Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación

Comentario a la STSJ, Sala Civil y Penal, 22.9.2008 (MP: M^a Eugènia Alegret Burgués)

Beatriz Añoveros Terradas

Facultad de Derecho
Esade-URL

Abstract*

La STSJC, Sala Civil y Penal, 22.9.2008 (MP: M^a Eugènia Alegret Burgués), se ha vuelto a pronunciar sobre la compensación económica por razón de trabajo. En esta ocasión, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha resuelto sobre dos cuestiones de gran relevancia en las crisis matrimoniales internacionales. La primera, relativa a la naturaleza jurídica de la mencionada compensación y sobre su calificación a efectos de subsunción en la correspondiente norma de conflicto. La segunda, sobre el alcance de la ley rectora de la crisis matrimonial en la regulación de los efectos de la nulidad, separación y divorcio. Este trabajo analiza ambas cuestiones para llegar a la conclusión de que la dualidad normativa a la que pueden verse sometidos los distintos efectos derivados de una crisis matrimonial internacional requiere dar entrada al mecanismo de la adaptación para evitar resultados materialmente injustos.

The Catalan Supreme Court has ruled again on the economic compensation between spouses for working reasons, regulated in section 41 of the Catalan Family Code. This time the Court has decided on two very important issues for international marriage crisis. On the one hand, the legal nature of the mentioned compensation and its characterisation in order to determine the proper conflict of laws rule. On the other hand, the scope of the law applicable to the marriage crisis regarding the effects of nullity, separation and divorce. This paper explores both questions to conclude that the possibility to submit to different national laws the several effects of an international marriage crisis requires the introduction of a mechanism aiming to adjust those laws ("adaptation") in order to avoid unfair results.

Title: Economic Compensation between Spouses for Working Reasons and Alimony: Plurality of Applicable Laws and Necessity of the Adaptation Mechanism. Comment on the Judgment of the Catalan Supreme Court, 22nd September 2008.

Palabras clave: Compensación económica por razón de trabajo; Pensión compensatoria; Crisis matrimonial internacional; Mecanismo de adaptación

Keywords: Economic Compensation between Spouses for Working Reasons; Alimony; International Marriage Crisis; Adaptation Mechanism

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Los hechos**
- 3. Aplicación del *Codi de Família* a determinados efectos derivados de la separación matrimonial**
- 4. La calificación de la compensación económica por trabajo del art. 41 CF**
- 5. Conclusiones**
- 6. Tabla de sentencias citadas**
- 7. Bibliografía**

* Agradezco muy sinceramente la ayuda prestada por el Prof. Roland KRAUSE de la Freie Universitat de Berlín respecto de las consideraciones que se realizan en el presente comentario sobre el Derecho alemán en materia de régimen económico matrimonial y crisis matrimoniales.

1. Introducción

Una vez más el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) se ha pronunciado en la STSJC, Sala Civil y Penal, 22.9.2008 (MP: M^a Eugènia Alegret Burgués) sobre la compensación económica por razón de trabajo (sobre la jurisprudencia anterior véase LAMARCA I MARQUÈS, 2003). En esta ocasión, ha resuelto sobre la naturaleza jurídica de la mentada compensación y sobre su calificación a efectos de subsunción en la correspondiente norma de conflicto. El Tribunal se ha pronunciado, asimismo, sobre una de las tareas más complejas en materia de crisis matrimoniales internacionales, i.e. determinar el alcance de la ley rectora de la crisis matrimonial en la regulación de los efectos de la nulidad, separación y divorcio (ARENAS GARCÍA, 2004, p. 325). Según el TSJC, la compensación por trabajo prevista en el [art. 41 Código de Familia catalán](#) (en adelante, CF) es una cuestión vinculada a la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, sometida a la ley que rige el régimen económico matrimonial y no a la ley que regula la crisis matrimonial. Vaya por delante mi conformidad con el resultado de la sentencia, si bien entiendo que la dualidad normativa requiere dar entrada al mecanismo de la adaptación para evitar resultados materialmente injustos. Veamos cuáles son los hechos principales, los recursos presentados y la solución dada por el TSJC. Posteriormente, centraré la atención en dos cuestiones. La primera, relativa a la aplicación del Derecho de familia catalán respecto de determinados efectos de la crisis matrimonial. La segunda, directamente planteada y resuelta por el TSJC, sobre la naturaleza de la compensación por trabajo a efectos de su subsunción en la norma de conflicto.

2. Los hechos

Según consta en la sentencia, el matrimonio entre Don Pedro Manuel K. y Doña M^a Teresa T.H. fue contraído en 1972, siendo el esposo de nacionalidad alemana. De la esposa, de 52 años de edad, no consta ni su nacionalidad ni su vecindad civil. Tras 32 años de matrimonio, el esposo formula demanda de separación. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (JPI) dicta sentencia el 8 de abril de 2005, estimando parcialmente la demanda. EL JPI declara la separación definitiva de los cónyuges, atribuye la vivienda conyugal, así como el mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo al esposo, y establece una pensión compensatoria a pagar por el esposo a su cónyuge de 9.000 euros mensuales.

Ambas partes apelaron la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial de Barcelona (AP) dicta sentencia el 19 abril de 2006 desestimando el recurso de apelación y confirmando la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia. Contra la anterior sentencia se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por ambas partes. En fecha 11 de abril de 2007, el TSJC dicta sentencia estimando el recurso extraordinario por infracción procesal y, por tanto, anulando la sentencia de la AP y retornando las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de dictar la sentencia por la AP. La AP dicta nueva sentencia el 24 de octubre de 2007 en los mismos términos que la primera, subsanando el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y que hacía referencia a la congruencia. La AP entra a

conocer de la cuestión relativa a la extensión temporal de la pensión compensatoria. En la nueva sentencia se profundizó más en la motivación, tanto respecto de la cuestión relativa a la cuantificación de la pensión como en orden a su duración indeterminada.

Contra la nueva sentencia, don Manuel interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal¹ y doña M^a Teresa recurso de casación, que resuelve el TSJC en la resolución objeto del presente comentario. No entraré en los óbices de carácter puramente procesal ni en los recursos extraordinarios por infracción procesal, sino exclusivamente en la cuestiones de fondo que originan los recursos de casación interpuestos por ambas partes², teniendo en cuenta que es el recuso interpuesto por la esposa el que plantea mayor interés desde la perspectiva internacionalprivatista. En efecto, como se verá, la esposa exige la aplicación del art. 41 CF, i.e. la compensación económica por trabajo, a pesar de regir entre las partes el sistema de separación de bienes del derecho civil alemán. Por su parte, el esposo interpone recurso de casación por infracción de los art. 84 y 86 CF en relación con la cuantificación de la pensión compensatoria establecida y con la extensión temporal, en principio ilimitada, de la misma, lo que no supone, como es sabido, que si se produce un cambio de circunstancias pueda acordarse otra cosa.

3. Aplicación del Codi de Família a determinados efectos derivados de la separación matrimonial

Antes de entrar propiamente en la naturaleza o calificación de la compensación por trabajo del art. 41 CF, es importante analizar la cuestión del derecho aplicable a la separación matrimonial. En el caso planteado, y según los hechos que se constatan en la sentencia, el matrimonio presenta vínculos con el ordenamiento alemán, pues el marido tiene nacionalidad alemana, y el español, dado que la residencia habitual común de los cónyuges se encontraba en Cataluña. Teniendo en cuenta que España es un Estado plurilegislativo en materia civil, y en la medida en que la norma de conflicto aplicable remita al Derecho español, será preciso determinar cuál de los distintos ordenamientos que coexisten en España es el aplicable. En materia de separación, tanto el CC como el CF prevén normas relativas a los efectos de la presentación de la demanda de separación (y divorcio) y a la regulación de la relaciones entre cónyuges una vez separados³. Ello supone la necesidad de determinar cuál de ellos es aplicable a una determinada situación de crisis matrimonial (tanto a nivel interregional como internacional). Dicha cuestión ya se había planteado y resuelto en otras ocasiones (a nivel interregional)⁴, y como afirma ARENAS GARCÍA, tal necesidad hubiera sido cubierta si se hubiese admitido la enmienda presentada por el Grupo

¹ No se admite el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal planteado por el esposo. No entraré a valorar el recurso extraordinario por infracción procesal.

² Simplemente indicar que ambos recursos de casación fueron admitidos por razón de la cuantía, sin perjuicio del interés casacional que además pudiera tener el presentado por la esposa. Discutida en apelación y en casación la pensión compensatoria concedida a la esposa por importe de 9.000 euros mensuales, más la procedencia de la indemnización del art. 41CF, el procedimiento tiene la cuantía requerida por el art. 477.2.2. LEC.

³ Véase el *Títol III* del CF.

⁴ SSAP Barcelona, Civil, Sec. 12^a, 16.4.2003 (JUR 254138); 5.5.2003 (JUR 254404) y 4.12.2001 (JUR 2002\65813).

Socialista a la nueva redacción del art. 107 CC, pues añadía un cuarto apartado dedicado específicamente a solventar esta cuestión (ARENAS GARCÍA, 2004, pp. 296-297)⁵. Ante la falta de previsión legal, deberemos acudir a la solución general prevista para los casos de remisión a un ordenamiento plurilegislativo.

En realidad, la solución que aporta el art. 12.5 CC a este problema de aplicación está pensando en situaciones en las que la norma de conflicto del foro remite a un Derecho de un Estado extranjero y éste es plurilegislativo (la denominada remisión “*ad extra*”) (sobre la remisión a un ordenamiento plurilegislativo *ad extra*, véase BORRÁS RODRÍGUEZ, 1994, pp. 308-324). No obstante podemos aplicar la misma solución por analogía “*cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable se hará conforme a la legislación de dicho Estado*”. Como puede observarse, dicho precepto emplea un sistema de remisión indirecta, i.e. remite a las normas que en el ordenamiento plurilegislativo establecen los criterios de aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos, es decir, a las normas que solventan los conflictos interregionales. En España, la solución de los conflictos internos en materia de crisis matrimoniales deberá seguir los criterios previstos en el art. 16 CC, precepto que remite para resolver los conflictos internos a las normas que regulan los supuestos internacionales (sobre los conflictos interregionales en materia de crisis matrimoniales véase ARENAS GARCÍA, 2004, pp. 297-301). Por tanto, aplicaremos el art. 107 CC con las particularidades señaladas en el art. 16 CC y teniendo en cuenta que estamos ante una situación internacional y no interregional (no habrá posibilidad de que juegue el primer punto de conexión, i.e. vecindad civil común de los esposos). Esto es, la ley aplicable a determinados efectos de la separación será la ley de la residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Al encontrarse la residencia habitual común en Cataluña, el Tribunal resuelve, como decíamos, en cuanto a determinados efectos de la separación de conformidad con el CF.

4. La calificación de la compensación económica por trabajo del art. 41 CF

Como se ha visto en el apartado anterior, el JPI resuelve, en cuanto a determinados efectos de la separación, de conformidad con el CF. Lo que ahora interesa es determinar el ámbito de aplicación de la ley aplicable a la separación.

No hay duda de que la ley rectora de la crisis determina la propia posibilidad de solicitar la separación⁶, así como las causas por las que se accede a dicha situación (ARENAS GARCÍA, 2004, p.

⁵ Art. 107.4 CC: “El derecho español aplicable a la nulidad, separación y divorcio será: a) el de la vecindad civil común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. b) A falta de vecindad civil común, el de la última residencia común de los cónyuges en España. c) En defecto de los criterios anteriores, el del territorio en el que tenga su sede el Tribunal”.

⁶ Téngase en cuenta que hay ordenamientos jurídicos que no prevén la separación (Marruecos, Alemania).

316; FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, 2007, p. 371⁷). Mucho más compleja y discutida es la cuestión de los efectos de la separación que quedarán regidos por la ley aplicable a la crisis matrimonial pues, como veremos, otros ordenamientos vinculados a la situación entran en juego y deben, por tanto, ser considerados. Mientras que el art. 107.1 CC habla de la “*La nulidad del matrimonio y sus efectos...*”, en el siguiente párrafo establece que “*La separación y el divorcio se registrarán...*”, sin mencionar los efectos de la separación y del divorcio, lo cual hubiera sido también deseable (ARENAS, 2004, p. 316). Tal imprecisión plantea la necesidad de determinar el ámbito de la ley rectora de la separación matrimonial, i.e. las cuestiones relativas a la separación que van a quedar regidas por la ley determinada de conformidad con el art. 107.2 CC. En este sentido, la enmienda del Grupo socialista núm. 189⁸ aportaba una solución más “matizada”, puesto que determinaba esas cuestiones que quedaban regidas por la ley rectora de la crisis matrimonial y añadía que esa ley (la reguladora de la separación) no agota los efectos de la misma, debiendo ser otros Derechos los que determinen cómo influye la crisis matrimonial en otras relaciones jurídicas (ARENAS GARCÍA, 2004, p. 326). Como la norma no dice nada, será preciso, como avanzábamos, determinar los distintos efectos que se derivan de la separación matrimonial sobre las relaciones entre los cónyuges. Para ello, entiendo necesario distinguir entre los efectos de la decisión de separación respecto de las relaciones jurídicas ya existentes y las relaciones entre los cónyuges a partir del momento de la crisis. Es decir, entre aquellas relaciones ya existentes en el momento de la crisis y aquellas otras (nuevas, por tanto) que surgen con ocasión de la crisis. Las primeras, relativas a los efectos de la crisis respecto del régimen económico matrimonial, vendrían reguladas por la ley que rige los efectos de matrimonio (determinada de conformidad con los arts. 9.2 y 9.3 CC) [véase, en el mismo sentido, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008, p. 191, y las sentencias allí mencionadas: SSAP Las Palmas, Civil, Sec. 1^a, 31.5.1993 (AC 1131); y Sec. 3^a, 21.7.2000 (JUR 2001\107391)]. Las segundas, por la ley reguladora de la separación matrimonial⁹. Por tanto, declarada la separación, es necesario establecer el régimen que regulará las relaciones entre los cónyuges (relaciones *ad intra*) a partir de la sentencia de separación. Tales relaciones incluirán: la contribución a las cargas del matrimonio que aún subsiste; la determinación de la procedencia y cuantía de posibles pensiones económicas compensatorias y, por tanto, del régimen de alimentos¹⁰; atribución del uso de la vivienda

⁷ En este sentido, y como indica ARENAS GARCÍA, cuando la causa justificativa de la separación o el divorcio sea el incumplimiento de los deberes conyugales, deberá consultarse el derecho que rige los efectos del matrimonio (determinado de conformidad con el art. 9.2 CC), pues es éste el que determina cuáles son esos deberes (ARENAS, 2004, p. 316).

⁸ Art 197.3 CC propuesto por la Enmienda: “El derecho designado por los apartados 1 y 2 determinará: // a) la admisibilidad de la separación o el divorcio.// b) Las causas de nulidad, separación o divorcio.// c) las relaciones entre los cónyuges a partir de la presentación de la demanda, a salvo las medidas provisionales que puedan solicitarse de acuerdo con el derecho español.//d) el régimen de guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos”.

⁹ Es cierto, como señala la doctrina, que la distinción mencionada es más difícil cuando se trata de una separación matrimonial pues el matrimonio continúa existiendo tras la separación. No obstante, considero que podemos extenderlo al caso de la separación.

¹⁰ Véase el art. 8 del [Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias](#) (BOE núm. 222, de 16.9.1986), según el cuál “*No obstante lo dispuesto en los artículos 4º a 6º, la ley aplicable al divorcio registrará las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.// El párrafo precedente se*

conyugal (siempre que no existan hijos, pues en tal caso deberá determinarlo el Derecho que rige los alimentos respecto de los hijos). Por lo que se refiere a la incidencia de la separación en el régimen económico matrimonial y a su liquidación, ésta deberá regularse por el Derecho aplicable a los efectos del matrimonio. Es decir, por lo previsto en los arts. 9.2 y 9.3 CC. Esta distinción entre las relaciones anteriores y posteriores a la separación parece corroborarla el TSJC cuando afirma que:

“es perfectamente posible aplicar una normativa –la que las partes haya pactado– para que rija el régimen económico conyugal, por tanto también para su disolución y liquidación y otra diferente para regir los efectos de la separación o divorcio que se hallan regulados en el art. 76 y ss de Código de Familia de Cataluña” (FJ 5º).

Surge entonces la necesidad de calificar la compensación económica por trabajo a efectos de determinar si pertenece al régimen económico matrimonial o a los efectos de la separación. Dicha calificación es fundamental, pues de ello dependerá la norma de conflicto aplicable a la compensación por trabajo [bien la relativa a los efectos del matrimonio (arts. 9.2 y 9.3 CC), bien la de separación matrimonial (art. 107 II)]. Antes de entrar propiamente en la cuestión de la calificación de la compensación por trabajo, es preciso recordar que, según el art. 12.1 CC, *“La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”*. Es decir, será la ley española (y no la alemana¹¹) la que determinará la naturaleza de la compensación por trabajo. En el caso objeto de comentario, el juez calificará la compensación por trabajo conforme a la ley catalana (CF). Partiendo de la calificación *ex lege fori* (art. 12.1 CC), veamos ahora cómo califica el TSJC la compensación económica por trabajo prevista en el art. 41 CF.

Recordemos que según lo previsto en este precepto

“1. En els casos de separació judicial, divorci o nul·litat, el cònjuge que, sense retribució o amb una retribució insuficient, ha treballat per a la casa o per a l'altre cònjuge té dret a rebre d'aquest una compensació econòmica, en el cas que s'hagi generat, per aquest motiu una situació de desigualtat entre el patrimoni de tots dos que impliqui un enriquiment injust.

2. La compensació s'ha de satisfer en metàl·lic, llevat d'acord entre les parts o si l'autoritat judicial, per causa justificada, autoritza el pagament amb béns del cònjuge obligat. El pagament ha de tenir efecte en un termini

aplicara también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”. Téngase en cuenta que dicho artículo quedará sustituido por lo previsto en el [Reglamento \(CE\) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos](#) (DOCE L 7, de 10.1.2009). Dicho Reglamento se aplicará a partir del 18 de junio de 2011, siempre y cuando el [Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias](#) (Protocolo de carácter *erga omnes*) sea aplicable en la Comunidad en esa fecha. De no darse esa circunstancia, el presente Reglamento se aplicará a partir de la fecha de aplicación de dicho Protocolo en la Comunidad (art. 76). El Reglamento remite, en materia de determinación del Derecho aplicable (art. 15), a lo establecido en el Protocolo de La Haya 2007, en los Estados miembros que estén vinculados por este Instrumento. El art. 5 del Protocolo de La Haya 2007 contiene una norma especial con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, en el sentido de que la regla general del art. 3 (norma que determina la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual del acreedor de alimentos) no será de aplicación si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio.

¹¹ Como se verá posteriormente y en función de las explicaciones sobre Derecho alemán, un juez posiblemente calificaría la compensación por trabajo como un efecto derivado de la crisis matrimonial.

màxim de tres anys, amb meritació d'interès legal des del reconeixement, cas en el qual pot acordar-se judicialment la constitució de garanties a favor del cònjuge creditor.

3. El dret a aquesta compensació és compatible amb els altres drets de caràcter econòmic que corresponen al cònjuge beneficiària, i ha d'ésser tingut en compte per a la fixació d'aquets drets”.

Según el TSJC, la normativa que regula el régimen económico matrimonial debe aplicarse tanto en orden a la adquisición y administración de los bienes durante el matrimonio, como en relación con las cargas que imponga en su caso, como en cuanto a su liquidación cuando se extinga (FJ 4º). El art. 41 CF, como ha defendido en varias ocasiones el mismo Tribunal:

“tiende a corregir los resultados perversos que el régimen económico de separación de bienes puede comportar para alguno de los cónyuges y constituye una regla especial de liquidación cuando la extinción del régimen venga motivada por la separación, la nulidad o el divorcio entre las partes. Se ámbito se circunscribe por tanto al sistema de separación de bienes de Cataluña”.

Tal afirmación la fundamenta en los siguientes motivos: en primer lugar, por la ubicación sistemática del artículo 41 en el CF, en el Título II, dentro de los regímenes económicos matrimoniales, y en el capítulo 1º y la sección 1ª, dedicado al régimen de separación de bienes por lo que es consustancial a éste. Lo mismo se deriva de la Exposición de Motivos de la ley, donde se utiliza la expresión “correctivo”; en segundo lugar, porque si bien el régimen económico de separación de bienes por definición no instaura comunidad patrimonial alguna por razón del matrimonio, lo cierto es que el art. 43 CF admite su liquidación, pues también el matrimonio contraído bajo esta modalidad inicia una serie de relaciones económicas entre los cónyuges en forma de contribución a las cargas familiares, solución a titularidades dudosas o disolución de bienes adquiridos en común (sobre este tema véase ROCA TRÍAS, 2008, pp. 11-37). El Tribunal concluye diciendo que:

“El art. 41 CF constituye pues una regla especial de la disolución y liquidación del régimen económico del derecho civil catalán por el momento sólo prevista para el supuesto de que la extinción del régimen se derive de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio”.

La compensación económica por trabajo es, por tanto, un correctivo a los efectos perversos que el régimen de separación de bienes absoluta puede conllevar en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Como afirma ORTUÑO MUÑOZ:

“el legislador ha sido sensible a la demanda social y doctrinal que preconizaba la necesidad de atemperar determinados efectos perversos del mismo [régimen de separación], insertando una peculiar regla de liquidación del régimen para los casos de separación, nulidad y divorcio, que permite compensar determinados desequilibrios patrimoniales que sean consecuencia directa de la mayor dedicación de uno de los cónyuges a la familia o a las actividades económicas del otro cónyuge” (ORTUÑO MUÑOZ, 2000, p. 232, la traducción es propia). Se trata de un mecanismo que trata de paliar la desigualdad entre los esposos que puede producirse en el régimen de separación absoluta. La función social de la institución es, por tanto, procurar la compensación de un perjuicio patrimonial¹², derivado

¹² Cabría plantearse si la esposa hubiera podido reclamar la compensación alegando con carácter general la existencia de un enriquecimiento injusto, en cuyo caso la norma de conflicto aplicable sería el 10.9 CC. Según lo dispuesto en dicho precepto en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la

de una actividad realizada por uno de los cónyuges basada en la buena fe i en el principio de confianza, en la estabilidad de la convivencia, que en un momento determinado se ve defraudada por la crisis matrimonial (ORTUÑO MUÑOZ, 2000, p. 236).

A mayor abundamiento, el TSJC recuerda su jurisprudencia anterior sobre la naturaleza del art. 41 CF, donde afirmó que:

“La indemnización compensatoria en manera alguna puede confundirse con la pensión compensatoria que prevé el art. 84 CF. La primera es un elemento corrector (un “correctiu”, dice el Preàmbul del Codi) para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, dado que aquél régimen no supone comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge. Es en definitiva una norma de liquidación de bienes en casos de crisis del matrimonio y así es tratada en la Secció Primera del Capítol 1 del Títol III del Codi. La segunda en cambio, residenciada en el Títol III del Codi, que está dedicado a els efectes de la nul·litat del matrimoni del divorci i de la separació judicial, tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo”¹³.

Además, aunque no lo diga expresamente el CF, parece que es posible excluir la compensación por razón de trabajo. De hecho, como afirma LAMARCA I MARQUÈS, si de acuerdo con el principio de autonomía privada sobre el régimen económico matrimonial:

“los cónyuges pueden, en capítulos, escoger su régimen económico de entre los previstos legalmente, modificarlo o bien establecer uno nuevo ad hoc, parece que no tiene que haber ningún impedimento para que en Cataluña, al igual que pasa en otras legislaciones, se pueda convenir como régimen económico del matrimonio el de separación absoluta de bienes que excluya la aplicación del art. 41 CF. Materialmente, conduciría al mismo resultado, aunque técnicamente pudiera calificarse de forma diferente, la renuncia anticipada en capítulos a la compensación económica que pudiera corresponder, como pacto entre los cónyuges en previsión de una crisis matrimonial” (LAMARCA I MARQUÈS, 2003, p. 9). En el Proyecto de Libro segundo del Código Civil de Cataluña, el art. 232-7 prevé que en previsión de una ruptura matrimonial, o de disolución del matrimonio por muerte, se puede pactar el incremento, la reducción o la exclusión de la compensación por razón de trabajo de conformidad con el art. 231-19 (artículo dedicado ala determinación del patrimonio final).

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora sobre la naturaleza de la compensación por trabajo, no es de extrañar que el TSJC afirme el art. 41 CF no es un precepto de naturaleza imperativa ni constituye régimen matrimonial primario aplicable en todo caso y a cualquier régimen económico, lo cual se deduce del art. 10 del CF y del 111-6 de la [Primera Ley del Código civil de Cataluña](#) (FJ 5º *in fine*).

En la medida en que el TSJC califica la compensación por trabajo como una cuestión relativa al régimen económico matrimonial, la norma de conflicto aplicable es la relativa a los efectos del

transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido. En este caso, esa relación es el matrimonio lo que nos lleva a la ley que rige los efectos del matrimonio, i.e. la ley alemana, y por tanto al mismo resultado y a la necesaria adaptación a la que posteriormente me referiré. También se llega al mismo resultado aplicando el art. 10.1 del [Reglamento “Roma II” sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales](#) (DOCE L 199, de 31.7.2007), que entró en vigor el 11 de enero de 2009 sustituyendo a la norma prevista en el art. 10.9 del CC.

¹³ SSTSC, Sala Civil y Penal, 27.4.2000 (RJ 4125), 10.2.2003 (RJ 4464) y 27.2.2006 (RJ 2384).

matrimonio y no la correspondiente a la crisis matrimonial. En materia de efectos del matrimonio, en la medida en que los cónyuges han hecho capitulaciones matrimoniales el art. 9.3 CC establece:

“los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico serán válidos cuando sean conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”.

Los cónyuges pueden pactar (aunque de forma limitada, i.e. eligiendo alguna de las leyes del 9.3 CC; sobre la relación entre el art. 9.2 y 9.3 CC véase RODRÍGUEZ PINAU, 2002, pp. 27-43) el régimen económico que estimen más conveniente. Sin querer entrar en el significado exacto de esta norma, lo cierto es que a través de la misma se da entrada al principio de autonomía de la voluntad aplicado a las relaciones internacionales¹⁴. Algunos autores hablan de autonomía de la voluntad conflictual “*oculta*” (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, pp. 148-149). Por el contrario, en materia de efectos de la crisis matrimonial, no hay prácticamente posibilidad de pacto. Evidentemente, los principios y objetivos que inspiran ambas normas de conflicto son diferentes. En el primer caso, se estaría respetando uno de los principios básicos del derecho de familia, i.e. la disponibilidad o autonomía privada sobre el régimen económico matrimonial. En el segundo, aunque no podemos afirmar que se persiga un *favor creditoris* (como en materia alimenticia entre cónyuges) (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 1996, p. 137), lo cierto es que la posibilidad de someterlo a la voluntad de las partes queda muy reducida.

Según consta en la sentencia, las partes están de acuerdo en que el régimen que rige entre ellas es el sistema de separación de bienes del derecho civil alemán. Según afirma el TSJC:

“El matrimonio de los litigantes fue contraído en el año 1972 siendo el Sr. K de nacionalidad alemana por lo que de conformidad con la legislación entonces vigente el régimen legal matrimonial del derecho civil alemán – de participación en ganancias- era aplicable”.

Sin embargo, en diciembre de 1975, ambos cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales, pasando a someterse al régimen de separación de bienes del derecho civil alemán, régimen que rigió entre las partes desde entonces y mientras duró la convivencia. No menciona el TSJC, y esta sería una de las críticas que haría a su razonamiento, la norma de conflicto aplicable en materia de efectos del matrimonio. El art. 9.3 CC (en su redacción de 1990¹⁵) prevé, como se ha visto, una autonomía de la voluntad conflictual limitada a ciertas leyes (5 en total) vinculadas al matrimonio, entre ellas, la ley de la nacionalidad de una de las partes al tiempo del otorgamiento.

¹⁴ La admisión de la autonomía de las partes en el ámbito del derecho aplicable al régimen económico matrimonial es admitida por la mayoría de derechos europeos (excepto Grecia y Portugal). Tal designación también está prevista en el art. 3 del [Convenio de La Haya, de 14 de marzo de 1978, sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales](#), del que España no es parte (BONOMI, 2006, p. 62).

¹⁵ Con relación a los efectos del matrimonio, desde su celebración hasta 1990, debería aplicarse el antiguo art. 9.3 CC (en su redacción de 1974) aunque el resultado es el mismo pues dicho precepto disponía que “*Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley personal*”.

Parece claro que las partes hicieron uso de esa autonomía al otorgar capitulaciones matrimoniales para someterse al régimen de separación de bienes del Derecho civil alemán. La aplicación de dicho régimen de separación de bienes excluye la posibilidad de aplicar el art. 41 CF, norma liquidadora del régimen de separación de bienes catalán. Como también ha reconocido el TSJC:

“Ningún precepto legal autoriza a que un determinado régimen económico matrimonial se regule en unos aspectos por una norma legal y en otros por uno diferente”.

De hecho a ello se había referido anteriormente en ATSJ Cataluña 23.10.2005:

“Si bien es cierto que rigiéndose el matrimonio de los cónyuges aquí litigantes en el momento de contraerlo por el régimen económico de la sociedad de gananciales, otorgaron capitulaciones matrimoniales en fecha 14 de mayo de 1980, substituyendo el legal de gananciales por el de separación de bienes...de un detenido examen de la escritura capitular aportada se puede comprobar y resulta que los otorgantes acuerdan sustituir el régimen de su matrimonio por el de “separación de bienes”, más no el propio y específico de derecho catalán, sino el régimen de separación de bienes previsto con carácter supletorio, en el derecho común y concretamente el regulado en el capítulo VI del Título III del Libro IV, artículos 1435 al 1444 del Código Civil-, pues así se colige con absoluta claridad del expositivo III de la referida escritura de capitulaciones, cuando el mismo se hizo constar “que es si deseo regular el régimen de su matrimonio al amparo de los dispuesto en el Código Civil”, lo que no hace más que refrendar lo dispuesto en el núm. 1 del art. 1435 de dicho Texto Legal, y siendo ello apreciable y acogible por el Tribunal en base al principio “iura novit curia” del que deriva el aforismo romano-canónico medieval “da mihi factum, dabo tibi ius”, procede la desestimación de la pretensión indemnizatoria solicitada con fundamento en el art. 41 del CF, por inaplicación precisamente de dicho precepto al régimen económico existente entre los cónyuges en litigio; ello sin perjuicio, lógicamente de la reclamación que pudiera proceder y efectuarse a tenor de lo establecido en el art. 1438 del Código Civil”.

Efectivamente, en Derecho alemán el régimen legal matrimonial es el de participación en ganancias y el régimen económico matrimonial supletorio es el de separación de bienes. Según el §1411 *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán de 1900), en caso de que los esposos estipulen en capitulaciones matrimoniales que su régimen matrimonial no será el legal (sin indicar ningún otro), se entiende que el matrimonio se rige por el régimen supletorio de separación de bienes. En este régimen cada esposo deviene único propietario de las adquisiciones hechas durante el matrimonio y, cuando éste finaliza, no hay una participación en las ganancias obtenidas durante el mismo. En la disolución del régimen económico de separación de bienes, no se realiza ninguna compensación (*Zugewinnausgleich*, §1363ss. BGB) por motivo de trabajo. No hay, por tanto, una norma similar a la prevista en el art. 41 CF. Ello no obstante, en materia de crisis matrimonial, el derecho alemán prevé la (indirecta) compensación por trabajo (tanto en el hogar como realizado para las empresa del cónyuge), ya que bajo el concepto de desigualdad por motivo de matrimonio *-ehebedingte Nachteile-* se considera el tiempo dedicado al hogar matrimonial como trabajo, considerándolo para el cálculo de los alimentos tras el divorcio según el §1573 BGB. Los alimentos se calculan, como normal general, en 3/7 de los ingresos comunes. Además, la cuantía de la pensión compensatoria se regula según el §1578b para. 1 BGB¹⁶. La pensión compensatoria se calcula teniendo en cuenta el nivel de vida conyugal (*eheliche Lebensverhältnisse*) y, como regla general, es de duración limitada (se establece, por tanto, un término o plazo). Ahora bien,

¹⁶ Artículo introducido por la Ley de Reforma de la pensión compensatoria (*Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3189*), con efectos a partir del 1.1.2008.

también se admite que no se fije tal plazo (pensión ilimitada) cuando, dadas las circunstancias de necesidad, no pueda determinarse la duración de ésta. El §1578b para 1. s. 3 BGB prevé ciertos supuestos en los que se justifica que la pensión compensatoria sea ilimitada: educación de los hijos comunes, trabajo doméstico, trabajo en la empresa del otro cónyuge. El trabajo –muy habitualmente sin contrato laboral formal y/o con una retribución inferior a la retribución en el mercado laboral- en la empresa del cónyuge se valorará según el §1578b BGB. La pensión será ilimitada si el trabajo en la empresa del cónyuge (con o sin retribución) provocó que la esposa no se introdujera en el mercado laboral¹⁷. Se considera, por tanto, que la pérdida de oportunidad de trabajar en un puesto distinto al puesto ocupado en la empresa del esposo supone una desigualdad por motivo de matrimonio que debe influir en el cálculo de la pensión compensatoria.

No obstante lo dicho, al regirse los cónyuges por el régimen de separación alemán y al haber calificado la compensación económica por trabajo como una cuestión perteneciente al régimen económico matrimonial, el TSJC resuelve correctamente al no concederla en el supuesto planteado, sin perjuicio de los desajustes que este resultado puede ocasionar. La aplicación de dos leyes distintas a la compensación económica por trabajo y a la pensión compensatoria puede conllevar situaciones de desajuste, siendo necesario llevar a cabo una adaptación que tenga en cuenta todos los ordenamientos jurídicos en presencia (sobre el problema de la adaptación en Derecho internacional privado, véase BOUZA VIDAL, 1977). El desequilibrio patrimonial (partiendo de que tal desequilibrio existe y que es un hecho probado) existe. Los motivos que originaron la necesidad de introducir, en el régimen de separación catalán, una norma como la del art. 41 CF están presentes en el caso planteado. En mi opinión, la distinta regulación, por parte de los diferentes ordenamientos jurídicos, de esta compensación exige necesariamente dar entrada al mecanismo de la adaptación. De lo contrario podría no ser compatible con las exigencias de justicia material del caso concreto. Si en el supuesto objeto de análisis la crisis se hubiera regulado por el Derecho alemán y el régimen económico elegido hubiera sido el de separación de bienes catalán, la mujer habría podido obtener el doble de lo concedido (compensación económica por trabajo del art. 41 CF y pensión compensatoria según el derecho alemán, incluyendo en el cálculo el trabajo realizado para el hogar y el realizado en el empresa del cónyuge).

Téngase en cuenta que en Derecho catalán, a pesar de que el art. 41 CF no establece criterios precisos sobre la determinación de la cuantía de la compensación económica por trabajo¹⁸, sí

¹⁷ PALANDT-BRUDERMÜLLER, ed. 67, Art. 1578b, Nr. 9.

¹⁸ El Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña solventa esta falta de criterios, pues prevé en su art. 232-5 que, para determinar la cuantía de la compensación por razón de trabajo, se ha de tener en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, según los años de convivencia y, en particular, en caso de trabajo doméstico, el hecho de que se incluya la educación de los hijos la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. Por su parte el art. 232-6 establece determinadas reglas de cálculo: “1. Els increments dels patrimonis dels cònjuges es calculen d'acord amb les regles següents: a) El patrimoni de cadascun dels cònjuges està integrat pels béns que tingui en el moment de l'extinció del règim o, en el seu cas, del cessament efectiu de la convivència, deduïdes les càrregues que els afectin i les obligacions.// b) S'ha d'afegir al patrimoni de cadascun dels cònjuges el valor dels béns dels quals hagi disposat a títol gratuït, calculat en el moment de la seva transmissió, excloses les donacions fetes als fills comuns i les liberalitats d'ús, i també el valor del detriment produït per actes realitzats amb la intenció de perjudicar l'altre cònjuge.// c) S'ha de descomptar del patrimoni de cadascun dels cònjuges el valor dels béns que tenia en començar el règim i que conserva en el moment de la seva extinció, deduïdes les càrregues que els afectin, i també el dels

prevé en su apartado tercero que este derecho sea compatible con los otros derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, y que debe ser tenido en cuenta para la fijación de esos otros derechos (ORTUÑO MUÑOZ, 2000, p. 241). Además, el art. 84 CF también establece que para fijar la pensión compensatoria, la autoridad judicial tendrá en cuenta, *inter alia*, la compensación económica regulada en el art. 41 CF.

De hecho, es lo que se hizo en el caso planteado pues como afirma el TSJC en el FJ 3º:

“Destaca la Audiencia para fijar la cuantía de la pensión compensatoria todos los elementos que se recogen en el art. 84 CF, así la duración del matrimonio, 32 años; la edad de la esposa: 52 años; precisamente por contar con dicha edad, la dificultad para acceder al mundo laboral en forma independiente; la dedicación a la familia y en concreto al cuidado de los hijos; la necesidad de atender sus necesidades de vivienda al haberse concedido el uso de la familiar al esposo y su colaboración en las empresas familiares”.

Como puede observarse, en el cálculo de la pensión compensatoria se tuvo en cuenta *la dedicación a la familia y en concreto al cuidado de los hijos y su colaboración en las empresas familiares*. De esta forma, a pesar de que esos criterios forman parte de la compensación por razón de trabajo y de que ésta no se concedió, el tribunal lo tuvo en cuenta a efectos de determinación de la pensión compensatoria, ergo tuvo en cuenta el mecanismo de la adaptación y valoró todos los ordenamientos en presencia.

5. Conclusiones

Hemos visto que los distintos efectos que se derivan de la separación matrimonial sobre las relaciones entre los cónyuges pueden quedar regulados por leyes distintas. Hemos partido de la distinción entre los efectos de la decisión de separación respecto de las relaciones jurídicas ya existentes y las relaciones entre los cónyuges a partir del momento de la crisis. Las primeras, relativas a los efectos de la crisis respecto del régimen económico matrimonial vendrían regulados por la ley que rige los efectos de matrimonio (determinada de conformidad con los arts. 9.2 y 9.3 CC). Las segundas, por la ley reguladora de la separación matrimonial (determinada de conformidad con el art. 107 CC).

La calificación de la compensación económica por trabajo como una cuestión relativa al régimen económico matrimonial nos lleva a la aplicación de la norma de conflicto relativa a los efectos del matrimonio y no a la correspondiente a la crisis matrimonial.

La distinta regulación por parte de los diferentes ordenamientos jurídicos de la compensación económica por trabajo, unas veces como institución perteneciente al régimen económico matrimonial, otras formando parte del concepto de alimentos tras el divorcio, puede llevar en determinados supuestos de crisis matrimonial internacional a resultados materialmente injustos.

adquirits a títol lucratiu durant la vigència del règim i les indemnitzacions per danys personals, exclosa la part corresponent al lucre cessant durant el temps de convivència./2. Les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al cònjuge creditor durant la vigència del règim s'imputen a la compensació pel valor que tenen en el moment de la seva extinció”.

Dicho resultado puede superarse a través de distintas técnicas, unas de *lege lata* y otras de *lege ferenda*. En este trabajo me he centrado en las primeras, pues las segundas requieren una modificación legislativa y su estudio excedería con mucho el análisis que he planteado. De *lege lata* entiendo que es necesario dar entrada al mecanismo de la adaptación ajustando el contenido material de los derechos en presencia. De hecho, es precisamente lo que hizo el tribunal en el caso planteado al calcular la pensión compensatoria.

6. Tabla de sentencias citadas

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJC, Sala Civil y Penal, 27.4.2000	RJ 4125	Guillermo Vidal Andreu	<i>Trinidad c. Luís</i>
STSJC, Sala Civil y Penal, 10.2.2003	RJ 4464	Guillermo Vidal Andreu	<i>Carolina c. Óscar</i>
STSJC, Sala Civil y Penal, 27.2.2006	RJ 2384	Guillermo Vidal Andreu	<i>Andrés c. Lidia</i>

Sentencias de Audiencias Provinciales

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Las Palmas, Civil, Sec. 1ª, 31.5.1993	AC 1131	Antonio Juan Castro Feliciano	<i>Puschpa c. Hares</i>
SAP Las Palmas, Civil, Sec. 3ª, 21.7.2000	JUR 2001\107391	Carmen Pérez de Ontiveros Baquero	<i>María de los Ángeles c. Francisco</i>
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 4.12. 2001	JUR 2002\65813	Pascual Ortuño Muñoz	<i>Isabel c. Fernando</i>
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 16.4.2003	JUR 254138	José Luís Valdivieso Polaino	<i>Lina c. Alberto</i>
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 5.5.2003	JUR 254404	José Luís Valdivieso Polaino	<i>Juan Enrique c. Francisca</i>

7. Bibliografía

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1996), *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid.

Rafael ARENAS GARCÍA (2004), *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional español*, Universidad de Santiago de Compostela.

Andrea BONOMI (2006), "Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé", en BONOMI-STEINER, *Les régimes Matrimoniaux en Droit Comparé et en Droit International Privé*, Librairie Droz, Genève, pp. 59-75.

Alegría BORRAS RODRIGUEZ (1994), "Les ordres plurilegislatives dans le droit international privé actuel", *Recueil des tours*, t. 249, vol. V, pp. 145-368.

-- (1999), "Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente", en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los amigos de País, Bilbao, pp. 71-89.

Nuria BOUZA VIDAL (1977), *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid.

Alfonso-Luís CALVO CARAVACA / Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008), *Derecho internacional privado*, vol. I y II, 9ª ed., Comares, Granada.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2004), "Quantificació de la compensació per raó del treball i de la pensió compensatòria en els casos en què hi ha hagut convivència prematrimonial", *InDret* 4/2004 (www.indret.com).

Jose Carlos FERNÁNDEZ ROZAS / Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2007), *Derecho internacional Privado*, 4ª ed., Civitas, Madrid.

Albert LAMARCA I MARQUÈS (2003), "Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón de trabajo", *InDret* 1/2003 (www.indret.com).

Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2000), "Article 41", en Joan EGEA FERNÁNDEZ – Josep FERRER I RIBA (Directors), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 230-257, 232.

Encarna ROCA TRÍAS (2008), "La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, pp. 11-37.

Elena RODRÍGUEZ PINAU (2002), *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada.