

LA DIVISIÓ DELS BÉNS EN PROINDIVISIÓ EN EL RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS DE CATALUNYA¹

Sergio Nasarre Aznar

Professor agregat de dret civil de la Universitat Rovira i Virgili

1. INTRODUCCIÓ

L'article 43 del Codi de família (CF) assenjala:

1. En els procediments de separació, divorci o nul·litat i d'execució en l'ordre civil de les resolucions o les decisions eclesiàstiques a què fa referència l'article 42, de matrimonis subjectes al règim de separació de béns, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als que tinguin en proindivís. Si els béns afectats són més d'un i l'autoritat judicial ho estima procedent, aquells poden ésser considerats en conjunt, als efectes de la divisió.

2. Si la sentència dóna lloc a l'acció de divisió de la cosa comuna, es pot procedir a la indicada divisió dels béns en el tràmit d'execució de la sentència.

També en un règim de separació de béns els cònjuges tenen béns en comú. Possiblement, els tipus de béns més comuns sotmesos a cotitularitat proindivisa sota un règim de separació de béns català siguin l'habitatge conjugal adquirit per ambdós cònjuges al 50 % abans o després de la celebració del matrimoni i la hipoteca corresponent,² a més dels comptes corrents. Vegeu, en aquest sen-

1. Aquest treball forma part del projecte d'investigació «La propiedad y sus aprovechamientos: las situaciones de comunidad» (Ministeri d'Educació i Ciència, Direcció General d'Investigació; referència: SEJ2006-14875-C02-02), l'investigador principal del qual és el doctor Pedro del Pozo Carrascosa.

2. Sobre el comportament de la hipoteca en crisis matrimonials, després de la divisió de l'habitatge gravat i de l'atribució de l'ús d'aquest, vegeu R. M. ANGUITA RÍOS, «La hipoteca: la familia y uno más», a Fátima YÁÑEZ VIVERO, Araceli DONADO VARA, María Fernanda MORETÓN SANZ i Carlos LASARTE ÁLVAREZ (coord.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*, Madrid, UNED, IDADFE i El Derecho, 2006.

tit, la Sentència de l'Audiència Pública (SAP) de Girona de 14 d'octubre de 2002,³ que efectua el seu repartiment segons el procediment liquidador dels articles 806 i següents de la Llei d'enjudiciament civil (LEC):

Si cabe acoger su solicitud de que, conforme a lo previsto en el art. 43 del Codi de Família, se proceda a la división de dicho inmueble del que son propietarios en común, en el bien entendido de que, mientras no se produzca un acuerdo de las partes o se dicte una resolución judicial que modifique la atribución de su uso al hoy apelado y a sus hijos, cualquier enajenación de la finca se entenderá gravada con ese derecho de uso concedido a favor de aquéllos. En lo atinente a la petición de reparto del dinero existente en cuentas corrientes comunes de los cónyuges deberá estarse a lo dispuesto en el art. 806 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil.

A l'habitatge i els comptes corrents es poden sumar segones o posteriors residències, altres productes financers (comptes a termini, fons d'inversió, etc.), el parament de la llar comprat a mitges i els vehicles de motor.

És a dir, en la pràctica, una cosa és el règim econòmic al qual se sotmeti el matrimoni i una altra és el règim jurídic al qual queden subjectes els béns adquirits conjuntament pels cònjuges abans o durant el matrimoni i que, naturalment, pretenen dividir (buscar una solució a la situació de comunitat) en la seva totalitat en cas de crisi matrimonial, atès que, ateses les conseqüents desavinences entre els comuners, els béns en comunitat no podran gestionar-se ni aprofitar-se ni eficaçment ni eficientment (art. 552-3, 552-6 i 552-7 del Codi civil de Catalunya [CCCat]). El Codi de família, conscient d'això, recull la possibilitat de subsumir dita divisió en el procés de dissolució del règim de separació de béns català, atès que així resoldrà la qüestió del règim i la qüestió de la situació juridicodominical dels béns en copropietat dels cònjuges en crisi.

L'article 43 CF significa un avanç en el tractament processal de l'acció de divisió de la cosa comuna quan aquesta està lligada a un procés de dissolució del vincle matrimonial o de separació judicial (o de les execucions en l'ordre civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques de l'art. 42 CF)⁴ respecte al règim ordinari de la LEC de l'any 2000 i del Codi civil (CC) (SAP de Barcelona de 22 d'octubre de 2003).⁵ Efectivament, el *petitum* processal que correspon a un procés de separació, nul·litat o divorci regit pel dret estatal haurà d'establir-se en els límits que marquen els articles 90-101 CC i 770 i 777 LEC per als processos contenciosos i

3. EDJ 2002/65914.

4. L'aplicació de l'article 43 CF a aquesta situació es dona per estudiada en aquest treball en explicar el règim substantiu i adjectiu de dit precepte per als supòsits de separació judicial, nul·litat i divorci, i quant a la resta es fa una remissió al comentari de l'article 42 CF.

5. EDJ 2003/137628.

de mutu acord, respectivament, entre els quals no es troba la divisió de la cosa comuna.⁶ S'ha d'anar, en conseqüència, al judici declaratiu. A més, l'article 73.1 LEC preceptua que «1. Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: [...] 2.º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo», de manera que, si no hi ha cap altra possibilitat distinta que portar l'acció de divisió pel judici declaratiu del llibre II LEC i ventilar el judici de separació, divorci o nul·litat pel judici especial del llibre IV, estem davant de dues accions no acumulables que, en conseqüència, han de tractar-se en processos separats. En canvi, l'article 43 CF possibilita simultaniejar l'acció de divisió de la cosa comuna amb el procés en el qual es ventili la separació, el divorci o la nul·litat d'un matrimoni que estigués en règim de separació de béns, procés en el qual es resoldran les qüestions de l'article 76 CF. Per contra, com que no existeix en el dret estatal una possibilitat similar, la qüestió de la divisió de la cosa comuna ha de quedar relegada al judici declaratiu,⁷ tant si és ordinari com si és verbal, atenent la quantia del procés (art. 248 i 249.2 LEC), atès que no existeix per a aquella una tramitació especial en la LEC. L'article 43 CF està regulant, doncs, una norma processal distinta de la de la mateixa LEC per a la divisió de les coses comunes en un règim de separació de béns, com també ho fa l'article 43.2 CF respecte al moment processal oportú per a liquidar-la.

A pesar de la clara redacció del precepte, que en general ha estat ben compresa per la doctrina i ben aplicada per la jurisprudència, des de l'any 1998 s'han anat donant en els tribunals catalans algunes qüestions, a vegades contradictòries, que han perfilat o matisat la lletra del precepte, com l'abast de la norma, els límits a la resolució judicial, el procediment processal adequat, etcètera.

2. DESCRIPCIÓ DEL PRECEPTE

2.1. SUPÒSIT DE FET

L'article 43 CF pot considerar-se emmarcat dins dels actes que han de dur-se a terme per a poder extingir i liquidar convenientment el règim econòmic ma-

6. Sobre el contingut de la demanda del procediment matrimonial contenciós, vegeu J. FLORS MATÍES, «Comentario al art. 770 LEC», a Juan MONTERO AROCA (coord. y dir.), *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tom IV, València, Tirant lo Blanch, 2003, p. 3182 i 3183; i per al procediment de mutu acord, vegeu les p. 3825-3828.

7. Perquè no té cap procés especial assignat, segons l'article 248.1 LEC. En aquest sentit es pronuncia C. LASARTE, «Propiedad y derechos reales de goce», *Principios de derecho civil IV*, 5a ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 183.

trimonial de separació de béns, atès que pressuposa l'existència d'alguns béns en comú de la parella que han de quedar dividits en finalitzar el règim.

En definitiva, es tracta d'una altra petició que ha d'admetre's o de rebutjar-se durant el procés de separació, divorci o nul·litat juntament amb altres situacions que pressuposen l'existència de béns en comú o la necessitat de compensar situacions disperses entre cònjuges, com són:

a) La compensació de l'article 41 CF.

b) La liquidació prevista en l'article 1439 CC en relació amb l'article 1720 CC per al cas que un cònjuge hagi administrat els béns o interessos de l'altre (Sentència del Tribunal Suprem [STS] de 24 de maig de 1975: no queda dispensat de la rendició de comptes de l'art. 1720 CC encara que siguin cònjuges, segons les sentències del Tribunal Suprem [TS] de 28 d'octubre de 1969 i 13 d'abril de 1995).⁸ El moment de comprovar el correcte comportament del cònjuge mandant serà, segons la jurisprudència anterior a la LEC de l'any 2000, la fase d'execució de la sentència (STS de 14 d'abril de 1995),⁹ cosa que implica la necessitat de certes operacions liquidadores (STS de 8 de juny de 1999).¹⁰

c) L'existència de béns en cotitularitat, que s'extreu també de la presumpció de cotitularitat de l'article 40 CF.

De fet, en l'Avantprojecte del Codi de família de l'any 1995 (art. 47-55)¹¹ estava previst un «Fondo patrimonial familiar» (finalment no va arribar a recollir-se en la Llei), inspirat en la reforma del Codi civil italià de l'any 1975, que servia per a contribuir a les càrregues familiars i a les originades per aliments i pensions en cas de separació o divorci i que hagués significat la consagració de l'existència de béns comuns dels cònjuges fins i tot en un règim de separació de béns.

Tots aquests supòsits mostren la necessitat de «liquidar» el règim econòmic matrimonial de separació de béns català¹² (i, almenys, «liquidar» els béns en copropietat que tenen els cònjuges casats en règim de separació de béns), en contra del que la doctrina considerava fins a aquest moment. Efectivament, la doctrina i la jurisprudència pre-LEC 2000 consideraven que per a la liquidació del règim de societat de *gananciales* es podia acudir a la fase d'execució de la sen-

8. TOL 211308.

9. TOL 211308.

10. TOL 1817.

11. Així ho recull J. EGEA FERNÁNDEZ, «El Codi de família: de la codificació sectorial al futur Codi civil de Catalunya», *La Llei* (La Ley-Actualidad SA), 1998, D-6, p. 921.

12. S'expressen en aquest sentit A. L. REBOLLEDO VARELA, «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil», a *Los procesos matrimoniales*, Dykinson i Asociación Española de Abogados de Familia, 2000, p. 205. Vegeu *infra* la discussió del procediment que s'ha de seguir segons l'article 43.2 CF.

tència, però no per al règim de separació de béns, perquè no hi havia res per a liquidar.¹³ I d'aquesta concepció deriva el fet que en la vigent LEC existeixi un procés especial de liquidació del règim de societat de *gananciales* (i de qualsevol altre que pressuposi l'existència d'una massa de béns comuna dels cònjuges) i fins i tot del de participació previst en els articles 806 i següents de la LEC, mentre que, per a poder realitzar qualsevol activitat liquidadora en el règim de separació de béns (p. ex., la divisió de coses comunes), sembla que, en principi, hauria d'anar-se a un judici declaratiu,¹⁴ amb tots els efectes perniciosos que això comporta: retard en l'adjudicació o venda definitiva dels béns, major complexitat d'aquest procés i, normalment, diferent atribució de les costes en els processos declaratius que en els de naturalesa familiar, en els quals se sol ser més condescendent en la seva no-atribució.¹⁵

L'article 43 CF, doncs, s'afegeix als preceptes que demostren la necessitat de certes operacions liquidadores en el procés d'extinció del règim de separació de béns català i que aquestes han de fer-se seguint el principi d'economia processal (tan ràpidament i senzillament com sigui possible, atès que es fan en un moment de crisi per a la família i atesa la necessitat d'aquesta de recuperar la seva estabilitat).¹⁶

L'avantatge i la innovació de l'article 43 CF és que permet substanciar la divisió de les coses comunes juntament amb el procés de separació, divorci o nul·litat i considerant la totalitat o alguns béns que tenen en comú una única divisió. Així, en els casos en què existeixi mutu acord respecte a la divisió, als béns, etcètera, la liquidació podrà fer-se en el conveni regulador, atenent el procés especificat en l'article 777 LEC. I en el cas d'un procés contenciós, la sentència de separació, nul·litat o divorci acordarà la liquidació i fixarà les bases per a aquesta, que es practicarà en la fase d'execució de la sentència,¹⁷ sempre que estiguin determinats els béns que s'han de dividir.

De fet, l'acció de divisió a la qual es refereix l'article 43.1 CF és la que assenyala l'article 552-11 CCCat, i pot concretar-se en tres modalitats: 1) una úni-

13. P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», a Joan EGEA i Josep FERRER (dir.), *Comentarios al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 262.

14. No obstant això, vegeu *infra* el nostre raonament.

15. A pesar que els articles 394 i 398 LEC 2000 hagin pretès limitar i objectivitzar les causes d'atribució de les costes processals.

16. P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 262.

17. P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 263, i J. SOLÉ RESINA, «El régimen de separación de bienes», a M. Carmen GETE-ALONSO (coord.), *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Barcelona, 2003, p. 317. No obstant això, sobre què implica la remissió a l'«ejecución de sentencia», vegeu *infra*.

ca divisió i sobre tots els béns en condomini —divisió en lots—; 2) una divisió global sobre solament alguns dels béns en comú —es fan lots— i la resta un a un; 3) divisions distintes per a cadascun dels béns en condomini. La relació entre aquesta acció i l'article 43 CF queda corroborada quan l'article 552-11.6 CCCat assenyala que les comunitats ordinàries que hi ha entre els cònjuges, en els procediments de separació, divorci o nul·litat matrimonial, es podran dividir considerant com a única divisió la totalitat o una part dels béns sotmesos a aquest règim d'acord amb l'article 43 CF, és a dir, «poden ésser considerats en conjunt» quan el jutge així ho acordi. L'acció de divisió de l'article 552-11 CCCat parteix de la idea de l'antieconomicitat de la comunitat romana, per les seves dificultats i complexitats en l'administració del bé (art. 552-7 CCCat) per a poder-lo usar i modificar (art. 552-6 CCCat), i per la dificultat del seu gravamen i l'alienació *in toto* (art. 552-3 CCCat *a sensu contrario* i 552-7.6 CCCat, que exigeix la unanimitat). Però la necessitat de posar fi a la situació de comunitat dels béns que els cònjuges tenien en comú és especialment urgent en la majoria de processos de divorci, separació i nul·litat en cessar la convivència i pel fet que es tracta d'una situació especialment estressant.

En conseqüència, amb l'exercici de l'acció, els cònjuges persegueixen que es declari la divisió de les coses que es tenen en comú, sia bé a bé, sia considerades en conjunt (totes les coses o part d'aquestes), cosa que s'ha de fer mitjançant l'aplicació de les regles dels articles 552-9 al 552-12 CCCat. Si les coses que es pretenen dividir són divisibles (p. ex., el saldo d'un compte corrent), es procedirà a la seva divisió segons les quotes participades (art. 552-1 CCCat). Si la cosa és indivisible, sia per la seva naturalesa (p. ex., el vehicle familiar), sia per una disposició legal (p. ex., la unitat mínima de cultiu), o es desmereixés notablement en dividir-se o formés part d'una col·lecció, s'adjudicarà al cotitular que tingui més interès; si ambdós cònjuges el tenen, s'adjudicarà al que tingui una participació major, i si ambdós tenen la mateixa (cosa més freqüent), ho decidirà la sort. L'adjudicatari pagarà el preu de la part de l'altre cotitular (o, si és per lots, se'l compensarà amb un altre bé de valor equivalent a la seva quota sobre el bé perdut). Si cap dels dos té interès, es vendrà la cosa i es repartirà el preu obtingut (art. 552-11.5 CCCat). Tot això serà, no obstant això, aplicat pel jutge només en el cas que ambdós cònjuges no arribin a un acord de distribució dels béns o d'adjudicació d'algun d'aquests (que no hagi entrat en els lots) a un dels cònjuges (art. 552-11.1 CCCat). En l'àmbit de l'article 43 CF en relació amb els béns essencials per a la família (normalment l'habitatge conjugal), el que seria òptim seria la seva inclusió voluntària en els lots (compensant el cònjuge que no se'ls quedi amb diners o amb altres béns) i, si no, la seva adjudicació voluntària a l'altre amb una compensació econòmica (fora dels lots), per a una ma-

jor protecció i estabilitat de la família i dels fills (cosa que ho faria concordar amb l'atribució de l'ús). Tot això, prenent com a referència bàsica la protecció de la família (SAP de Barcelona de 29 de maig de 2002)¹⁸ i el principi *favor filii* (SAP de Tarragona de 8 de febrer de 2008).¹⁹

3. ÀMBIT OBJECTIU

3.1. TIPUS I SITUACIÓ JURÍDICA DELS BÉNS AFECTATS

Tractarem dos aspectes: el primer és el relatiu a la situació de proindivisió (art. 43 CF) i el segon és el relatiu a la presa en consideració en conjunt dels béns a l'efecte de la divisió (art. 43.1 CF *in fine*).

3.1.1. Els béns en proindivisió

L'article 43 CF assenyala que els béns que s'han de dividir han de ser tinguts en «proindivisió». Amb això ens està remetent directament a l'article 552-1 CCCat, que assenyala que la comunitat ordinària indivisa comporta l'existència de tants drets com titulars hi ha (vegeu la STS de 31 de gener de 1973 per a l'art. 392 CC). És característic de la comunitat romana que la cosa pertanyi als comuners per quotes (parts *pro indiviso*), que és l'«expresión numérica del contenido» de la participació dels comuners.²⁰

El dubte que es planteja és si aquesta «proindivisió» podria fer referència a altres comunitats de propietaris. En primer lloc, descartem la *germànica*, pròpia del règim de societat de *gananciales* (art. 1344 CC),²¹ perquè aquesta no atribueix quotes als partícips, atès que la cosa pertany a la col·lectivitat i, per tant, els comuners no poden realitzar lliurement la seva participació. És a dir, aquests no poden lliurement i unilateralment demanar l'acció de divisió,²² sinó que la comunitat està destinada a una finalitat i, desapareguda aquesta (extingit el matrimoni i, per tant, extingit el seu règim —art. 1392 CC—), es podrà procedir a

18. TOL 248009.

19. JUR 2008\146099.

20. J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de derecho civil*, vol. III, *Derechos reales*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 466.

21. També existeixen comunitats en els règims catalans de l'associació de compra i millores, l'agermanament i el pacte de convinença, a més del de comunitat de béns (art. 61-75 CF).

22. J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, «Derechos reales», p. 496 i 499.

la divisió dels béns que la integren (art. 1404 CC). Així succeí, per exemple, en la SAP de Còrdova de 9 de juliol de 2004:²³

En materia de bienes gananciales, la jurisprudencia ha establecido 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 proporcional, característica de la comunidad de tipo romano allí recogida, ni es atribuible a la mujer o esposo, en vida del otro cónyuge y sin la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la propiedad por mitad de los bienes gananciales, porque para saber si estos 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 cada cónyuge más que un derecho expectante, al ser su situación jurídica respecto de los bienes gananciales la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, e impide que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero, a efectos, por ejemplo, de la tercería de dominio (SSTS 29-9-86, 26-9-88, 19-7-89, 12-6-90, 4-3-94, 1-9-2000).

Tampoc no poden incloure-s'hi els béns que els cònjuges tinguin dividits en *propietat horitzontal*, perquè manquen de l'acció de divisió (si bé seria una altra cosa, naturalment, que s'incloués aquest bé en propietat horitzontal en un lot) (art. 553-1.2 CCCat).

S'ha d'arribar a la mateixa solució per a les propietats sobre les quals recau un règim d'*aprofitament per torns*, tant si és sobre un immoble d'ús turístic —al qual s'aplicaria, segons l'art. 554-2.4 CCCat, la Llei 42/1998, de 15 de desembre, de drets d'aprofitament per torn de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries—²⁴ com si és sobre un immoble d'un altre ús o un moble dels admesos segons l'article 554-2.2 CCCat. Respecte als primers, es prohibeix que l'aprofitament per torns es vinculi a una quota indivisa de la propietat (art. 1.4 Llei 42/1998), atès que la seva naturalesa jurídica és un dret real limitat i en cap cas és dominical. A més, a les regles de la comunitat de titulars s'aplica supletòriament el règim de la propietat horitzontal (art. 15.4.5 Llei 42/1998)²⁵ i, encara que l'article 15.1 de la Llei 42/1998 doni plena disponibilitat del seu dret al titular d'aquest, en dit article no se li atorga la facultat de dissoldre la comunitat, sinó que se subjecta qualsevol alteració d'aquesta a les regles de les majories (art. 15.4.1 Llei 42/1998). De manera que la facultat de l'article 43 CF

23. TOL 563717.

24. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 300 (16 desembre 1998), p. 42076.

25. Vegeu *supra*.

tampoc no s'ajusta a la situació de comunitat de drets d'aprofitament per torns,²⁶ atès que els seus titulars no són copropietaris de l'immoble i, per tant, manquen de l'acció de l'article 552-11 CCCat. Arguments similars poden predicar-se de la comunitat per torns dels articles 554-1 a 554-12 CCCat, especialment dels articles 554-3 CCCat (contingut i naturalesa del torn), 554-9 CCCat (facultats, entre les quals no es troba la divisió de la cosa comuna) i 554-12 CCCat (supletorietat del règim de propietat horitzontal).

En canvi, sí que sembla possible que pogués demanar-se per la via de l'article 43 CF la divisió d'una cosa sotmesa a «*propiedad dividida*»²⁷ (p. ex., un cònjuge té el dret de sembra i l'altre té el d'arbrat d'una finca), atès que el Tribunal Suprem (STS de 9 de maig de 1922) ha anat afirmant que existeix condomini o comunitat de béns «también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos en tal forma que hay entre los copartícipes algo común».²⁸ És una «situació anàloga» a la de l'article 392 CC (STS de 9 de juliol de 1903). Segons la STS de 8 d'abril de 1965, l'un pot ser titular d'una facultat sobre la finca, l'altre pot ser-ho d'una altra i ambdós poden ser copropietaris de la finca.²⁹

Així doncs, en definitiva, conforma el supòsit de fet una situació jurídica d'un bé sotmès indubtablement a una proindivisió (o propietat dividida) entre ambdós cònjuges. Aquesta ha de ser la situació de partida, que ha de quedar provada en el judici de separació, divorci o nul·litat per a procedir a la divisió, atès que, en cas contrari, no pot concedir-se la divisió, com va succeir en la SAP de Girona de 6 d'octubre de 2003,³⁰ en la qual es va denegar la divisió perquè els béns no estaven en proindivisió, sinó que va ser provat que pertanyien a un dels cònjuges:

Tratándose por tanto de un caso de separación de bienes en que los inmuebles discutidos figuran bajo la titularidad exclusiva de la esposa y por ello no son bienes en proindiviso, no es de aplicación la normativa invocada, art. 43, ni es éste el procedimiento idóneo para resolver sobre la propiedad de dichos bienes, cuya titularidad formal, según admiten ambos litigantes y se desprende parcialmente de la prueba obrante, corresponde a la esposa.

26. La facultat de divisió d'aquesta peculiar comunitat està especialment prevista en l'article 554-1.2c CCCat.

27. J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, «Derechos reales», p. 506, i M. ALBALADEJO, *Derecho civil III: Derecho de bienes*, vol. 1, 8a ed., Barcelona, José M. Bosch, 1994, p. 448; aquest últim l'anomena *copropiedad pro diviso*.

28. M. ALBALADEJO, *Derecho civil III*, p. 448.

29. Altres sentències del Tribunal Suprem recollides per M. ALBALADEJO, *Derecho civil III*, p. 449, són: la de 27 de setembre de 1906, la de 6 de juliol de 1920, la de 22 de gener de 1953, la de 5 de novembre de 1956, la de 28 d'octubre de 1958, la de 28 de juny de 1964 i la de 9 de març de 1983.

30. TOL 342708.

L'objecte de l'acció queda molt limitat a acordar o no la divisió de la cosa comuna, de manera que no és possible compensar, condonar o indemnitzar els deutes que els cònjuges tinguin entre si. En paraules de la SAP de Barcelona de 13 de novembre de 2002:

Pero dado que esta posibilidad que la ley concede de resolver cuestiones de índole puramente material y económica se ciñe exclusivamente a la acción de división de los bienes comunes y puesto que no es este el caso que nos ocupa, no es posible resolver en el procedimiento de separación la procedencia o improcedencia de compensar, condonar o indemnizar las deudas que los cónyuges tuvieran entre sí.

3.1.2. *El tractament unitari dels béns*

Entrant ja en el segon dels temes, hem d'assenyalar que l'article 43.1 *in fine* CF possibilita un tractament unitari quan els béns en proindivisió són més d'un. Aquest precepte pretén simplificar la divisió d'una pluralitat de béns que puguin pertànyer a ambdós cònjuges. Com que la divisió de la cosa és una petició d'una part, ha hagut de ser alguna de les parts (o ambdues) la que hagi sol·licitat la divisió de més d'una cosa (p. ex., cotxe, casa, compte corrent, etc.).

Una mica més crítica sembla l'expressió «poden ésser considerats en conjunt, als efectes de la divisió». En principi, sembla acceptable entendre que s'està legitimant el jutge perquè procedeixi a la divisió de les coses en el seu conjunt, estiguin aquestes llistades o com a conseqüència d'una petició genèrica de l'estil de «i que es declara la divisió de tots els béns que tinguem en comú», sense necessitat d'individualitzar-les una per una, sempre que en totes aquestes es donin els requisits perquè puguin ser dividides per la via de l'article 43 CF. Així, si la propietat de la casa fos inqüestionable però es qüestionés la titularitat del cotxe, només podria dividir-se la casa i no ambdues coses en conjunt, atès que per al cotxe haurien d'anar al judici ordinari.

El dubte que ens assalta és si aquesta expressió, a més, vol dir que el jutge queda facultat per anar tenint en compte uns béns per a procedir a la divisió d'uns altres, és a dir, si poden considerar-se en global els perjudicis i els guanys de l'un i l'altre cònjuges i veure com poden anar compensant i atribuint béns o lots als uns i als altres, sense que es produeixi un enriquiment de cap de les parts, i compensacions econòmiques si és necessari, intentant evitar al màxim la venda en subhasta pública dels béns³¹ i la seva adjudicació a tercers (amb la qual ambdues parts podrien sortir-hi perdent).

31. Aquesta és l'opinió de P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 262 i 263.

Encara que això sembla adequat, només ha de tenir-se en compte quan s'executi la divisió unitària de les coses comunes acordada en la sentència de separació, divorci o nul·litat. No pot oblidar-se que l'única cosa que pot acordar el jutge en aquests processos és la divisió de l'article 552-11 CCCat, tenint en compte exclusivament que les coses estiguin en proindivisió inqüestionable. Els guanys o les pèrdues que cada cònjuge pugui tenir com a resultat d'aquesta divisió global, més altres factors com la possible pensió compensatòria de l'article 84 CF o, si escau, la compensació dels articles 41 i 42 CF, només es podran tenir en compte a l'hora de fer atribucions i divisions en la liquidació (vegeu, en aquest sentit, la SAP de Tarragona de 2 de setembre de 2002).³²

El jutge, per tant, si no se li presenta cap problema de percentatges de participació o de titularitats, podrà atorgar el que se li demana considerant-ho en conjunt i sense necessitat de demanar un llistat o que es concretin els béns (si bé podria sol·licitar-ho). Serà en el període de liquidació on podrà veure's com es procedirà a la divisió, si per divisió física, per divisió temporal, per venda de la cosa, atorgant a l'un la part de l'altre a canvi d'una compensació en metàl·lic o una altra —p. ex., a canvi de la meitat d'una altra cosa més una compensació en metàl·lic—, etcètera. En definitiva, en la liquidació s'haurà de decidir com s'extingeixen totes les proindivisions.

3.2. RÈGIMS ECONÒMICS MATRIMONIALS AFECTATS PER L'ARTICLE 43 DEL CODI DE FAMÍLIA. L'ARTICLE 43 DEL CODI DE FAMÍLIA I LA SEPARACIÓ DE FET. LA LIQUIDACIÓ DEL RÈGIM PATRIMONIAL DE LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA

3.2.1. *El règim de separació de béns català*

Sembla que no hi ha dubte que l'article 43 CF es refereix al règim econòmic matrimonial de separació de béns previst a Catalunya,³³ no només per la seva col·locació sistemàtica (dins de la secció primera del capítol I del títol II), sinó per una qüestió de necessitat pràctica i d'economia processal: com s'ha dit,

32. TOL 255106.

33. Sempre que no estigui qüestionat que aquest sigui el règim que regeix en el matrimoni concret, ja que en la seva determinació no pot entrar el jutge de la separació, la nul·litat o el divorci, encara que pot partir de certes presumpcions o aparences (A. L. REBOLLEDO VARELA, «La liquidació del règimen económico matrimonial», *Manuales de Formación Continuada* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial), núm. 17 (2001), *Cuestiones de familia en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, p. 197).

la LEC no preveu la possibilitat que en el mateix procés matrimonial pugui procedir-se a la divisió de les coses comunes, i relega aquesta qüestió fora de dit procés, possiblement perquè pressuposa, a l'estil tradicional, que en un règim de separació de béns, a diferència del règim de *gananciales* o d'altres de similars, no hi ha res per liquidar perquè no hi ha res comú.³⁴ De fet, tant per al règim de societat de *gananciales* del Codi civil com per al de participació català (i per a tot règim que «determine la existencia de una masa común de bienes y derecho sujeta a determinadas cargas y obligaciones»)³⁵ ja existeix un procés especial liquidador en la LEC (art. 806 i seg. LEC) que facilita la ventilació de la qüestió dels béns comuns en uns processos concatenats, cosa que no succeeix, *a priori*, amb el règim de separació, amb els perjudicis que això comporta.³⁶

3.2.2. *Altres règims econòmics matrimonials*

La qüestió que ara ens plantejem és si l'article 43 CF podria ser d'aplicació a altres règims matrimonials distints del de separació de béns català, cosa que, al cap i a la fi, no queda prohibida expressament pel mateix precepte. De fet, la remissió que fa l'article 76.3 CF a l'article 43 CF podria donar peu a entendre que la possibilitat de demanar la divisió de les coses tingudes en proindivisió es podria estendre a la resta de règims econòmics matrimonials que comportin la tinença de béns en proindivisió en supòsits de nul·litat, divorci o separació judicial. Aquest article 76.3e CF assenyala que s'han de regular «[l]a liquidació, si és el cas, del règim matrimonial i la divisió dels béns comuns, d'acord amb el que estableix l'article 43». No s'exclou expressament cap règim de l'aplicació de l'article 43 CF.

Conforma un *prius* a aquesta qüestió la reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 5 de juny de 1989³⁷ i STS de 8 de març de 1999³⁸), en el sentit que l'acció de l'article 400 CC (a Catalunya equivaldria a l'article 552-11 CCCat, amb les particularitats que ja hem apuntat *supra*) és un dret irrenunciable dels copartícpis, que poden exercitar en qualsevol moment i que parteix de la qüestió antieconòmica de qualsevol comunitat romana:

34. P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 262.

35. Vegeu els règims econòmics locals catalans en aquesta mateixa obra.

36. Vegeu *supra*.

37. RJ 1989\4295.

38. TOL 2210.

La acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna.

El principi, doncs, que «ningún régimen económico matrimonial puede condicionar el ejercicio de la acción de división del art. 400 CC», més la possibilitat que en altres règims econòmics matrimonials puguin existir béns dels cònjuges en proindivisió, han portat alguns jutges a estendre la possibilitat de l'article 43 CF a altres règims distints del de separació de béns català (SAP de Barcelona de 23 de novembre de 2004;³⁹ i és més estricta —perquè ho limita a situacions de divisió de mutu acord— la SAP de Lleida de 25 d'abril de 2003⁴⁰), com el règim de comunitat de béns català (art. 66 i seg. CF) (SAP de Barcelona d'11 de juny de 2004,⁴¹ que al mateix temps indica que no podria aplicar-se a règims econòmics matrimonials aliens als propis de Catalunya). Així s'expressava l'esmentada SAP de Barcelona de 23 de novembre de 2004:

[...] ninguna aceptación merece el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada, en cuanto limita y condiciona la división de la cosa común al régimen de separación de bienes de Cataluña.

Ello no puede ser así por chocar frontalmente contra lo dispuesto en los arts. 400, 401 y 404 del CC, y no ser exigencia de la legislación catalana en el art. 43 del Código de familia 10/1998, de 15 de julio. [...]

La consecuencia, pues, en orden al tema tan baldíamente debatido en la instancia sobre si el régimen económico matrimonial de las partes era el de gananciales o el de separación de bienes, resulta ociosa, toda vez que, cualquiera que sea, no impide acudir a la «actio comuni dividundo», en cualquier tiempo.

Facultad del art. 400 CC que es un derecho indiscutible no sometido a circunstancias obstativas, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por más de 10 años (STS 5 junio 1989, 8 marzo 1999).

Por eso hay que decir que la interpretación restrictiva que hace el juzgador del art. 43 del Código de familia es simplemente errónea, y, en consecuencia, cabe estimar el primer motivo del demandado y declarar la división del inmueble.

I del mode següent ho feia la SAP de Barcelona d'11 de juny de 2004:

És cert que la sentència d'instància va ometre totalment pronunciar-se quant a la liquidació del règim de guanys dissolt per la sentència de separació al seu dia.

39. EDJ 2004/201424.

40. EDJ 2003/20448.

41. TOL 476154.

Però també ho és que no escau fer-ho en un procediment de divorci, car l'art. 76.3e, en relació amb l'art. 43 del C. de F., s'ha d'entendre referit a la possibilitat de procedir a dita liquidació solament quant als règims de comunitat catalans, car el legislador català no té competència per regular substantiva ni processalment el mode i solc procedimental de liquidació d'un règim de dret comú, alhora que l'art. 806 i seg. de la nova LEC dissenyen el procediment per a dita liquidació, referit en general a tots els règims, per bé que no aplicable als de comunitat catalans, regulats pels articles abans esmentats. Les parts han d'acudir, per tant, al procediment de liquidació de patrimonis comú.

I la SAP de Lleida de 25 d'abril de 2003 es va expressar d'aquesta manera:

El Jutjat no ha donat lloc a la dita pretensió, que, tanmateix, esdevé preceptiva en haver-se donat lloc a la demanda de divorci, tal com disposa l'art. 76.3e en relació amb el 43 CF, de manera que, sigui quin sigui el règim econòmic matrimonial, fins i tot el de separació de béns propi de Catalunya, que és el d'aquest cas, quedí resolta la situació econòmica d'ambdós cònjuges a partir de l'extinció del matrimoni, cosa que té especial interès i importància quan, com en aquest cas, existeix un immoble en copropietat, havent pactat ambdós cònjuges la forma de la seva venda i divisió entre els mateixos. Evidents raons d'economia processal fan que sigui aquest procediment matrimonial el marc adient per a resoldre la dita qüestió i totes les altres de caràcter econòmic matrimonial que es puguin derivar de la ruptura conjugal. Escaurà, doncs, estimar el primer motiu del recurs.

Als arguments a favor d'aquesta mesura s'afegeix, doncs, l'economia processal, que busca resoldre al més aviat possible les relacions patrimonials existents entre els cònjuges durant el matrimoni i que han d'extingir-se al més aviat possible, cosa que sembla assenyalar que coadjuva a l'interès mostrat pels cònjuges en pactar ells mateixos la divisió.

No obstant això, una altra part de la jurisprudència catalana considera que l'acció de divisió que possibilita l'article 43 CF ha de limitar-se a la liquidació del règim de separació de béns català, com la SAP de Barcelona de 29 de gener de 2002:⁴²

La invocación por el impugnante del artículo 43 del Código de familia de Cataluña es también desafortunada, por cuanto el mismo contiene una norma liquidatoria específica del régimen de separación de bienes del derecho catalán, que no resulta de aplicación al régimen económico matrimonial de gananciales, que es el que rigió las relaciones patrimoniales entre los litigantes. En consecuencia, con carácter previo al ejercicio de la *actio comuni dividundo*, debe ser instada la liquidación del patrimonio común en su conjunto.

42. TOL 163399.

En la mateixa línia, la SAP de Barcelona de 10 de març de 2005⁴³ va entendre que l'article 76.3c CF dóna dues alternatives per a poder procedir a la divisió efectiva de patrimonis resultant d'una crisi matrimonial, depenent del règim econòmic en el qual estiguin els cònjuges; i ho fa en els termes següents:

En concreto, el artículo 76.3c del Código de familia de Catalunya, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio, contempla como uno de los aspectos objeto de regulación en los casos de nulidad, separación o divorcio, el de la liquidación «si és el cas» (o sea, si es procedente) del régimen matrimonial —y será el caso en el supuesto de que se trate de un régimen de gananciales, participación o cualquier otro pactado en capitulaciones que contenga una masa común de bienes— y la división de los bienes comunes de acuerdo a lo establecido en el art. 43 en los restantes casos. El art. 43 dispone que en los procesos de separación, de matrimonios «sujetos al régimen de separación de bienes», cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los que tengan en proindiviso e incluso añade que si la sentencia da lugar a la división, ésta procederá en el trámite de ejecución. La finalidad de este precepto no es otra que la de facilitar que a través del mismo y único proceso puedan los cónyuges resolver otras cuestiones colaterales y subsiguientes a la ruptura del vínculo matrimonial, posibilitando asimismo la «separación» efectiva de patrimonios, en el sentido de acordar la división de aquellos bienes que pudieran tener en régimen de proindiviso.

Aquesta Sentència sembla que deixa la liquidació per als règims de comunitat catalans i per al de participació i aplica la divisió de l'article 43 CF per al de separació de béns, amb la qual cosa exclou que aquest article es pugui aplicar a la resta de règims.

Des del nostre punt de vista, primer han de quedar fora de l'article 43 CF tots els règims econòmics matrimonials que no siguin de dret civil català, atès que el legislador català no té competències per a dictar normes processals per a drets que no siguin de dret civil català (art. 149.1.6 de la Constitució espanyola).⁴⁴ Això exclou, per exemple, l'aplicació de l'article 43 CF als règims de societat de *gananciales*, de participació i de separació de béns del Codi civil.

En segon lloc i ja dins dels règims previstos en el Codi de família, perquè pugui aplicar-se la divisió de l'article 43 CF fa falta una propietat en proindivisió; és a dir, no pot dividir-se per la via de l'article 43 CF un patrimoni compost per béns comuns creat *ex lege* pel mer fet que un matrimoni es regeixi per un règim econòmic de comunitat, com és el creat pel règim de comunitat de béns

43. TOL 632338.

44. Està d'acord amb això J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya: Aspectes civils i processals*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 126.

dels articles 66 i següents CF (art. 67.3, 69.2, 71.2 CF, etc.), el de l'associació a compres i millores (art. 62.1 CF), el de convinença (art. 65.1 CF) o el d'agermanament de Tortosa (art. 64.3 CF), sinó que haurà de fer-se segons el que preveuen els articles 806 i següents de la LEC. I això és així perquè l'extinció de la societat no origina una situació de comunitat sobre cadascun dels béns que la componen, sinó que l'atribució dels béns a un dels cònjuges o l'atribució de quotes individualitzades només podrà fer-se mitjançant l'operació divisòria i les seves adjudicacions,⁴⁵ cosa que ens porta al procediment liquidador de dits preceptes de la LEC. No obstant això, dins del règim de comunitat poden existir béns en proindivisió, com els previstos en l'article 68 CF, i tinguts en copropietat per ambdós cònjuges: per exemple, els donats conjuntament a ambdós cònjuges (art. 21.2 CF), els pactats tinguts a parts iguals en capítols o qualsevol altre dels de l'article 68 CF, exclòs de la categoria de «béns comuns» de l'article 67 CF però tingut en copropietat pels cònjuges; o qualsevol dels béns que no compleixi els requisits per a integrar l'associació en el règim d'associació a compres i millores (art. 61.4 i 61.5 CF *a sensu contrario*). No veiem cap problema que, en cas de procés de separació, nul·litat o divorci, també es pugui al·legar l'article 43 CF per a posar fi a la situació de copropietat d'aquests béns. El mateix passarà amb la resta de règims en què sigui possible que ambdós cònjuges tinguin béns en proindivisió (al marge dels del patrimoni comú) i sol·licitin la seva divisió.

3.2.3. *L'article 43 del Codi de família en cas de separació de fet*

L'article 552-11.6 *in fine* CCCat afegeix als supòsits ja previstos d'aplicació de l'article 43 CF de separació judicial, divorci i nul·litat matrimonials, la separació de fet. Aquesta novetat, en qualsevol cas, haurà de coordinar-se amb els mecanismes processals que comentem *infra*, de manera que difícilment, en cas de separació de fet, podran aplicar-se els articles 806-808 LEC (que pressuposen la preexistència o la coexistència d'un procés de divorci, separació o nul·litat). En conseqüència, possiblement els qui se separin de fet i pretenguin liquidar els béns en condomini per lots (únic benefici de l'art. 43 CF que els queda), hauran de fer-ho mitjançant un procediment declaratiu, cosa que va negar en el seu dia la SAP de Tarragona de 2 de setembre de 2002⁴⁶ perquè entenia que l'article 43 CF ha de tractar-se únicament en el context dels articles 770 i 777 LEC.

45. Vegeu, en aquest sentit, A. ALONSO UCEDA, «Comentario a la SAP Baleares 23 enero 1997», *Diario de Audiencias y TSJ* (El Derecho Editores), núm. 52, p. 1.

46. TOL 255106.

3.2.4. *És aplicable l'article 43 del Codi de família a les unions estables de parella amb béns en proindivisió?*

La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP), preveu, tant per a les parelles heterosexuales (art. 3 LUEP) com per a les parelles homosexuals (art. 22 LUEP), que els membres de la parella puguin regular les seves relacions patrimonials i possibles compensacions econòmiques. A més, independentment que existeixi o no tal pacte, els articles 13 i 31.2 LUEP preveuen una compensació legal per al cònjuge que hagi treballat per a la casa o per a l'altre cònjuge, a l'estil de la de l'article 41 CF, o fins i tot una pensió periòdica (art. 14 i 31.3 LUEP), a l'estil de la de l'article 84 CF. De manera semblant al que preveu l'article 37 CF per al règim econòmic de separació de béns, els articles 3.2 i 22.2 LUEP assenyalen que, a falta de pacte, cada membre de la parella conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns.

En conseqüència, a falta de pacte sobre l'organització patrimonial de la parella, l'organització econòmica que està prevista per defecte en la LUEP és més semblant al règim de separació de béns dels articles 37 i següents CF que a qualsevol altre. I, a més, res no impedeix que els membres d'una unió estable de parella se sotmetin voluntàriament i amb intenció de regular les seves relacions patrimonials al règim de separació de béns, que poden acordar per la via dels articles 3 i 22 LUEP.

En aquest context, cal veure si pot aplicar-se i com l'article 43 CF, és a dir, si havent d'arribar les parts a un contenciós judicial per a liquidar la seva situació patrimonial, seria possible al·legar i aplicar l'article 43 CF. De fet, si no han acordat algun mecanisme per a l'extinció i la liquidació del règim econòmic al qual s'han sotmès, podran acudir a la via judicial per a procedir a dites extinció i liquidació. La qüestió és el procés en què queden envoltats i si a aquest procés es pot afegir, seguint l'article 43 CF, la divisió de les coses que tinguin en proindivisió.

Així, l'article 43 CF ha estat utilitzat per la jurisprudència per a evitar discriminacions entre els matrimonis i les parelles de fet formalitzades segons la LUEP, de manera que si els membres d'aquesta s'havien obligat a la divisió de les coses comunes, haurà de respectar-se, tal com ho assenyala la SAP de Barcelona de 22 d'abril de 2003:⁴⁷

Las partes se obligan a cesar en la indivisión existente de las fincas descritas en la manifestación III de este convenio, adjudicándose respectivamente el señor A la finca descrita con el núm. 006 y la señora B la finca descrita con el núm. 1.

47. TOL 324556.

Séptimo. Las mencionadas viviendas se encuentran gravadas con unas hipotecas a favor de la [entidad C], para garantizar la devolución de un préstamo solicitado para pagar en parte el precio de adquisición.

Cada parte, desde el momento del otorgamiento de la escritura pública, se hará cargo de la hipoteca de la finca que se adjudique. Así, el señor A se hará cargo de la hipoteca gravada sobre la finca descrita con el núm. 006 y la señora B se hará cargo de la finca descrita con el núm. 1.

[...]

3. Sentado lo precedente, es de concluir afirmando, tras analizar con detalle que ninguno de los pactos que constan en el convenio referido es contrario a la normativa propia del derecho de familia, ni a la propiamente contractual, como tampoco afecta ni es perjudicial a los intereses de los hijos menores de edad de los litigantes, tal como indica el propio Ministerio Fiscal en su informe, que la Sala considera, a fin de evitar una palmaria discriminación de las parejas de hecho con las matrimoniales (el artículo 43 del Codi de família permite ejercitar en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio la acción de división de la cosa común), que debe aprobarse y homologarse en su integridad el convenio de fecha 11 de octubre de 2001 (folios 69 y 70), presentado de forma conjunta y ratificado por ambas partes ante la propia juez «a quo» (folios 77 y 78), esto es, además de los pactos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, ya aprobados por la juzgadora, también los restantes que constan en el mismo, es decir, del sexto al noveno —relativos a la división de la cosa común—, lo que comporta, en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones, la estimación del recurso formulado y la correlativa revocación parcial de la sentencia impugnada, en los términos hasta aquí indicados; quedando, consecuentemente, aprobado y homologado judicialmente en su totalidad el convenio regulador de 11 de octubre de 2001 de constante alusión, el cual ya consta plasmado íntegramente en la resolución de instancia, por lo que sólo debe modificarse el fallo de ésta en el sentido siguiente.

No obstant això, la jurisprudència es manté poc inclinada a aplicar les normes del matrimoni a les parelles de fet, seguint una consolidada postura del Tribunal Suprem, com es pot veure en la SAP de Barcelona de 20 de setembre de 2002:⁴⁸

Por lo que se refiere al segundo extremo, el actor pretende que de la vivienda de titularidad común, que no constituyó vivienda familiar, se divida por partes iguales el precio que se obtenga y en ejecución de sentencia se tengan por imputadas las cantidades que el banco acredite haber satisfecho él mismo. La demandada se opone alegando que no es de aplicación el art. 43 CF por no mediar vínculo matrimonial y, en todo caso, aún cuando hay acuerdo en vender, puesto que la discusión está en la parte que correspondería a cada uno, sería cuestión a resolver en otro procedimiento ordinario.

48. EDJ 2002/61852.

Pues bien, efectivamente, la jurisprudencia ha rechazado la aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio a la convivencia *more uxorio* (TS. 4-3-97 que sigue la línea sentada por las del mismo Tribunal de 21-10-92, 18-2-93, 22-7-93, 11 y 20-10 de octubre y 30 de diciembre de 1994, 27-5-94, 16-12-96, 4-4-97, entre otras), pues tales normas, que están fundadas en aquella institución, establecen los efectos en función de los derechos y deberes que origina la relación jurídica matrimonial, habiendo incluso llegado a afirmar la primera de las citadas sentencias, expresamente, que ni siquiera puede saberse qué clase de analogía puede invocarse cuando ninguna obligación legal pesa sobre los convivientes, los cuales, en uso de su libertad, han optado por esa forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado, siendo contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación —ahora beneficiosa— de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve. Ahora bien, ello no impide que, como señala la Sentencia de 20 de octubre de 1994, si se han producido en tales uniones consecuencias económicas, en ocasiones puedan ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con el apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto en este caso incluso aplicable por analogía, supuesto en el cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da.

A aquestes opinions jurisprudencials s'ha d'afegir que:

a) No es compleix la premissa de trobar-nos davant d'un procés dels establerts en l'article 43 CF (no és ni una separació, ni un divorci, ni una nul·litat matrimonial), sinó que es tracta de la liquidació patrimonial d'una parella de fet.

b) La doctrina considera que el procediment adequat per a substanciar la liquidació del règim patrimonial d'una parella de fet de la LUEP no és el previst en els articles 806 i següents LEC (que requereixen una sentència de separació, nul·litat o divorci), sinó el declaratiu (ordinari o verbal),⁴⁹ en el context del qual la utilitat de l'article 43 CF queda molt minvada, atès que s'incompleix una finalitat important de l'article 43 CF, que és precisament la d'evitar anar al procediment declaratiu (art. 399 i 437 LEC).

En conseqüència, si les parts han pactat en el seu règim que s'obliguen a dividir els béns en proindivisió, pot exigir-se el seu compliment en dit procés al·legant l'aplicació analògica de l'article 43 CF, per a no incórrer en cap discriminació⁵⁰

49. A. L. REBOLLEDO VARELA, «La liquidación del régimen económico matrimonial», p. 196 i 197.

50. L'article 552-11.6 CCCat equipara completament la divisió dels béns en comú dels membres d'una parella de fet amb la situació de l'article 43 CF en els termes següents: «Les comunitats ordinàries que hi ha entre els cònjuges, en els procediments de separació, divorci o nul·litat

i poder-se beneficiar, almenys, del tractament unitari que es pugui donar a la divisió de les coses comunes, a la compensació econòmica i a la pensió periòdica (art. 13, 14, 16, 31 i 32 LUEP).

Però si no ho han pactat, la jurisprudència i la doctrina no sembla que admetin que l'article 43 CF hagi de ser aplicat en un procés declaratiu de liquidació del règim patrimonial d'una unió estable de parella (de fet, en cap procés que no estigui vinculat als art. 770 i 777 LEC, com exposa la SAP de Tarragona de 2 de setembre de 2002, esmentada abans); si escau, sempre podran acumular directament l'*actio comuni dividundo* de l'article 552-11 CCCat al procés declaratiu en el qual s'estiguin liquidant les seves relacions patrimonials. Però l'entrada en vigor de la Llei 5/2006,⁵¹ del llibre v del Codi civil de Catalunya, sembla que ofereix, a través de l'article 552-11.6 *in fine* CCCat, la possibilitat d'aplicar l'article 43 CF a qualsevol ruptura d'unions estables de parella, a pesar que, segons el que s'ha dit, els beneficis d'aquest seran més reduïts (p. ex., sí que podran fer-se els lots, però no sembla que es puguin beneficiar del procediment dels art. 806 i seg. LEC, segons el que s'ha comentat abans per a les separacions matrimonials de fet).

4. IMBRICACIÓ I COMPORTAMENT PROCESSAL DE L'ARTICLE 43 DEL CODI DE FAMÍLIA

4.1. NECESSITAT D'ALEGACIÓ DE LA DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA O LES COSES COMUNES

La divisió de la cosa comuna (o les coses comunes) ha de ser sol·licitada per una de les parts, de manera que no és possible aplicar-la d'ofici (vegeu la SAP de Barcelona de 26 d'octubre de 2004,⁵² la SAP de Tarragona de 9 de març de 2004⁵³ i la SAP de Barcelona de 19 de gener de 2000⁵⁴). La divisió de les coses en condomini és un aspecte que necessàriament ha de ser regulat o acordat judicialment en els processos de crisi matrimonial, segons l'article 76.2e CF. Així s'expressava el tribunal en la SAP de Barcelona de 26 d'octubre de 2004:

matrimonial, es poden dividir considerant com una sola divisió la totalitat o una part dels béns sotmesos a aquest règim, d'acord amb l'article 43 del Codi de família. S'aplica el mateix criteri en els casos de separació de fet i de ruptura d'unions estables de parella.»

51. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 maig 2006), p. 23167.

52. TOL 537499.

53. TOL 424079.

54. EDJ 2000/9288.

[...] lo que resultaba improcedente declarar en la parte dispositiva de la sentencia apelada, al tratarse el régimen matrimonial del de separación de bienes y no haberse solicitado expresamente la división del acervo común por la vía del artículo 43 del citado Código de familia de Cataluña y por los trámites de los artículos 806 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil.

Quan es tracti de processos de separació, divorci o nul·litat unilaterals o sense consentiment de l'altre cònjuge, la petició de divisió haurà de fer-se en l'escrit de demanda (art. 770.1 LEC) o en la reconvenió (art. 770.2 LEC). En el cas de processos de separació, nul·litat o divorci de mutu acord, la petició de divisió de la cosa comuna haurà de figurar en el conveni regulador consensuat (art. 777.2 LEC).

Així ho assenyalava l'esmentada SAP de Barcelona de 19 de gener de 2000:

En atención a las prescripciones del art. 43 del Código de familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 13 de julio, vigente en la época de la presentación del escrito de la demanda que dio curso al presente procedimiento de divorcio, y aplicable a las partes litigantes, por su vecindad civil catalana, cabía en la causa de divorcio, como también en la de separación y nulidad del matrimonio, sujeta al régimen de separación de bienes, el ejercicio por cualquiera de los cónyuges, de la acción de división de cosa común que tengan en régimen de proindiviso, que de ser estimada en la sentencia que recaiga al efecto, determina la práctica de la indicada división en el trámite de la ejecución de la sentencia, sin necesidad de acudir al procedimiento de carácter declarativo que por la cuantía correspondiese.

La inserción de este precepto en el Código de familia facilita la liquidación del patrimonio común en sede del proceso matrimonial, por lo que la razón de la economía procesal ha estado presente en la mente del legislador.

Al establecer el segundo párrafo del art. 43 del Código de familia la previsión de que para que se practique la liquidación en la fase de ejecución de la sentencia del proceso matrimonial de divorcio, nulidad o separación no sea necesaria la declaración jurisdiccional contenida en dicha resolución de dar lugar a la acción de división de la cosa en común, es por lo que, al tratarse de materia ajena el carácter público que ostentan otras cuestiones en el ámbito del derecho de familia, al tener ciertamente naturaleza dispositiva, deberá ser ejercitada tal pretensión de hacer cesar el estado de indivisión, bien en la demanda principal o en la reconvencción deducidas al efecto, pues de no ser así postulada pecaría de grave vicio de incongruencia «extra petita» el pronunciamiento que alterase o modificase el debate judicial, con grave infracción de los principios del art. 359 de la Ley de enjuiciamiento civil.

En el caso de autos, la pretensión de la división de la cosa común referida al que constituyó el domicilio familiar, no fue deducida en la demanda principal del procedimiento, ni en la reconvencción implícita deducida en el trámite de contesta-

ción a tal escrito alegatorio, haciéndose mención tan solo y en forma extemporánea en el escrito de contestación a la demanda reconvenzional, lugar y momento impropio para peticionarla, lo que determina que el pronunciamiento acogedor de tal pretensión de división del bien común constituye quiebra del principio de congruencia que deben observar las resoluciones judiciales, las cuales deberán estar limitadas a la resolución de las cuestiones deducidas oportunamente en el pleito, y al no haberlo cumplimentado así la sentencia apelada, procede la dejación sin efecto del pronunciamiento liquidatorio del domicilio familiar por el tramite de la división de la cosa común en la fase de la ejecución de sentencia, más sin perjuicio de que pueda instarse la pretensión de puesta en fin de la situación de indivisión por medio de acción deducida en el pertinente proceso declarativo.

Si, segons el que s'ha plantejat per a les unions estables de parella i les separacions matrimonials de fet de l'article 552-11.6 *in fine* CCCat, es planteja la divisió en un procediment declaratiu ordinari, haurà de sol·licitar-se en l'escrit de demanda o en la reconveñció (art. 249, 399 i 406 LEC).

4.2. DEL QUE POT ACORDAR EL JUTGE EN EL PROCÉS MATRIMONIAL. REQUISITS I LÍMITS

Atenent el rigor literal de l'article 43.2 CF, l'única cosa que pot acordar el jutge en el procés matrimonial és la divisió de la cosa comuna. No obstant això, perquè pugui fer-ho, és necessari que es compleixin una sèrie de requisits i que dit pronunciament estigui subjecte a determinats límits, que, si no es respectessin, podrien afectar la sentència d'incongruència (art. 218 LEC).

4.2.1. *Requisits*

Un requisit essencial perquè el jutge pugui acordar la divisió de la cosa comuna és que la cotitularitat d'ambdós cònjuges sobre el bé que s'ha de dividir sigui inqüestionable.⁵⁵ Si hi ha cap dubte sobre la titularitat del bé, aquesta no podrà discutir-se, atès que això excedeix l'objecte i la finalitat de l'article 43 CF i del mateix procés matrimonial. S'hauria d'iniciar un procés destinat a aclarir la titularitat sobre el bé (art. 541-1 CCCat), com una acció declarativa de domini (vegeu la STS de 2 d'abril de 1979 i la STS de 10 d'octubre de 1992,⁵⁶ per a la fi-

55. Està d'acord amb això P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 263.

56. TOL 178683.

nalitat, i la STS de 17 de gener de 1984⁵⁷ i la STS de 14 de març de 1989,⁵⁸ per als requisits). En aquest sentit es van pronunciar la SAP de Barcelona de 17 d'octubre de 2001,⁵⁹ la SAP de Tarragona de 29 de setembre de 2004,⁶⁰ la SAP de Barcelona d'1 d'abril de 2003,⁶¹ la SAP de Barcelona de 22 d'octubre de 2003⁶² i la SAP de Barcelona de 2 d'octubre de 2003.⁶³ Com recorda la SAP de Barcelona de 23 de desembre de 2004,⁶⁴ sempre existeix la possibilitat de substanciar la divisió de la cosa comuna en un procediment ordinari. A tall d'exemple, la SAP de Barcelona de 22 d'octubre de 2003 comentava que:

Por el contrario, la sentencia efectúa un pronunciamiento en el que excede de su ámbito competencial puesto que declara que pertenecen por mitad a ambos esposos el automóvil de matrícula [...] y el caballo. Cuando el artículo 43 se refiere a la posibilidad de proceder a la división de la cosa común, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, se está limitando a los bienes que «tengan en régimen de proindiviso», no a la posibilidad de que en estos procedimientos se discuta la titularidad del bien. Respecto de los bienes de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 39 del Codi de família, y si se discutiera si tales bienes han sido o no adquiridos con dinero de ambos o del no titular, las partes necesariamente habrán de acudir al correspondiente declarativo en el que se ventile el derecho del no titular que haya contribuido a la adquisición a ser reintegrado en la cantidad abonada, pero no en el procedimiento matrimonial, en el que sólo podrán ser objeto de regulación aquellos aspectos a que se ciñe el artículo 76 del Codi de família. Procede dejar sin efecto el apartado 4º) de la sentencia impugnada, que se pronuncia sobre tales extremos.

Al seu torn, la SAP de Barcelona de 20 de setembre de 2002⁶⁵ precisa que ha d'existir una «radical discrepància» per a no acordar la divisió, sia sobre «la titularitat del bé» i sia sobre «la quota que ha de atribuir-se a cada litigant», «ja que excederia de lo que es la simple divisió del patrimoni comú, pues de lo contrario se convertiría de un procedimiento matrimonial en un juicio declarativo ordinario».

57. RJ 1984\350.

58. RJ 1989\2046.

59. EDJ 2001/74211.

60. TOL 539376.

61. TOL 306588.

62. EDJ 2003/137628.

63. EDJ 2003/138530.

64. TOL 581281.

65. EDJ 2002/61852.

Atès que l'existència d'una cotitularitat d'ambdós cònjuges sobre el bé és requisit per a admetre la divisió, analitzem a continuació dos supòsits: en primer lloc, el cas que la titularitat o el percentatge corresponent a cada cònjuge estigui en dubte; en segon lloc, si són suficients les presumpcions de titularitat de l'article 40 CF per a poder procedir a la divisió.

Així, en cas de dubte sobre l'existència de cotitularitat o del percentatge corresponent a cada cònjuge, entenem que no podrà procedir-se a la divisió, atès que això ha de ser objecte d'aclariment en el procés dominical corresponent, i no en un de familiar, com assenyala la SAP de Girona de 31 de maig de 2001.⁶⁶

El artículo 43 del mencionado Codi permite en los procesos de nulidad, separación y divorcio de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, que cualquiera de los cónyuges pueda ejercitar la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan proindiviso. La finalidad del precepto es acertada, ya que persigue evitar la existencia de un pleito posterior para dividir los bienes comunes. Sin embargo, no podemos olvidar la naturaleza del pleito en el que nos encontramos, donde no es posible estar discutiendo el dominio de los bienes o la cuota que en el mismo corresponde a cada cónyuge. Una cosa es que, como sucede con la finca a la que hemos aludido más arriba, exista un acuerdo entre las partes acerca del hecho de que les pertenece a ambos y la cuota de dominio de cada uno, y otra muy diferente que, existiendo una radical discrepancia sobre el dominio o sobre la cuota que del mismo pertenezca a cada uno, en el seno de un procedimiento matrimonial pueda discutirse y decidirse la titularidad del bien o la cuota que deba atribuirse a cada litigante, ya que lo anterior excede de lo que es la simple división del patrimonio común. Lo que pretende el apelante, que se pondere en esta resolución la parte del dominio que corresponde a cada uno, atendiendo a que la edificación, según sostiene, ha sido pagada totalmente por él, entra de lleno en lo que entendemos excede de la finalidad del mencionado artículo, ya que ello convertiría un proceso matrimonial en un juicio declarativo ordinario. Por consiguiente, no podemos ejecutar lo que solicita el apelante y, en congruencia con lo anterior, procede revocar la sentencia en cuanto acuerda la división de las fincas de la calle [...], al parecer por mitades, ya que no contiene mayores precisiones al respecto, y así parece derivarse de sus pocos argumentos acerca de su titularidad.

Aquesta resolució desperta el dubte sobre com ha d'actuar respecte de l'article 43 CF la presumpció de l'article 40 CF, que assenyala que «[e]n cas de dubte sobre a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'entén que correspon a tots dos per meitats indivises» —al qual afegeix algunes excepcions sobre béns molt concrets sobre els quals la presumpció és una altra. És a dir, ens qüestionem si

66. AC 2001\2059.

la presumpció de cotitularitat sobre un bé és suficient per a acordar la seva divisió. En aquesta qüestió resulta interessant la SAP de Barcelona de 22 d'octubre de 2004,⁶⁷ que no acorda la divisió de l'habitatge familiar a pesar que aquest consti com a condomini d'ambdós cònjuges en l'escriptura notarial que ha quedat impugnada per un d'ells. Les evidències que va haver de mostrar l'impugnada van posar en qüestió la presumpció de cotitularitat i el jutge, amb bon criteri, va considerar que era necessari un procediment declaratiu per a resoldre el dubte:

A este respecto, baste recordar que efectivamente la propia dicción del art. 43 del vigente Código de familia de Catalunya aboga por la tesis desestimatoria de la petición, pues al decir que podrá procederse a la división de los bienes que los cónyuges «tengan en pro indiviso», ya introduce un presupuesto ineludible para que la división pueda establecerse en este procedimiento, dedicado principalmente a otras cuestiones, y es que haya acuerdo sobre la tal copropiedad. Y ese acuerdo en el presente caso obviamente no se da.

CUARTO. Sin embargo, a mayor abundamiento, y habida cuenta del tenor del recurso formulado por la actora, diremos que es extensísima la jurisprudencia, ya menor (SAP de Jaén de 22 de octubre de 1999, o SAP de Córdoba de 8 de enero de 1999), ya de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 5 de mayo de 1980 y 17 de diciembre de 1988) que recuerda que la escritura pública (en la que la apelante basa toda la fuerza de su argumentación en pro de la división) hace prueba de ciertas cosas (fecha y lugar de su otorgamiento), pero no de otras, como es la propia insinceridad de las partes en las manifestaciones en ella vertidas y de las que el notario da fe pública.

Pues bien, tal es la situación ante la que nos encontramos: por más que la escritura otorgada en relación con la vivienda familiar y en la que consta la copropiedad de ambos cónyuges, lo cierto es que el demandado impugna su contenido y aporta un principio de prueba tal que sea imposible al juzgador de primera instancia acordar en este mismo procedimiento la división del bien, de resultados de la disolución del régimen matrimonial decretado.

Això ens dona peu a poder interpretar els articles 40 i 43 CF conjuntament, en el sentit que si un dels cònjuges sol·licita la divisió d'una cosa, aquesta es presumeix en condomini i per meitats indivises (art. 40 CF), i haurà de ser l'altre cònjuge el que haurà d'aportar, en el judici familiar, les proves (art. 217 LEC) per a destruir la presumpció (o posar-la, almenys, en dubte) de cotitularitat o de diferents quotes de participació en la cosa. Si aconsegueix crear dubtes en el jutge, aquest no podrà fer altra cosa que no decretar la divisió, que haurà de ser resolta per les parts en el procediment declaratiu corresponent. Amb aquesta in-

67. EDJ 2004/176004.

terpretació es respecta la finalitat d'ambdós preceptes: s'admetrà la divisió de les coses que es presumeixen, si no s'ha aconseguit provar el contrari, en condomini per parts iguals. D'això es desprèn que el cònjuge demandant no necessàriament ha de presentar acreditacions del règim de cotitularitat del bé que pretén dividir ni de les quotes que cada cònjuge té, atès que la presumpció de l'article 40 CF és al seu favor i el jutge hauria de poder resoldre basant-se en aquesta si aquesta no ha estat contradita o posada en dubte suficientment. No obstant això, és recomanable que les presenti, en la mesura que el demandat podrà aportar proves per a destruir la presumpció esmentada i impedir la divisió, atesa la seva naturalesa de presumpció *iuris tantum*.

4.2.2. Límits del pronunciament

Com hem comentat, l'article 43 CF legitima les parts per a demanar la divisió de la cosa comuna (o les coses comunes) en un procés familiar, i el jutge, en congruència, no pot fer altra cosa que determinar o no la divisió. Això vol dir, seguint la finalitat del precepte i la literalitat de l'article 43.2 CF, que no és procedent realitzar la divisió real dels béns en dit procés,⁶⁸ per la qual cosa resulta sorprenent la SAP de Barcelona de 17 de març de 2004, en la qual el jutge entra a valorar, d'acord amb les proves que consten en les actuacions, si la casa de la qual es demana la divisió és o no divisible. I encara va més enllà la SAP de Lleida de 18 de maig de 2003,⁶⁹ la qual, obviant l'article 43.2 CF, procedeix en el judici de crisi matrimonial a dividir efectivament els béns.

Així, la SAP de Barcelona de 17 de març de 2004 assenyala:

A partir de dicha Ley catalana, la división de la cosa común puede accionarse en los procesos de familia conforme al art. 43, no habiendo pues obstáculo, inicialmente, a que el marido [...] pueda pedir dividir el piso que tiene en copropiedad con su mujer [...]. Ahora bien, en el presente caso, no sabemos si funcionalmente ese piso es divisible, dado que no se ha aportado documentación sobre los pisos (unidos en la actualidad); y si tiene elementos, y suministros independientes, y, como dice la sentencia, cuál ha de ser el coste de la división. Ante esta falta de planos y proyecto arquitectónico, la Sala no tiene por menos de confirmar lo apreciado por el juzgador, al no quedar acreditados las posibilidades físicas y reales de la separación de sus inmuebles, y los gastos de la división.

68. Vegeu *infra* en quin moment ha de procedir-se a la divisió, però en qualsevol cas l'article 43 CF no permet que es faci en el judici de separació, divorci o nul·litat.

69. EDJ 2003/139197.

I la SAP de Lleida de 18 de maig de 2003 diu:

Finalment, el marit impugna el pronunciament de la sentència que defereix a l'execució la divisió dels béns comuns, tot interessant que aquesta divisió es faci en la pròpia sentència de separació. Aquest extrem, a més de desitjable per raons d'economia processal, ve expressament imposat als jutges i tribunals per l'article 43 del Codi de família, per la qual cosa la petició haurà de ser acollida, amb més raó quan també l'esposa demana que es faci aquesta adjudicació, encara que discrepant respecte dels béns que ha de comprendre en cada cas. Així doncs, s'escaurà atribuir al marit la meitat indivisa propietat de l'esposa de les finques situades a [...], i a l'esposa la meitat indivisa pertanyent al marit, tant de l'habitatge situat a [...] com de la plaça d'aparcament, a més dels altres béns mobles distribuïts pel seu ús a la sentència recorreguda.

Pel que fa respecte als dipòsits bancaris, s'escau també la seva divisió entre ambdós cònjuges i per meitat respecte d'aquells que estiguin a nom de tots dos esposos, doncs aquesta titularitat indistinta era expressió de la voluntat de tots dos de fer-ne bé comú, tenint en compte el repartiment de papers dins la societat conjugal, de manera que el marit treballava fora de casa i l'esposa es dedicava dins la llar a les abundants tasques pròpies de mantenir les dues residències i tenir cura del marit i dels fills comuns, com és freqüent en la «praxis» de molts matrimonis que, encara que sotmesos al règim legal de separació de béns, decideixen posar en comú tasques i ingressos el que esdevé equitatiu en casos com el present, sense que la ruptura de la convivència conjugal hagi de dur a vies de fet per les quals un dels cònjuges pretengui fer seus exclusivament els diners estalviats per la família, so pretext de que els mateixos s'han obtingut amb el seu sou, però oblidant que el treball no remunerat de l'altre ha donat lloc al dit estalvi, en no fer necessari l'ajut extern que ho hagués sigut d'haver dedicat el temps a treballar per l'exterior. Caldrà doncs acollir aquesta petició de l'esposa.

No ha de ser en matèria del judici de separació, divorci o nul·litat on s'entri a valorar si la cosa és o no divisible físicament o de qualsevol altre mode. Per a això no queda legitimat el jutge, que ha de deixar, bé per a l'execució, bé per al procés de liquidació de l'article 806 LEC,⁷⁰ la determinació de com s'ha de dividir o si ha de compensar-se d'alguna manera o si s'ha de vendre a tercers. És en aquest moment posterior quan les parts han d'esforçar-se per mostrar què prefereixen i com volen dividir la cosa. En el procés de família el jutge només ha de determinar si es divideix o no basant-se en si queden acreditats el condomini i la quota de participació en aquest que correspon a cada cònjuge. Però no pot denegar la divisió basant-se en la impossibilitat de divisió física de la cosa (cas

70. Vegeu *infra* què és més idoni.

de la SAP de Barcelona esmentada), fet en el qual no ha d'entrar per falta de legitimitat prenent com a base l'article 43 CF, atès que no és el moment idoni per a determinar quina solució s'ha de donar a la divisió de la cosa. En aquesta sentència, segons el nostre parer, el jutge s'extralimita en les seves funcions en un judici de família; ni tampoc no pot procedir a determinar la divisió dels béns. Només ha de dissoldre el règim, però sense entrar a liquidar (art. 73 CF), atès que en cas contrari estaria privant les parts del procediment adequat per a això, de manera que podria causar indefensió. Així ho va assenyalar la SAP de Barcelona de 28 de juny de 2002:⁷¹

La juzgadora «a quo», además de declarar la procedencia de la división del inmueble que constituyó el hogar familiar, tal como se había solicitado en la demanda rectora del proceso, entró en la fase de realización de tal división estableciendo indebidamente un plazo de cuatro meses, desde la fecha de la notificación de la sentencia, para la venta de la vivienda, cuando debió dejar tales cuestiones de la práctica efectiva de la división para la fase de la ejecución de sentencia, en la que deberá estarse a la general observancia de las prescripciones de los artículos 400 a 406 del Código civil.

4.3. ADMINISTRACIÓ DE LES COSES OBJECTE DE DIVISIÓ

Amb la finalitat de facilitar les operacions particionals, com a mesura provisional podria sol·licitar-se un règim d'administració dels béns comuns dels quals es demana la divisió,⁷² atès que aquests, des de la interposició de la demanda i fins a la divisió efectiva, poden generar fruits o rendes, al mateix temps que poden estar gravats d'alguna manera (art. 103.4 CC i 808 i 809 LEC). Tot això, sens perjudici que tant els rendiments com les càrregues puguin al·legar-se en la liquidació (p. ex., per a comprovar si hi ha compensacions o enriquiments injustos).

4.4. RESPECTE DEL DRET D'ÚS I D'ALTRES DRETS SOBRE ELS BÉNS DIVIDITS

La divisió de la cosa comuna no necessàriament ha d'afectar els altres drets que puguin afectar la finca, tant si aquests són preexistents com si s'han creat en la mateixa sentència de separació, nul·litat o divorci. La divisió i l'existència de

71. TOL 248004.

72. Així ho assenyala P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentario al art. 43 CF», p. 263.

drets reals sobre una finca dividida són compatibles. Més concretament, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem, continguda, entre altres, en les sentències del Tribunal Suprem de 2 de desembre de 1992,⁷³ 14 de juliol de 1994,⁷⁴ 18 d'octubre de 1994⁷⁵ i 28 de març de 2003,⁷⁶ ha declarat la compatibilitat de la divisió de l'habitatge familiar amb l'ús atribuït en la sentència de separació. Enrere va quedar la STS de 23 de novembre de 1990, que va considerar la necessitat de desallotjar l'habitatge indivisible quan aquest es venia a un tercer, encara que sembla que persisteix en la jurisprudència cert dubte sobre la naturalesa jurídica —no sobre els seus efectes reals, que ja apareixen clars en la jurisprudència recent— de dit dret.⁷⁷

Doncs bé, la compatibilitat entre divisió i ús és també d'aplicació a l'article 43 CF a Catalunya, segons les sentències de l'AP de Barcelona de 29 de setembre de 2004,⁷⁸ 9 de desembre de 2003⁷⁹ i 2 de desembre de 2003.⁸⁰ Aquestes dues últimes assenyalaven:

[...] el estado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que compatibiliza el derecho de cada comunero a pedir en cualquier momento la división de la cosa común, en sede del art. 400, 401 y 404 del Código civil y 43 del Código de familia, y el derecho judicial declarado en sentencia matrimonial sobre el uso de la vivienda familiar, en aplicación del art. 96 del Código civil y art. 76.3 letra a del Código de familia (*ad exemplum*, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994, 6 de junio de 1997, 27 de diciembre de 1999).

El supòsit habitual és que el jutge adjudiqui l'ús de l'habitatge habitual⁸¹ a un dels cònjuges o que aquests pactin algun règim per al seu ús després de la separació o extinció del matrimoni, d'acord amb l'article 83.1 i 2 CF. Aquest precepte, en el seu apartat tercer, concedeix efectes reals al dret d'ús en permetre que s'inscrigui al Registre de la Propietat. A Catalunya el dret d'ús està regulat en els articles 562-6 a 562-8 CCCat. En concret, l'article 562-7 CCCat

73. RJ 1992\10250.

74. TOL 208602.

75. RJ 1994\7722.

76. TOL 349172.

77. Citada en la SAP de les Illes Balears de 23 de gener de 1997 (EDJ 1997/408). Vegeu més sobre aquesta qüestió a A. ALONSO UCEDA, «Comentario a la SAP Balears 23 enero 1997», p. 3.

78. EDJ 2004/179663.

79. EDJ 2003/184478.

80. EDJ 2003/184775.

81. Encara que la jurisprudència també ho ha creat sobre segones i posteriors residències; vegeu *infra*.

preceptua que l'ús d'un habitatge s'estén a tot aquest i comprèn també l'ús de les dependències i els drets annexos. En conseqüència, l'acció de divisió es pot interposar fins i tot contra la voluntat d'aquell al qual s'ha adjudicat el dret d'ús de l'habitatge, ja que no el perjudica (SAP de Còrdova de 9 de juliol de 2004).⁸²

4.5. LA LIQUIDACIÓ DE LA DIVISIÓ COM A PART DE LA LIQUIDACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL DE SEPARACIÓ DE BÉNS CATALÀ

Amb el sistema de la LEC de l'any 1881 havien existit algunes resolucions judicials que estimaven possible la liquidació del règim econòmic matrimonial realitzada en la mateixa resolució que declarava la dissolució del règim (així, la SAP de Barcelona de 6 d'abril de 1989) o en la fase d'execució de la sentència, que era el criteri admès majoritàriament (STS de 8 de juny de 1999).⁸³ Ja hem comentat les peculiars SAP de Barcelona de 17 de març de 2004 i SAP de Lleida de 18 de maig de 2003, que entren a liquidar la divisió en el mateix procés de separació, nul·litat o divorci, cosa que hem considerat poc adequada.

De fet, tant amb l'antiga LEC com amb la nova, la dissolució del matrimoni per divorci (o la separació o la nul·litat) en el dret comú comporta l'extinció del règim econòmic que el regia (art. 95.1 CC), des que sigui ferma la resolució judicial que decreta dita dissolució (art. 1392.1, 85 i 89 CC i 770-778 LEC), però mentre no es liquidi el règim (art. 1396 i seg. CC i 806-811 LEC) no es pot instar l'acció de divisió respecte d'un dels béns que integren el patrimoni comú o que es troben encara en copropietat d'ambdós excònjuges.⁸⁴ Per la seva banda, les operacions divisòries només es podran efectuar durant la fase de liquidació, perquè als excònjuges encara no se'ls ha pogut atribuir res del que en principi formava part, per exemple, del patrimoni *ganancial* (art. 1344 i 1404 CC).⁸⁵ Aquesta necessitat que primer s'extingeixi el règim, després es liquidi el patrimoni *ganancial* i posteriorment es pugui procedir a la divisió de la cosa comuna que hagués pogut resultar, apareix en la SAP de Múrcia de 25 d'octubre de 2004.⁸⁶

No es de aplicación el procedimiento previsto en el art. 806 y ss., como se ha dicho, ya que no concurren ninguno de los supuestos que determinan la atribución de

82. EDJ 2004/235853.

83. RJ 1999\4103.

84. A. ALONSO UCEDA, «Comentario a la SAP Baleares 23 enero 1997», p. 1.

85. A. ALONSO UCEDA, «Comentario a la SAP Baleares 23 enero 1997», p. 1.

86. EDJ 2004/167421.

competencias para conocer del procedimiento ni tampoco el presupuesto de la liquidación, cual es la firmeza de la resolución que declare disuelto el matrimonio, pues ninguno de estos extremos resultan de las actuaciones, debiéndose indicar que la propia parte que planteó la excepción procesal de inadecuación del procedimiento aludió a la necesidad de haberse procedido a la disolución del régimen económico matrimonial.

No obstant això, en el dret català l'article 43.2 CF fixa una norma procesal nova per a substanciar el que permet l'article 43.1 CF. En concret, assenyalava que la liquidació de la divisió, és a dir, procedir a la divisió efectiva, s'ha de fer en el tràmit d'execució de la sentència de separació, nul·litat o divorci. Aquesta possibilitat implica una certa contradicció amb els articles 806 i següents LEC, que preveuen un procés especial per als supòsits de «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».⁸⁷

És a dir, en principi, o bé es divideixen efectivament els béns en l'execució de la sentència familiar que ha determinat la seva divisió, o bé s'ha d'obrir el procediment previst en els articles 806 i següents LEC. Però per a plantejar-nos aquesta alternativa i avaluar els pros i els contres de cadascuna de les dues opcions, cal determinar primer si el procediment dels articles 806 i següents LEC pot ser aplicat a la liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns o, en canvi, només està reservat als règims que impliquin l'existència d'una massa comuna de béns amb els seus propis deutes, com el de *gananciales*.

4.5.1. *La idoneïtat del procediment de liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns dels articles 806-811 de la Llei d'enjudiciament civil*

No és una qüestió pacífica que aquest procés especial (per la seva col·locació sistemàtica en el llibre IV de la LEC, «Los procesos especiales») pugui aplicar-se, en cas de falta d'acord de conveni liquidador dels cònjuges (art. 806 LEC),⁸⁸

87. De fet, J. PEREDA GÁMEZ, «El matrimonio y las crisis familiares en el nuevo Codi de família y en la Ley de uniones estables de pareja. Aspectos procesales de la ruptura», *La Notaria*, 1998, *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja*, p. 57, ja va assenyalar els problemes processals que podria comportar l'article 43 CF, i va arribar a afirmar que «se impondrá sin duda el ejercicio independiente de la acción».

88. També ho recorda J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidació del règim econòmic*, p. 127. Pel que fa a la divisió acordada pels cònjuges, vegeu la SAP de Lleida de 9 de març de 2004 (EDJ 2004/30763).

al règim de separació de béns (ni el del Codi civil ni el del Codi de família català). Tant la doctrina com la jurisprudència estan dividits. El que sí que està clar, prenent com a base l'article 73 CF (i també l'art. 95 CC), és que la sentència familiar ferma produirà la dissolució del règim econòmic matrimonial, de manera que aquest procés de liquidació exigeix l'extinció del règim econòmic matrimonial per mitjà d'una sentència ferma prèvia.

En contra de l'aplicació dels articles 806 i següents LEC al règim de separació de béns es troben De Miranda Vázquez,⁸⁹ Bellido Penadés,⁹⁰ Oliver López⁹¹ i Rebolledo Varela,⁹² el qual al mateix temps remet la ventilació de tot allò comú que tenen els cònjuges (art. 1438, 1439 i 1411 CC) al procediment declaratiu, però fa una excepció, en la línia d'Ortuña Muñoz⁹³ i Guilarte Gutiérrez,⁹⁴ amb la liquidació dels béns comuns dels matrimonis sotmesos al règim econòmic de separació de béns català.

Els arguments de la doctrina que es troba en la posició contrària a l'admissió de l'aplicació dels articles 806 i següents LEC al règim de separació de béns són els següents:

1. En els articles 806 i següents LEC es guarda silenci respecte al règim econòmic de separació de béns, però se citen els de comunitat i els de participació en els guanys. Això sembla que comporta una exclusió implícita.

2. No existeix en aquest règim una massa comuna de béns afectes a unes càrregues, sinó simplement béns en proindivisió (art. 1318 CC). Aquest requisit matisa en l'article 806 LEC el fet que es refereixi a «qualquier régimen», de manera que no es pot aplicar al de separació de béns. A això es pot objectar que tampoc no existeix dita massa de béns afectes en el règim de participació.

3. La determinació de les càrregues comunes i la determinació de la necessitat de compensació, les pot substanciar el jutge que veu el divorci, la nul·litat o la separació (art. 774.4 LEC), mentre que la divisió dels béns comuns s'hauria

89. C. de MIRANDA VÁZQUEZ, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, edició coordinada per Faustino Cordón *et al.*, vol. II, Elcano, Aranzadi, 2001, p. 895.

90. Opinió expressada a F. JIMÉNEZ CONDE (coord.), *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, SEPIN i Universidad de Murcia, 2002, p. 679 i 680.

91. C. OLIVER LÓPEZ, «Comentario al art. 806 LEC», a Fernando ESCRIBANO (coord.), *El proceso civil*, vol. VIII, València, Tirant lo Blanch, 2001, p. 806.

92. A. L. REBOLLEDO VARELA, «La liquidación del régimen económico matrimonial», p. 210 i 211.

93. Vegeu *infra*.

94. V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», a A. M. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tom III, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 4378.

de fer en el procediment declaratiu. Per tant, no és necessari incloure en el procediment dels articles 806 i següents LEC el règim de separació de béns.

4. Si s'admetés l'aplicació d'aquests preceptes, sorgiria el dubte de quin dels dos s'ha d'aplicar al règim de separació de béns: el previst per als règims de comunitat o el previst per als règims de participació.

A favor es pronuncien Montes Reyes,⁹⁵ Banaloché Palao,⁹⁶ Peiteado y de la Oliva⁹⁷ i García González.⁹⁸ Els seus arguments són els següents:

1. L'article 806 LEC fa referència a «cualquier régimen económico matrimonial».

2. L'article 1438 CC, sobre la compensació per dedicació a la casa i la contribució d'ambdós al sosteniment d'aquesta. En el dret català, aquest precepte té el seu referent en l'article 41 CF —si bé amb matisos diferencials.⁹⁹

3. L'article 1439 CC, sobre la gestió de béns de l'altre cònjuge i la rendició de comptes.

4. La presumpció de cotitularitat en els béns de titularitat dubtosa (art. 1441 CC i 40 CF).

5. La massa comuna a la qual es refereix l'article 806 LEC també es refereix als béns i les càrregues comunes que existeixin entre els cònjuges.

La posició intermèdia, la representa Pascual Ortuño,¹⁰⁰ que considera que:

1. El que s'inclou en el procés de l'article 806 LEC no és la liquidació del règim de separació de béns, sinó la dels béns mateixos que els cònjuges tenen en comú.

2. Amb la nova LEC, la remissió que fa l'article 43.2 CF a l'execució de la sentència de família ha d'entendre's en el sentit d'incloure dita previsió en el procediment liquidador dels articles 806 i següents LEC.

95. A. MONTES REYES, *División judicial de patrimonios*, Madrid, La Ley, 2000, p. 137.

96. Opinió expressada a F. JIMÉNEZ CONDE (coord.), *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, p. 679.

97. Opinió expressada a F. JIMÉNEZ CONDE (coord.), *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, p. 684.

98. J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidació del règim econòmic*, p. 81. L'autor arriba a aquesta conclusió després d'un important resum doctrinal i jurisprudencial.

99. Vegeu el comentari a aquest precepte.

100. Expressada en diverses ocasions: P. ORTUÑO MUÑOZ, «El dret de família i la nova Llei d'enjuiciament civil», *Estudis sobre la Llei 1/2000 d'enjuiciament civil*, CGPJ i Generalitat de Catalunya, 2003, p. 353; vegeu el mateix a P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentari al art. 806 LEC», a Miguel Á. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS *et al.* (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tom III, Barcelona, Iurgium i Atelier, 2000, p. 3768; l'assumeix ja com la naturalment indicada P. ORTUÑO MUÑOZ, «Comentari al art. 43 CF», p. 263.

3. Es poden englobar dintre de la idea àmplia de massa comuna de béns subjecta a determinades càrregues i obligacions, tots els béns que la parella tingui en proindivisió o que es presumeixin en tal condició, i, per tant, seria possible liquidar-los per la via de l'article 806 LEC.

A pesar d'aquesta important discussió doctrinal, sembla més raonable incloure la liquidació dels aspectes comuns del règim econòmic matrimonial de separació de béns, tant el català com el comú, en la via dels articles 806 i següents LEC, atès que la mateixa LEC parteix de la idea errònia que no existeixen càrregues comunes del matrimoni ni béns comuns a aquest per liquidar mitjançant operacions de certa complexitat d'inventari i en la subfase de liquidació pròpiament dita (art. 809 i 910 LEC, respectivament). Atès que existeixen presumpcions de cotitularitat, rendicions de comptes per gestió dels béns de l'altre cònjuge i possible compensació de l'un a l'altre, fets que haurien de ser tots tinguts en compte en conjunt per a determinar el que finalment correspon a l'un i a l'altre, i atès que la LEC inventa aquest nou procediment, abans inexistent, creiem pràctic i operatiu que tot això es dilucidi en aquest procediment.¹⁰¹ Vegeu, en aquest sentit, la SAP de Barcelona de 29 de maig de 2002:¹⁰²

En tal sentido debe ser puntualizado el argumento del tribunal de primera instancia, no compartido por esta Sala, de que el régimen de separación de bienes determina la inexistencia de una masa común de bienes y derechos, por cuanto, por el contrario, tanto los derechos y el patrimonio destinado *ex lege* a la cobertura de las necesidades de lo que se ha venido en denominar por la doctrina régimen económico matrimonial primario, como la existencia cierta de bienes adquiridos en común como práctica implantada socialmente en corrección del rigor de los principios propios de tal régimen, pese al principio general que rige el sistema, determina la presencia cierta de una masa común de bienes, derechos y obligaciones adquiridos por razón del matrimonio y la convivencia en común, de carácter similar a la que resulta de los regímenes comunitarios, por lo que resulta de aplicación lo previsto en la LEC para la facilitación de la división de tales patrimonios, sin la necesidad de acudir a un juicio ordinario que, además de resultar inapropiado y anti-económico, no tendría otro objeto que la declaración de un derecho que ya viene establecido de forma palmaria por la norma legal, es decir, que se proceda a liquidar el bien común, con grave discriminación de los matrimonios regidos por este sistema respecto de los sistemas de ganancialidad.

101. Això és especialment útil en el dret civil català, ja que en dit procediment també es procedirà a la divisió efectiva dels béns en condomini, com veurem a continuació.

102. TOL 248009.

4.5.2. Ventilació efectiva de la divisió de la cosa comuna: execució de sentència o procés de l'article 806 de la Llei d'enjudiciament civil?

L'article 43.2 CF remet, doncs, a l'execució, mentre que l'article 806 LEC preveu un procediment concret per a poder liquidar un règim econòmic matrimonial, incloent-hi, d'acord amb el que hem dit, el de separació de béns del Codi de família. L'article 806 LEC no és un tràmit d'execució de la sentència de família, tal com assenyala Rebolledo Varela:¹⁰³ «[...] los cauces procedimentales de los arts. 806 y ss. LEC [...] tampoco se configuran estrictamente como un trámite de ejecución de la sentencia recaída en el pleito matrimonial (art. 776 LEC), sino como un proceso especial independiente o, como dice Cortés Domínguez, técnicamente puede entenderse que son un incidente o pieza separada de los procesos de nulidad, separación o divorcio o de aquél donde se reclame la disolución del régimen económico matrimonial.»¹⁰⁴

A favor d'efectuar la divisió efectiva dels béns comuns en l'execució de la sentència de família hi ha els arguments següents:

a) L'economia processal: no és necessària tota la tramitació dels articles 806 i següents LEC, més pensada per a operacions complexes de liquidació de tot un patrimoni comú.¹⁰⁵

b) La pròpia competència que en matèria processal té Catalunya respecte al comportament judicial del dret civil català implica que competeix al legislador català decidir com s'ha de ventilar la possibilitat d'accionar l'*actio comuni dividundo* juntament amb la demanda de separació, nul·litat o divorci.

c) En el procediment de divisió de patrimonis està exclosa la divisió de la comunitat de béns (art. 552-11 i 552-12.1 CCCat), que necessita el tràmit ordi-

103. A. L. REBOLLEDO VARELA, «La liquidación del régimen económico matrimonial», p. 195.

104. No obstant això, el mateix autor cita diverses opinions doctrinals que difereixen de la seva opinió, com són la de Panizo y Romo de Arce, Montes Reyes i Oliver López. Una postura intermèdia, assenyala, la representa Martinell.

105. Com assenyala Bellido Penadés a F. JIMÉNEZ CONDE (coord.), *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, p. 682, per a la senzilla compensació de l'article 1438 CC «carece de sentido [...] seguir la compleja tramitación procesal contenida en los arts. 808 y ss LEC». No compartim aquesta idea aplicada a l'article 41 CF, ja que per a calcular bé la compensació necessària són imprescindibles una multitud d'operacions i peritatges que haurien de substanciar-se, segons el nostre parer, juntament amb la resta de preceptes que requereixen liquidació, incloent-hi l'article 43 CF —pel que fa al «tratamiento en conjunto de los bienes» pel tal de realitzar les indemnitzacions i compensacions necessàries—, pel procediment dels articles 806 i següents LEC.

nari amb algunes especialitats, com la intervenció dels creditors o cessionaris (art. 552-2.3 CCCat).¹⁰⁶ Aquesta és l'acció a la qual es refereix l'article 43.2 CF.

A favor de fer la divisió efectiva dels béns comuns en aplicació del procediment de l'article 806 LEC hi ha els següents arguments:

a) Atès que abans de la LEC de l'any 2000 no existia un procediment especial previst per a la liquidació dels règims econòmics matrimonials, és lògic que el Codi de família es referís al moment processal en el qual es dilucidaven qüestions postsentència, per molt complexes que fossin aquestes, com és el cas de la fase d'execució de sentència, que sovint es convertia en un periple processal fins i tot més gran que el del plet principal. Amb la innovadora previsió del procés liquidador de règims econòmics matrimonials de la LEC de l'any 2000, l'article 43.2 CF ha d'interpretar-se en el sentit que cal remetre's als articles 806 i següents LEC.

b) Dóna majors garanties per a una sèrie d'operacions liquidadores del règim de separació de béns que són el resultat de la nova concepció social i la utilització del règim de separació de béns. Ens estem referint a la compensació (art. 41 CF),¹⁰⁷ a la presumpció de cotitularitat en cas de titularitats dubtoses (art. 40 CF) i a la rendició de comptes del cònjuge que ha administrat els béns de l'altre (prevista en l'article 1439 CC, que seria exigible en el dret català per la via dels principis generals¹⁰⁸ i la via dels articles 221 i 222 CF). Totes aquestes operacions tenen a veure amb la teoria del «régimen económico matrimonial primario», que són tota la sèrie de càrregues i obligacions comunes que són independents del règim.¹⁰⁹ Si han de fer-se tota aquesta sèrie d'operacions, resulta profitós i adequat utilitzar el procediment dels articles 806 i següents LEC, atès que garanteix igualtat d'armes i certesa processal: fase d'inventari (art. 809 LEC) i fase de liquidació amb comptador, quadern particional, etcètera (art. 810 LEC).¹¹⁰ En aquest procediment es poden compensar cadascuna de les partides i es poden ar-

106. En aquest sentit es pronuncia A. MONTES REYES, *División judicial de patrimonios*, p. 39.

107. La SAP de Barcelona de 16 d'octubre de 2000 (JUR 2001\90) va considerar que «no puede pedirse que la cuantía de la misma sea determinada en ejecución de sentencia». Però, amb la nova LEC, res no obsta que es deixi per al procediment liquidador dels articles 806 i següents LEC i es determini segons com resultin la divisió de les coses comunes, les rendicions de comptes d'un cònjuge a l'altre o les presumpcions de cotitularitat.

108. L'administrador de béns aliens, al final de la seva gestió, ha de retre comptes.

109. P. ORTUÑO MUÑOZ, «El dret de família i la nova Llei d'enjudiciament civil», p. 354.

110. Vegeu més detalls del procediment a A. L. REBOLLEDO VARELA, «La liquidación del régimen económico matrimonial», p. 213-266. Vegeu també J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidación del régimen económico*, p. 97-138.

ribar a evitar enriquiments injustos, ja que tot això serà considerat unitàriament (art. 43.1 CF).

c) La naturalesa jurídica del procediment dels articles 806 i següents LEC és poc clara, i existeix doctrina que el considera fins i tot un procediment d'execució especial,¹¹¹ de manera que l'article 43.2 CF estaria en plena concordança amb la LEC, seguint aquesta teoria.

d) La complexitat de dividir diversos béns en comú (habitatge conjugal, altres residències, comptes corrents, béns mobles, vehicles, etc.) al mateix temps que es tenen en compte la resta d'aspectes globals (compensació, etc.), comporta la necessitat d'inventariar i liquidar tot això convenientment (sotmès a peritatges contradictoris, etc.). I no és aconsellable que això es faci en la fase d'execució de la sentència de família, ja que podria complicar-se en excés, per la qual cosa l'execució de la sentència és un tràmit processal inadequat. Aquest argument no exclou l'aplicació del procediment dels articles 806 i següents LEC en el supòsit que només hi hagi un bé per dividir.¹¹²

Un cop admesa la possibilitat que la divisió dels béns en proindivisió d'un matrimoni subjecte al règim de separació de béns pugui ventilar-se segons el procediment de l'article 806 LEC,¹¹³ entenem que és completament acceptable i més desitjable per a les parts entendre que la remissió que realitza l'article 43.2 LEC a l'execució de la sentència s'efectua al procediment dels articles 806 i següents LEC, atesos els motius que hem exposat. El que pretén l'article 43 CF és evitar que la divisió de coses comunes s'hagi de fer en un procediment ordinari, com succeeix en el dret comú, a la qual cosa afegeix que, en una situació pre-LEC 2000, s'hagi de procedir a la divisió en la fase d'execució de la sentència. Això hauria de ser reïnterpretat en el sentit que en el judici familiar el jutge admet la divisió i aquesta haurà d'efectuar-se realment en un context amb totes les garanties processals que tingui en compte compensacions, liquidacions i rendicions de comptes, i considerar-ho en un tot que faciliti la no-venda dels béns a tercers, segons l'article 552-11 CCCat. Sobre la idoneïtat de dit procediment per a la liquidació per lots amb adjudicació de béns concrets amb possibles compensacions, la SAP de Lleida de 10 de juny de 2004 diu:¹¹⁴

111. A. MONTES REYES, *División judicial de patrimonios*, p. 154 i 155.

112. Està d'acord amb això J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidació del règim econòmic*, p. 126 i 127.

113. Vegeu *supra*.

114. JUR 2004\212773.

Aun cuando el régimen económico entre las partes es el de separación de bienes, el art. 43.2 del Código de familia de Cataluña prevé que, en caso de existir diversos bienes comunes de ambos cónyuges, pueden ser considerados en conjunto a los efectos de la división. Tal consideración en conjunto conlleva la posibilidad de liquidación por lotes con adjudicación de bienes concretos a uno u otro cónyuge en exclusiva y posibles compensaciones en metálico, siendo el procedimiento adecuado para la formación de inventario, tasación de bienes, división y liquidación el previsto en los art. 806 a 811 del Código civil, y aunque las partidas cuya inclusión como pasivo se solicitó en el inventario por la parte demandada no se corresponden con cargas pendientes de pago derivadas del condominio sobre los bienes comunes, y no puede hablarse en puridad de pasivo, al no existir régimen económico matrimonial de comunidad o participación entre las partes, la pretensión de la parte demandada tiene por finalidad que en todo caso se reconozcan a su favor determinados créditos como derecho de reembolso frente al otro cónyuge por gastos efectuados para la adquisición o mejora de bienes comunes o derivados de los mismos y que se tengan en cuenta tales créditos al efectuar la posterior liquidación de los bienes comunes, sin que exista obstáculo para resolver sobre dicha pretensión en el mismo proceso, en que se respetó el principio de contradicción y con posibilidad de proposición de prueba sobre los extremos alegados, sin que se haya producido la alegada indefensión, lo que conlleva la desestimación del primer motivo de recurso.

Favorables a aquesta postura i a la idea de reinterpretar la remissió a l'execució de la sentència de l'article 43.2 CF com una remissió al procediment dels articles 806 i següents LEC són també la SAP de Tarragona de 2 de febrer de 2005,¹¹⁵ la SAP de Barcelona de 24 de gener de 2005,¹¹⁶ la SAP de Barcelona de 20 de gener de 2003,¹¹⁷ la SAP de Girona de 14 d'octubre de 2002, la SAP de Barcelona de 15 de juliol de 2002¹¹⁸ i la SAP de Barcelona de 18 d'abril de 2002,¹¹⁹ l'última de les quals és la més explícita a l'hora de comparar la situació pre-LEC 2000 i l'actual:

En cuanto al proceso liquidatorio, la ley procesal derogada contemplaba para tal fin los trámites de partición de la herencia, por la remisión a los mismos del art. 1410 del Código civil, cuando se trataba de regímenes económicos matrimoniales comunitarios, o a los trámites de la acción de división de la cosa común del art. 400 del Código civil, cuando se trataba de bienes en proindivisión pertenecientes a cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes.

115. TOL 640624.

116. TOL 555550.

117. TOL 278351.

118. JUR 2002\278927.

119. EDJ 2002/44279.

La nueva realidad procesal es bien distinta, puesto que el título II del libro IV de la LEC recoge unos procedimientos especiales para la división judicial de patrimonios, entre los que destaca el que ha de servir para la liquidación del régimen económico matrimonial. Este procedimiento es de aplicación tanto a los regímenes comunitarios como al de separación de bienes del derecho catalán, por la previsión expresa que realiza el art. 43 del Código de familia de Cataluña. También es de aplicación, como ha señalado la doctrina, a los procedimientos liquidatorios de bienes comunes derivados de la aplicación de regímenes matrimoniales del derecho extranjero, aun cuando la separación o el divorcio se hayan tramitado ante los juzgados de otro país, siempre que los bienes que deban ser divididos, o la mayor parte de ellos, radiquen en España.

En consecuencia con lo anterior, aun cuando la demanda inicial de las presentes actuaciones fue instada con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 2000, ha de ser considerado que el art. 43 del Código de familia de Cataluña sí que estaba vigente desde septiembre de 1998 y que, en definitiva, tanto la decisión sobre el régimen económico aplicable, como la que recaiga en el proceso de separación o divorcio, constituyen requisitos de procedibilidad de la acción particional o liquidatoria, y tales decisiones, en cualquier caso, no serán ejecutivas sino con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC 2000. Por otra parte, la tramitación conjunta de ambas acciones, estando la segunda de ellas subordinada al éxito en un determinado sentido (el que el actor defiende) de la demanda, significaría la desnaturalización de la controversia judicial sobre la primera de las acciones planteadas, por lo que debe concluirse que la acumulación de acciones pretendida es impropia, contraria a la economía procesal y distorsionante del enjuiciamiento razonable de la cuestión.

I és molt aclaridora la SAP de Barcelona de 24 de gener de 2005:

En efecto, en la LEC de 1881 no se contenía un procedimiento específico para la división de cosa común, que se ventilaba en el juicio correspondiente en función de la cuantía del bien y ante el juez del lugar en que el mismo estuviere radicado (art. 62-3). En cuanto a la forma de llevar a cabo la indicada división, se estaba a lo dispuesto en los artículos 400 y siguientes del Cc. y, en concreto, a la remisión que el artículo 406 del indicado texto hacía a las reglas concernientes a la división de la herencia.

La nueva LEC ha establecido un procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial cuyo análisis suscita varias cuestiones.

La primera es si el indicado procedimiento también puede ser aplicado al régimen de separación de bienes, y ha de resolverse en sentido afirmativo, siguiendo con ello el criterio mayoritario de la doctrina, porque el texto legal se refiere a cualquier régimen económico matrimonial, sin más exigencia que la de que exista una masa común de bienes y derechos que esté sujeta a determinadas cargas y obligaciones, y que los cónyuges no hayan conseguido llegar a un acuerdo.

La segunda cuestión que plantea este nuevo proceso es la determinación del juzgado competente, que, conforme con lo preceptuado en el artículo 807, puede ser tanto el juzgado que conozca o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, como aquel ante el que se sigan o se hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por algunas de las causas previstas en la legislación civil (art. 541-3 LEC y 1393 del Cc.).

Finalmente, y en tercer lugar, hay que determinar el momento en que pueda plantearse la referida liquidación, esto es, si la misma debe solicitarse al mismo tiempo y junto con la demanda de separación, nulidad o divorcio, o puede hacerse en un momento posterior, resultando de la naturaleza del proceso que estudiamos que la solicitud de liquidación puede hacerse en cualquiera de los indicados momentos, en el bien entendido de que se trata de una actuación sometida al proceso matrimonial y que tan sólo podrá ejecutarse cuando la decisión relativa al matrimonio sea firme.

[...]

Por consiguiente, el debate que plantea el caso enjuiciado no gira en torno a las reglas sobre la competencia territorial relativa a acciones sobre bienes inmuebles, sino que al haberse indicado que los litigantes estaban unidos en matrimonio y que tenían pendiente un pleito de separación matrimonial, la división de los bienes que poseen en común y proindiviso debe resolverse, bien en el mismo procedimiento de separación, nulidad o divorcio, bien después de acabado el mismo, y ello de acuerdo con las normas procesales indicadas y en atención a lo preceptuado en el artículo 76 del Codi de família, que considera objeto de regulación en el pleito matrimonial, las cuestiones referidas a la división de los bienes comunes, de acuerdo con lo que establece el art. 43 del mismo texto legal. Precisamente respecto al momento en que se puede pedir la división de la vivienda conyugal se pronuncia la SAB 16/4/2004 en el sentido de no autorizar la división hasta comprobar «si concurría un interés más necesitado de protección que justificase la adjudicación del uso de la vivienda a uno de los esposos».

No obstant això, una altra línia jurisprudencial aposta per resoldre la divisió dels béns comuns en la fase d'execució de la sentència de família, com la SAP de Girona de 10 de juny de 2004,¹²⁰ que fins i tot deixa per a l'execució la determinació de la durada del dret d'ús de l'habitatge:

I és el que fem ara per dir que en coherència a la nostra decisió anterior en la separació, l'atribució de l'habitatge conjugal ho serà mentre no es porti a terme la divisió de l'habitatge conjugal i que aquesta divisió té dret qualsevol dels cònjuges a que es pugui acordar en el mateix procediment de divorci i que es porti a terme en execució de la sentència dictada en aplicació de l'article 43 del Codi de família

120. EDJ 2004/88734.

(Codi aplicable a Catalunya en aquestes matèries, en lloc del Codi civil). Per tant, s'ha d'estimar aquest motiu en el sentit d'afegir el matís de la durada de l'atribució de l'habitatge conjugal i que la divisió del mateix es pugui acordar en fase d'execució de sentència.

La complexitat de les operacions liquidadores i la necessitat d'una àmplia activitat probatòria és reconeguda per la SAP de Barcelona de 27 de juny de 2001,¹²¹ que, no obstant això, remet a l'execució de la sentència de família per a liquidar el condomini. Al tràmit d'execució es remet també la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de febrer de 2002.¹²²

Finalment, i pel que fa a l'al·legada vulneració de l'art. 76.3 en relació a l'art. 43 del de família, respecte als quals es denuncia, la sentència combatuda no podia acordar «l'ajornament de la liquidació de la resta de béns que formen el règim econòmic matrimonial a excepció la vivenda (sic) conjugal per un altre procediment», tampoc s'esbrina quin interès cassacional pot tenir un precepte que, com el denunciat, assenyalava una facultat, la no-obligació de poder procedir-se, en cas d'existència de béns comuns, a la seva divisió en tràmit d'execució.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M. *Derecho civil III: Derecho de bienes*. Vol. 1. 8a ed. Barcelona: José M. Bosch, 1994.
- ALONSO UCEDA, A. «Comentario a la SAP Baleares 23 enero 1997». *Diario de Audiencias y TSJ* [El Derecho Editores], núm. 52, p. 1.
- ANGUITA RÍOS, R. M. «La hipoteca: la familia y uno más». A: YÁÑEZ VIVERO, Fátima; DONADO VARA, Araceli; MORETÓN SANZ, María Fernanda; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos [coord.]. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*. Madrid: UNED: IDADFE: El Derecho, 2006.
- MIRANDA VÁZQUEZ, C. de. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*. Edició coordinada per Faustino Cordón et al. Vol. II. Elcano: Aranzadi, 2001.
- ESPIAU ESPIAU, S. et al. «Ley 13/2002, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación». A: COLEGIO DE REGISTRADORES [coord.]. *Comentarios de derecho patrimonial catalán*. Barcelona: Bosch, 2005.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. «El Codi de família: de la codificació sectorial al futur Codi civil de Catalunya». *La Llei* [La Ley-Actualidad SA], 1998, D-6.

121. EDJ 2001/64330.

122. EDJ 2002/24511.

- FLORS MATÍES, J. «Comentario al art. 770 LEC». A: MONTERO AROCA, Juan [coord. y dir.]. *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*. Tom IV. València: Tirant lo Blanch, 2003.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. A. *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya: Aspectes civils i processals*. Barcelona: Atelier, 2004.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». A: LORCA NAVARRETE, A. M. [dir.]. *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Tom III. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- JIMÉNEZ CONDE, F. [coord.]. *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*. Murcia: SEPIN: Universidad de Murcia, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. *Elementos de derecho civil*. Vol. III. *Derechos reales*. Barcelona: Bosch, 1991.
- LASARTE, C. «Propiedad y derechos reales de goce». A: *Principios de derecho civil IV*. 5a ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- MONTES REYES, A. *División judicial de patrimonios*. Madrid: La Ley, 2000.
- NIEVA FENOLL, J. «La recuperació del dret processal català». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 4 (2004).
- ORTUÑO MUÑOZ, P. «Comentario al art. 43 CF». A: EGEEA, Joan; FERRER, Josep [dir.]. *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions conviencials d'ajuda mútua*. Madrid: Tecnos, 2000.
- «El dret de família i la nova Llei d'enjudiciament civil». A: *Estudis sobre la Llei 1/2000, d'enjudiciament civil*. CGPJ i Generalitat de Catalunya, 2003.
- «Comentario al art. 806 LEC». A: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Á. et al. [coord.]. *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Tom III. Barcelona: Iurgium: Atelier, 2000.
- OLIVER LÓPEZ, C. «Comentario al art. 806 LEC». A: ESCRIBANO, Fernando [coord.]. *El proceso civil*. Vol. VIII. València: Tirant lo Blanch, 2001.
- PEREDA GÁMEZ, J. «El matrimonio y las crisis familiares en el nuevo Codi de família y en la Ley de uniones estables de pareja. Aspectos procesales de la ruptura». *La Notaria*, 1998, núm. esp., *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja*.
- 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». A: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. *Los procesos matrimoniales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- «La liquidación del régimen económico matrimonial». *Manuales de Formación Continuada* [Madrid: Consejo General del Poder Judicial], núm. 17 (2001), *Cuestiones de familia en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*.
- SOLÉ RESINA, J. «El régimen de separación de bienes». A: GETE-ALONSO, M. Carmen [coord.]. *Derecho de familia vigente en Cataluña*. Barcelona, 2003.