de la Administración de Justicia— que si existe oposición de uno de los cónyuges —concluye con sentencia dictada por el juez—.

Volviendo al procedimiento de inventario, recordaremos que si se suscitaba controversia se seguían los cauces procedimentales del juicio verbal, cuya sentencia producirá efectos de cosa juzgada, por lo que concluíamos que se trataba de un proceso declarativo plenario.

Por el contrario, cuando se formula oposición a las operaciones divisorias, es decir, cuando se suscita controversia en el procedimiento de liquidación, la remisión a los artículos 785 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil implica que la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, siendo posible un posterior proceso plenario que resuelva de nuevo sobre las operaciones divisorias.

El procedimiento sumario lo es porque están limitados los posibles contenidos de los actos de alegación o medios de prueba de que disponen las partes, y como consecuencia de ello la tutela jurisdiccional que se proporciona está expuesta a una eventual apertura posterior de procesos plenarios (es decir, con plenas posibilidades de alegación y prueba). Me pregunto si resulta coherente desde el punto de vista práctico jurídico que un procedimiento tan complejo y tan dilatado en el tiempo concluya sin poner fin de forma definitiva a la controversia y me planteo si *de lege ferenda* no resultaría más adecuado o bien dotar de carácter plenario al procedimiento que estudiamos o bien suprimirlo y acudir directamente al procedimiento declarativo que corresponda para liquidar el régimen económico matrimonial.

4.4.- SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 1373 DEL CÓDIGO CIVIL

Conforme a este precepto, cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales²⁵⁴, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y este podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

La especialidad de este supuesto deriva de que la liquidación del régimen económico matrimonial no constituye el objeto principal del procedimiento, sino que tiene lugar a través de un procedimiento incidental instado por el cónyuge no deudor dentro de un procedimiento de ejecución seguido a instancia del acreedor del otro cónyuge²⁵⁵.

El precepto trata de dar solución a la responsabilidad del cónyuge que contrae deudas privativas y carece de bienes privativos suficientes para hacer frente a las mismas. Sin embargo, los problemas técnicos y formales de que adolece la citada norma suscitan cuestiones prácticas que han dado lugar a intensas polémicas doctrinales²⁵⁶. El precepto estudiado, por un lado mezcla cuestiones sustantivas y procesales, y por otro, deja sin regular la forma y los plazos en los que el cónyuge no deudor puede ejercitar la opción²⁵⁷.

²⁵⁴ Señala la doctrina que la sociedad de gananciales carece de legitimación pasiva, sin que ni siquiera pueda asimilarse a los entes sin personalidad jurídica, por lo que serán los cónyuges quienes ostentarán la legitimación en el proceso de ejecución. En este sentido PÉREZ GIL, J., 2018, p. 233 y PULGAR EZQUERRA, J., 2020, p. 1002.

²⁵⁵ Los intereses en conflicto pueden ser múltiples: los del acreedor privativo del cónyuge deudor, los intereses de los acreedores del patrimonio ganancial y los intereses de los acreedores del cónyuge no deudor.

²⁵⁶ ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., 1994, p. 1523; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. Y CASERO LINARES, L. 2010, p. 2236.

²⁵⁷ Si bien en la jurisprudencia existieron dos corrientes en torno a cuál debía ser el cauce procesal a través del cual había de ventilarse la pretensión del cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales, actualmente es pacífica la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede la interposición de la tercería de dominio y sí hacer uso de la

Los problemas procesales que plantea el precepto podrían haber quedado resueltos en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la cual dedica el artículo 541.3 a regular el mismo supuesto de hecho, —si bien con mejor técnica legislativa—, pero deja algunas lagunas, por lo que la polémica doctrinal continúa. El artículo 541.3 LEC establece que, si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquellos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si este optase por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la ley procesal, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

Como ya hemos adelantado, desde el punto de vista procesal estamos ante la disolución de la sociedad de gananciales que se tramita como un incidente declarativo en el seno de un procedimiento de ejecución, cuyo objetivo principal es la satisfacción del crédito del acreedor.

El precepto parte del supuesto de hecho de que la deuda por la que se procede sea privativa del cónyuge ejecutado y que este no tenga bienes

facultad que le otorga el artículo 1373. En este sentido, la STS 497/1999, de 2 de junio (RJ 1999/4725) establecía que «la recurrente, conocedora de la demanda ejecutiva contra su esposo, [...] debió de hacer uso de la facultad que le otorga el art. 1373 CC, en lugar de interponer una frustrada tercería de dominio, y de solicitar ahora una declaración de inembargabilidad de los bienes trabados improsperable también de acuerdo con el tan repetido art. 1373 CC» y la STS 95/2001, de 8 de febrero (RJ 2001/1167) establecía que «[...] el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano allí recogida, ni es atribuible a la mujer [...] la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legítima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, que es esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción [...] la situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales [...]».

propios suficientes para satisfacerla. En tal caso, conforme a lo que establece el artículo 1373 CC «el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales», petición que desencadena una serie de consecuencias procesales. La primera de ellas es la necesaria notificación de tal embargo al cónyuge no deudor, lo que inevitablemente nos lleva a plantearnos cuál será su posición procesal dentro del procedimiento de ejecución. La notificación provocará la reacción del cónyuge del ejecutado, que tendrá tres opciones: oponerse a la traba señalando bienes privativos concretos del cónyuge deudor para liberar los bienes comunes, lo que constituye una intervención adhesiva al procedimiento; no hacer nada y sufrir la ejecución de la deuda sobre los bienes comunes embargados, en cuyo caso se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquellos bienes comunes al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal —segundo párrafo del artículo 1373 CC—; o finalmente, exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que el cónyuge deudor ostente en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de la sociedad de gananciales, que entra en liquidación para hacer efectivo el embargo y satisfacer el derecho del acreedor. Surge en este punto la cuestión de cómo se articula procesalmente la opción por la que el cónyuge no deudor solicita la disolución del régimen económico, pues la vigente LEC, al igual que ocurría con la anterior LEC de 1881, no da respuesta a este problema, ya que el legislador no ha previsto ni el trámite que ha de seguirse ni el plazo durante el cual el cónyuge no deudor puede ejercitar ese derecho de opción.

Bajo la regulación de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil el plazo se condicionó a la forma en que había de proceder el cónyuge no deudor²⁵⁸. Así se

²⁵⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a Y CASERO LINARES, L., 2010, p. 2243.

mantuvieron tres posturas en cuanto a la tramitación a seguir, de modo que o bien bastaba la simple comparecencia ante el juez ejecutor, o bien el cauce adecuado era el de un incidente de previo pronunciamiento, o bien finalmente se sostuvo que la pretensión del cónyuge no deudor se había de canalizar a través de la tercería de dominio. Esta última posibilidad implicaba que el plazo podía prolongarse hasta la consumación de la venta, mientras que los defensores de las otras dos posturas entendían que debía ser el juez quien fijase el plazo²⁵⁹.

²⁵⁹ Tesis que fue seguida por la STS 364/1994, de 29 de abril, (RJ 1994/2946): «El procedimiento que contempla el art. 1373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesta a disposición de la esposa [...]. La falta de normas legales de carácter general procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que solo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1373, pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque solo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad [...]. Cuando el ejercicio del derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubiera ejecutado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del trascurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado de sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2 del tantas veces citado artículo 1373 "si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquellos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación", con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado [...] la comparecencia de D^a E.N. en el juicio ejecutivo [...] dio lugar a la Resolución [...] en la que se acordaba la disolución de la sociedad de gananciales, y se le ordenaba a la compareciente que efectuara la liquidación de la misma; mandato y actividad que no ha llegado a tener efecto, y aunque hubiera sido de desear que en la citada resolución se hubiera fijado un plazo, el transcurso de casi dos años de inactividad por parte de la recurrente presupone el abandono de la vía procesal del artículo 1373 del Código Civil, ante la evidente voluntad de que no aparezcan identificados los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que habrían de servir como

La actual LEC no permite la interposición de una tercería de dominio, pues la única pretensión que se puede hacer valer por el tercerista es el alzamiento del embargo trabado (artículo 601), por lo que instar la disolución de la sociedad conyugal está condenada al fracaso; tampoco se reconoce ahora en la Ley de Enjuiciamiento Civil incidentes en la ejecución que no sean los expresamente regulados.

Por ello podemos concluir que bastaría con la simple comparecencia del cónyuge no deudor ante el órgano ejecutor y en cuanto al plazo se entiende en la doctrina²⁶⁰ que deberá fijarlo el juez, aplicando por analogía el plazo de treinta días que contempla el artículo 1014 CC al regular el derecho a deliberar del heredero.

Una vez ejercitado el derecho de opción por el cónyuge no deudor, y como efecto automático de dicho ejercicio, se produce la disolución de la sociedad conyugal, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1373 CC «[...] el embargo llevará consigo la disolución de aquella». Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de que el cónyuge no deudor ha de instar la disolución porque dice textualmente «[...] si éste optare por pedir la disolución [...]». La interpretación literal y conjunta de ambos preceptos nos lleva a apreciar una contradicción, pues mientras en la norma sustantiva la disolución de la sociedad conyugal se produce automáticamente, en la norma procesal no se produce tal automaticidad, sino que es necesario que el cónyuge no deudor inste la disolución.

En mi opinión, la contradicción es solo aparente y obedece a la diferente redacción de ambos preceptos, pues tanto si el cónyuge no deudor exige que se sustituyan los bienes en la traba (art. 1373 CC) como si opta por pedir la

sustitutos de los comunes embargados, facilitando con ello la realización efectiva del crédito de la entidad acreedora».

²⁶⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a Y CASERO LINARES, L., *op. cit.*

disolución de la sociedad conyugal (art. 541 LEC) el efecto producido es el mismo, la disolución de la sociedad conyugal. En el primer caso dicha disolución se produce como efecto automático de la petición de la sustitución de los bienes comunes embargados y en el segundo, por la petición directa de dicha disolución.

Producida la disolución de la sociedad conyugal, otra cuestión que se plantea es qué tramitación procesal debe seguir la posterior liquidación. Este punto sí que aparece regulado en la LEC, que establece que, si el cónyuge no deudor optase por pedir la disolución, «[...] el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», lo que implica una remisión a los artículos 806 y siguientes de la citada ley procesal. La expresión «en su caso» advierte de la subsidiariedad del procedimiento judicial de liquidación, que únicamente tendrá lugar en caso de desacuerdo²⁶¹.

Finalmente podría entenderse que existe una contradicción entre el artículo 1373 y los artículos 1393 y 1394, todos ellos del CC. El artículo 1393 CC en su inciso final remite al precepto estudiado cuando establece que «En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código», y el siguiente artículo 1394 CC establece que «De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, [...] se practicará inventario», lo que no parece ser muy coherente con lo dispuesto en el artículo 1373 CC que establece que el embargo lleva consigo la disolución automática de la

²⁶¹ En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia creada en torno al artículo 1373 CC habían puesto de manifiesto que la liquidación que tal precepto regula podía ser convencional o judicial. Así, el TS, haciéndose eco de la doctrina científica, entendía que era posible la liquidación convencional, de modo que solo en caso de desacuerdo entre los cónyuges, o bien de los acreedores que pudieran sentirse perjudicados, sería necesario acudir a la liquidación judicial. (STS de 12 de enero de 1999 —RJ 1999/35—).

sociedad de gananciales. Mal podrá seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución si esta se produce en todo caso si el cónyuge no deudor exige la sustitución de bienes en el procedimiento de ejecución seguido contra el cónyuge deudor.

Entiendo, sin embargo, que aquí radica otra de las especialidades del precepto. En el inciso final del artículo 1393 el propio legislador deja claro que es un supuesto especial al establecer que se estará «a lo especialmente dispuesto en este Código», es decir, se estará a lo dispuesto en el artículo 1373 CC, que es la norma especial, por lo que no resulta aplicable el artículo 1394 CC. Otra cosa es que, por razones sistemáticas, el contenido del artículo 1373 CC encontraría mejor encaje en la Sección relativa a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, a continuación de los artículos 1393 y 1394 CC, puesto que regula un supuesto, ciertamente especial, de disolución de la sociedad de gananciales.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento que regulan los artículos 806 y siguientes LEC no es un procedimiento de jurisdicción voluntaria ni un procedimiento incidental, sino que tiene naturaleza jurisdiccional contenciosa y autónoma. Es jurisdiccional porque corresponde al juez la doble función de realizar el derecho objetivo y satisfacer las pretensiones subjetivas de las partes. Esta subjetivación del derecho objetivo se lleva a cabo en el proceso mediante el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que tiene carácter subsidiario para los casos en los que fracasa la solución negocial entre los cónyuges. Ese carácter subsidiario del procedimiento pone de relieve la naturaleza contenciosa del mismo, cuyo inicio es signo de que existe un desacuerdo y un conflicto latente. Finalmente es autónomo porque autónoma es la pretensión que se ejercita y autónoma es la resolución que recae en el mismo, no privándole de dicho carácter el hecho de que se desenvuelva dentro de otro procedimiento, que podrá tener naturaleza declarativa —supuestos de los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 1393 CC—, naturaleza de jurisdicción voluntaria o penal —supuestos de los apartados 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 1393 CC— o naturaleza ejecutiva —supuesto del último inciso del artículo 1393 CC—.

SEGUNDA.- El procedimiento de liquidación consta de dos procesos diferenciados y autónomos entre sí —el de inventario y el de liquidación propiamente dicho—, pues diferente es la tutela que se solicita en cada uno de ellos; a saber, el proceso de inventario tiene como objeto fijar el patrimonio partible, y el proceso de liquidación persigue llevar a cabo la partición y adjudicación del haber común.

No obstante, ni el proceso de inventario es presupuesto necesario del proceso de liquidación —aunque la formación de inventario sí lo es— ni el proceso de liquidación es consecuencia del proceso de inventario. La prevalencia de la autonomía de la voluntad implica que será posible instar la formación de inventario y practicar la partición extrajudicialmente o bien que se solicite directamente la liquidación tras haber formado el inventario de forma consensuada.

La autonomía del proceso de inventario con respecto al de liquidación propiamente dicho nos permite afirmar que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial en la fase de inventario pone fin a una segunda instancia, por lo que es susceptible de recurso de casación.

TERCERA.- La regulación de la liquidación del régimen económico matrimonial que contiene la LEC, a pesar de que supone un gran avance con respecto a la legislación procesal anterior, no ha logrado el objetivo de simplicidad y claridad que preconizaba en su Exposición de Motivos, constituyendo en no pocas ocasiones la antesala de un juicio declarativo posterior al que se verán abocadas las partes inexorablemente.

Respecto a la pretendida simplicidad, podemos afirmar que el procedimiento que regulan los artículos 806 y siguientes LEC se caracteriza por tener una compleja, duradera y costosa tramitación.

La imposibilidad de recurrir en casación la sentencia recaída en el proceso de inventario impide unificar los criterios de las Audiencias Provinciales y ello genera inseguridad jurídica.

A la complejidad propia del proceso de inventario ha de añadirse el hecho de que, tras la práctica de la partición judicial, la sentencia que recaiga no producirá el efecto de cosa juzgada, por lo que las partes pueden verse abocadas a un

juicio declarativo posterior, arraigando tanto en los profesionales como en los justiciables la sensación de que este tipo de procedimientos son interminables y antieconómicos. Por ello debería ser objeto de un profundo análisis el procedimiento que estudiamos y valorar la posibilidad de o bien dotarle de carácter plenario, o bien suprimirlo y acudir directamente al juicio declarativo que corresponda.

Tampoco se ha logrado la claridad pretendida porque si bien el art. 806 LEC refiere el ámbito de aplicación del procedimiento de liquidación a cualquier régimen económico matrimonial, lo cierto es que, con respecto al régimen de separación, su propia naturaleza impide la existencia de una masa común liquidable, lo que en la práctica se traduce en resoluciones contradictorias entre los órganos judiciales, abonando un nuevo campo de inseguridad jurídica.

CUARTA.- Sería deseable que *de lege ferenda* se clarificasen algunos términos de la ley a fin de unificar los diferentes criterios de interpretación doctrinales y jurisprudenciales. Así, respecto al ámbito de aplicación del procedimiento estudiado es necesario determinar si el mismo es o no aplicable al régimen de separación de bienes.

Por otro lado, debería matizarse si la solicitud a que se refiere el artículo 808 LEC es o no una auténtica demanda, ya que ello contribuiría a clarificar la naturaleza jurídica del proceso de inventario.

Respecto a la legitimación, debería articularse un mecanismo que de una protección efectiva a los derechos de los acreedores y concretamente se cubran lagunas legales que provocan situaciones de indefensión, como el supuesto en el que los cónyuges deciden no practicar la liquidación tras la aprobación del inventario, abocando a los acreedores a una espera *sine die* para ver satisfechos sus créditos.

Resultaría también razonable que se suprimiera la exigencia de protocolización contenida en el artículo 788 de la Ley Procesal, pues no resulta coherente tal exigencia con el carácter de fedatario público que siempre ha tenido el letrado de la Administración de Justicia ni con la nueva configuración que el legislador ha dado a este profesional, que ha empoderado su figura mediante la atribución de nuevas competencias.

Finalmente, respecto al supuesto especial de disolución del régimen económico matrimonial regulado en los artículos 1373 CC y 541 LEC, dada su transcendencia práctica, debería darse respuesta legal a dos cuestiones fundamentales, a saber, la forma de tramitación del derecho de opción del cónyuge no deudor y el plazo en el que puede ejercitarse dicho derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. ET AL., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Universidad de Sevilla, 2002.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 1994 (4ª ed.).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. Y DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*: Tomo VII, Vol. 3, Edersa, 1999; Tomo XIV, Vol. 2, Edersa, 1989; Tomo XVIII, Vol. 2, Edersa, 1984.
- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil: Tomo V. Derecho de Sucesiones*. Edisofer, Madrid, 2004 (8ª ed.).
- ALEJANDREZ PEÑA, P., *Liquidación de bienes gananciales: Aspectos prácticos, procesales y sustantivos*. Lex Nova, 2007 (2ª ed.).
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores». *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXVI, n.º 1, 2013, pp. 149-270.
- ASECIO MELLADO, J. M., «Algunas reflexiones sobre la nueva oficina judicial y los secretarios judiciales». *El notario del siglo XXI* (Colegio Notarial de Madrid), n.º 28, noviembre-diciembre, 2009: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-28/>
- BALLESTER GINER, E., «El régimen de participación en el Derecho Español». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (R.C.D.I.)*, n.º 559, año 59, 1983, pp. 1375-1411.
- BARRAL DÍAZ, J. M., «La impugnación de la división judicial de la herencia y de la liquidación del régimen económico matrimonial». En J.L. Seoane Spiegelberg (Dir.), *La división Judicial de Patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. Pp. 19-64. Consejo General del Poder Judicial, colecc. Cuadernos de Derecho Judicial, 1, 2004.
- BELLIDO PENADÉS, R., «La liquidación del régimen económico matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Reflexiones sobre la adecuación del procedimiento y su naturaleza jurídica». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 9, diciembre, 2000, pp. 1318-1326.
- BONET NAVARRO, Á., «El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del artículo 809.2 LEC». *Revista de Derecho Civil Aragonés* (Institución Fernando el Católico), XVI, 2010, pp. 11-26.
- BONET NAVARRO, Á., «La función del Procurador de los Tribunales en la Ley Orgánica del Poder Judicial». En VV. AA., *VI Centenario del Colegio de Procuradores de Zaragoza (1396-1996)*. Pp. 223-250. Zaragoza, Colegio de Procuradores de Zaragoza, 1996.
- BROCA, MAJADA, CORBAL, *Jurisdicción Voluntaria*. Boch, 2016.
- BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia». En J.L. Seoane Spiegelberg (Dir.), *La división Judicial de Patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. Pp. 285-438. Consejo General del Poder Judicial, colecc. Cuadernos de Derecho Judicial, 1, 2004.

- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal*: Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, marzo, 2009, pp. 36-71.
- CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Práctica Procesal Civil Internacional*. Ed. Comares, 2001.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Artículo 1392. Extinción de la sociedad de gananciales». En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), *Código Civil comentado. Vol. 3: Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (Artículos 1088 a 1444). Pp. 1101-1107. Ed. Civitas, 2011.
- CARNELUTTI F., *Instituciones del Proceso Civil* (Traduc. de la 5ª edición italiana por Santiago Sentis Melendo). EJE, 1959.
- CARRERAS, J., «Las fronteras del juez». En Fenech/Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*. Pp. 103-128. Bosch, 1962.
- CARRERAS, J., «Naturaleza del órgano jurisdiccional». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2, 1965, pp. 359 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, común y foral*. Ed. Reus S.A., 1983 (10ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, G.).
- CEREIJO SOTO, A. *El rechtspfleger alemán como una manifestación de la justicia de proximidad* [Tesis doctoral]. Universidad de Gerona, 2015.
- CUADRADO PÉREZ, C., «El régimen económico matrimonial. Disposiciones Generales». En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*: Vol. III. Pp. 61-274. Aranzadi, 2011 (1ª ed.).
- CUENCA CASAS M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de Comunidad*. Estudios de Derecho Concursal. Thomson Civitas, 2008.
- CUENCA CASAS M. Y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., «Familia y concurso de acreedores». En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*: Vol. IV. Pp. 417-640. Aranzadi, 2017 (2ª ed.).
- CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*: Tomo I. (Traduc. española de la 3ª ed. italiana y prólogo del profesor J. Casais y Santalé). Ed. Reus S.A.: Madrid, 1977.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2019 (4ª ed.).
- DE LA SERNA BOSCH, J., *División judicial de patrimonios*. Bosch, 2020.

- DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dir.)]: *Tomo XVIII, Vol 2º. Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*. Edersa, 1999 (2ª ed.).
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». En F. Cordón Moreno et al. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi, 2001 (2ª ed.).
- DÍAZ FUENTES, A., *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial, Procedimientos Prácticos y formularios*. Ed. Bosch, 2001.
- D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Pamplona, 1963.
- D'ORS, A., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Roma-Madrid, 1973.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L. Y PÉREZ GIL, J. «Artículos 806 y 807 de la LEC». En V. Gimeno Sendra (Dir.), *Proceso Civil Práctico: Tomo IV*. Pp. 359-378. Aranzadi, 2019 (1ª ed.).
- FENECH, M. Y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*. Bosch, 1962.
- FENECH, M., *Derecho Procesal Penal: Vol I. Labor*, 1952 (2ª ed.).
- FORCADA MIRANDA, F. J., «La liquidación del consorcio conyugal aragonés». En *Actas de Derecho Foral Aragonés* (Decimosexto encuentro). Pp. 95-113. Zaragoza-Huesca 2006. Disponible en: <https://eljusticiadearagon.es/foro-de-derecho-aragones/#>
- GARBERÍ LLOREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. Y CASERO LINARES, L. *Los procesos civiles*. Ed. Civitas, 2010 (2ª ed.).
- GARCÍA CANTERO, G., *Derecho Civil*, cit. de J. Castán Tobeñas, V-1 (obra de Castán Tobeñas, revisada y puesta al día por García Cantero). 1983
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*. Aranzadi, 2021.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I: El proceso de declaración. Parte general*. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- GIMENO SENDRA, V. Y CALAZA LÓPEZ, S., «¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?». *Diario La Ley*, nº 6125, año XXV, 11 nov. 2004, T. 5, pp. 1377-1385.
- GÓMEZ ARROYO, J. L., «Comentarios al artículo 452 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (I)». *Diario La Ley*, nº 6075/2004, pp. 1-70.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. Y GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., *La Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, 2011 (2ª ed.).
- GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil: Vol. Primero*. Madrid, 1976 (8ª ed.).
- GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*. Aranzadi, 1997 (3ª ed.).
- GONZÁLEZ VICENTE, J. L., «La intervención del contador-partidor en la división judicial de la herencia». *Familia y sucesiones, cuaderno jurídico, Editorial Jurídica SEPIN*, n.º 98, 2012, pp. 14-21.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio». En A. Cabanillas Sánchez (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo: Tomo III. Derecho Civil, Derechos reales, Derecho de Familia*. Pp. 4683-4706. Ed. Civitas: Madrid, 2002.
- GUILARTE, V., «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado». *Anuario de Derecho Concursal*, 5, 2005, pp. 61-100.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La procedencia de la diligencia de inventario en el procedimiento de división de herencia». *Revista La Ley*, nº 7938, 2012.
- HABSCHEID, W. J. «El Rechtspfleger en Europa» (Conferencia pronunciada en la clausura del 15 Congreso de la Unión Europea de Secretarios Judiciales y de las 27 Jornadas alemanas de Secretarios Judiciales el 3 noviembre de 1989 en Berlín). Traduc. por Lorenzo Bujosa Vadell, por encargo del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. [Citado por J. Martín Ostos, "Hacia un modelo de Secretario Judicial español". En *Documentación Jurídica, V Jornadas de la Fe Pública Judicial*, Tomo XVIII, enero-marzo 1991. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. P. 132.]
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*. Wolters Kluwer, La Ley, 2000.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La Reforma del Ministerio Fiscal*. Ed. Colex, 2003.
- JELLINECK, G., *Teoría General del Estado: Tomo I* (Traduc. de la 2.ª edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti). Librería General de Victoriano Suárez, 1914.
- LACRUZ BERDEJO J. L Y SANCHO REBULLIDA F. DE A., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Bosch, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. Bosch, 1981.
- LLEDÓ YAGÜE, F. Y FERRER VANRELL, M. P.(Dir), *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos Civiles Forales o Especiales*. Dykinson, 2010.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*. Iustel, 2012.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R. Y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Aranzadi, 2015 (1ª ed.).
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. McGraw-Hill Interamericana de España, 1995.
- MARTINELL, J. M., «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». En J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil (Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000)*, Vol. IV. Pp. 161-175. Editorial Difusión Economist Jurist, 2000.
- Ministerio de Justicia, «Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria». *Boletín de Información*, Año LIX, octubre de 2005.

- MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Tecnos, 1979 (2ª ed.).
- MONTERO AROCA, J., *Potestad, órgano y función jurisdiccionales (un ensayo contra "administración de justicia")*. Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México; DR, 1988. Libro completo en: <https://goo.gl/ahgy3e>.
- MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Tomo II*. Tirant lo Blanch, 2003.
- MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*. Ed. Bosch, 2007.
- MONTERO AROCA, J., *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2014 (4ª ed.).
- MONTES REYES, A., *División Judicial de Patrimonios*. La Ley, 2000.
- MORENO CATENA, V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, 2021 (11ª ed.).
- MORÓN PALOMINO, M., *Manual de Derecho Procesal Civil*. LexisNexis, 2003 (17ª ed.).
- MURGA GENER, J. L., *Derecho Romano Clásico: II. El Proceso*. Prensas universitarias, Universidad de Zaragoza, 1980.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». En M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y F. Valls Gombau (Coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pp. 3765-3795. Iurgium, 2001.
- PEDRAZ PENALVA, E. Y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». En V. Gimeno Sendra (Dir.), *Proceso Civil Práctico: Tomo X*. Pp. 809-872. Madrid, 2010 (4ª ed.).
- PEREZ DAUDI, V., «La revisión de los Decretos del Secretario Judicial por el Tribunal». *La Ley*, 17 noviembre 2010. Vol. 5 (D-347).
- PÉREZ GIL, J., «De la ejecución. Disposiciones generales». En V. Gimeno Sendra (Dir.), *Proceso Civil Práctico: Tomo III, Vol. I*. Pp. 197-456. Aranzadi, 2018.
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*. Imprenta Sáez-Buen Suceso, 1952.
- PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal: Tomo I*. La Ley: Wolters Kluwer, 2020 (2ª ed.).
- QUINZÁ REDONDO J. P., *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*. Tirant lo Blanch, 2016.
- RAMS ALBESA, J., *La Sociedad de Gananciales*. Tecnos, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales en los procedimientos matrimoniales». *Aranzadi Civil, 2*, 1998, pp. 153-182.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». En Asociación Española de Abogados de Familia, VV. AA., *Los procesos matrimoniales (en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*. Pp. 193-223., Ed. Dykinson, 2000.

- REDENTI, E., *Derecho Procesal Civil I*. (Traduc. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín). Buenos Aires, 1957.
- REYES GALLUR, J. J., «Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales». *Revista de Derecho de Familia* (Lex Nova), n.º 55, 2012, pp. 43-62.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*: Tomo II. Bosch, 1948.
- RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. *Compendio de Derecho Judicial*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «La facultad del albacea, así autorizado, para vender libremente: la legítima como reglamentación de freno, el artículo 901 del Código Civil y otras cuestiones». *La Ley*, n.º 7222, Año XXX, 21 julio, 2009, pp. 1521-1527.
- SALAS CARCELLER, A., *Las partes. Problemática procesal*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 2005.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. Civitas, Madrid 2002.
- SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia una moderna configuración de las actividades jurisdiccionales del secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985». *Poder Judicial*, n.º 3, 1986, pp. 53-58.
- SEOANE CACHARRÓN, J., «El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial». *Diario La Ley*, n.º 7561, 2011, pp. 1-13.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «El procedimiento para la división judicial de la herencia». En J. L. Seoane Spiegelberg (Dir.), *La división Judicial de Patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. Pp. 497-634. Consejo General del Poder Judicial, colecc. Cuadernos de Derecho Judicial, 1, 2004.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*. Ed. Atelier, 2008.
- SERRANO ALONSO, E., «La fijación de los bienes liquidables en el inventario: determinación del activo de la masa ganancial». En J. L. Seoane Spiegelberg (Dir.), *La división Judicial de Patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. Pp. 233-284. Consejo General del Poder Judicial, colecc. Cuadernos de Derecho Judicial, 1, 2004.
- SCHMIT, E., *Derecho injusto y Derecho nulo*. Ed. Aguilar, 1971.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil. Jurisdicción Voluntaria*. Civitas, 2016.
- SOTO NIETO, F., «Jueces y Abogados (miscelánea sobre sus condiciones y deberes)». *La Ley*, n.º 3, Año XVI, núm. 3878, de 29 de septiembre de 1995, pp. 897-914.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial». En J.L. Seoane Spiegelberg (Dir.), *La división Judicial de Patrimonios, aspectos sustantivos y procesales*. Pp. 635-661. Consejo General del Poder Judicial, colecc. Cuadernos de Derecho Judicial, 2004 (1).
- VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*. Civitas, 2000.

- YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M., *Tratado de Derecho de la Familia: Volumen IV. Regímenes económicos matrimoniales (II). Derecho de Familia y concurso de acreedores. Las parejas no casadas*. Aranzadi, 2017.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona*. Bosch, 2007.
- ZARZALEJOS NIETO, J., «El enjuiciamiento preliminar de la falta notoria de legitimación (Un supuesto de sentencia inmediata)». *Revistas @iustel.com. Revista General de Derecho Procesal*, 56, 2022: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=9

