

Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor

Jens M Scherpe

University of Cambridge
University of Hong Kong

Abstract*

Este artículo ofrece una panorámica comparativa sobre el modo en que los bienes no matrimoniales son tratados en los regímenes económicos matrimoniales de Europa continental y Escocia así como en algunos sistemas del “common law”, donde los bienes privativos tienen una consideración especial. También pronostica el trato futuro que Inglaterra y Gales darán a los bienes pre-matrimoniales y a otros bienes privativos. Se argumenta que este sistema gradualmente está distinguiendo entre propiedad matrimonial y no matrimonial, entre “compartir solamente los frutos del trabajo conjunto” y, de este modo, avanza hacia un planteamiento moderno del matrimonio como “partnership”. Esta evolución requiere no solo clasificar los bienes sino que también debe abordar sus aumentos de valor y, potencialmente, el uso de índices para “medir” dichos incrementos. El artículo llega a la conclusión de que, en cierto modo, el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales se ha desplazado de la completa discrecionalidad judicial hacia un sistema “pilarizado” y “discrecional con base normativa” con importantes consecuencias en los remedios económicos aplicables tras el divorcio.

This article provides a comparative overview of the way non-matrimonial assets are treated by the European continental matrimonial property regimes and Scotland, as well as some common law jurisdictions where non-matrimonial assets are given special consideration. It then attempts to forecast the future treatment of pre-marital assets and other non-matrimonial assets in England and Wales, arguing that this jurisdiction is gradually moving towards a clearer distinction between matrimonial and non-matrimonial property and a ‘sharing the fruits of joint labour only’ approach, and thus a modern partnership-based approach. This development necessitates not only classifying the assets but also dealing with value increases and potentially using indices as a tool to ‘measure’ such increases. The article concludes that the law of England and Wales has, to a certain extent, moved away from its fully discretionary approach towards a ‘pillarised’ and ‘rule-based discretionary’ system of financial relief upon divorce.

Title: A comparative overview of the treatment of non-matrimonial assets, indexation and value increases

Palabras clave: efectos patrimoniales de la separación o del divorcio, remedios económicos, bienes matrimoniales, bienes pre-matrimoniales, bienes privativos, derecho comparado

Keywords: ancillary relief, financial ordering, matrimonial property, pre-marital assets, non-marital assets, comparative law¹

* El autor agradece a los profesores Frank Klinkhammer, Wai Kum Leong, Margaret Briggs, Elise Goossens, Amy Ludlow, Jo Miles, Brian Sloan and Torstein Frantzen su ayuda y comentarios durante la elaboración del artículo. Asimismo agradece a los dos evaluadores anónimos del artículo sus útiles observaciones y a los profesores Dr. Josep Ferrer Riba y Sergi Morales Martínez su traducción al español. Todas las opiniones y errores son responsabilidad del autor. Este artículo es una traducción del artículo ya publicado por el autor en 2013, en la revista *Child and Family Law Quarterly*, pp. 61-79.

¹ Es importante aclarar qué entiende el Derecho inglés por “ancillary relief”. Este concepto se refiere a todas las consecuencias económicas o patrimoniales que derivan de una separación o divorcio, sin cubrir los aspectos relativos a los menores.

Sumario

- 1. Cuestiones introductorias**
- 2. Regímenes económico-matrimoniales de Europa continental**
 - 2.1. Ordenamientos jurídicos con régimen de separación de bienes**
 - 2.2. Ordenamientos jurídicos con régimen de comunidad**
- 3. Planteamiento acerca de los bienes privativos en otros ordenamientos jurídicos del Common law y en Escocia**
 - 3.1. Nueva Zelanda: bienes pertenecientes a la pareja (*relationship property*)**
 - 3.2. Singapur: bienes matrimoniales**
 - 3.3. Escocia: bienes matrimoniales**
- 4. Breve comparación**
- 5. ¿Distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales en Inglaterra y Gales?**
- 6. Mirando hacia atrás: la “pilarización” de la “ancillary relief” y de los bienes privativos**
- 7. Tabla de jurisprudencia**
- 8. Bibliografía**

1. Cuestiones introductorias

Un jurista experto en Derecho comparado y, particularmente, en Derecho comparado de familia, no debe olvidar que todas las reglas legales están incrustadas en su propio y único contexto cultural, social y de tradición jurídica. Tanto si creemos o no que las sociedades y las leyes están convergiendo², una solución o un concepto de un contexto social, cultural y jurídico determinado no necesariamente puede ser trasplantado a otro lugar y lograr los mismos resultados. Asimismo, lo que puede ser considerado correcto y apropiado en un país puede ser inapropiado o incluso socialmente perjudicial en otro. Por lo tanto, la primera función del Derecho comparado es describir, contextualizar e informar, y en esto pone énfasis el presente artículo. El Derecho comparado también puede proporcionar la base para cuestionar y criticar la legislación existente en un ordenamiento jurídico determinado, contribuyendo de este modo a su reforma. A la luz del reciente *Supplementary Consultation Paper*³ de la *Law Comission*, este artículo podría contribuir a los actuales debates en curso en Inglaterra y Gales.

Antes de examinar la definición y tratamiento de los bienes privativos en caso de divorcio en varios sistemas jurídicos, hay que subrayar algo aparentemente obvio: las consecuencias económicas del divorcio en el continente europeo son muy diferentes de las de Inglaterra y Gales (y, ciertamente, de las de la mayoría de ordenamientos del *common law*, a pesar de que muchas de ellas estén más cerca del derecho continental de lo que lo están Inglaterra y Gales)⁴. Mientras que en estos dos sistemas el enfoque es “holístico” y el acceso a todos los remedios económicos queda a la discreción del juez, los sistemas continentales operan con lo que se ha denominado un planteamiento de pilares (*pillar approach*)⁵: las consecuencias económicas del divorcio se abordan por medio de remedios legales distintos y separados, de los cuales el reparto de los bienes de conformidad con el régimen económico matrimonial constituye solamente uno. Los otros pilares, dependiendo del ordenamiento jurídico, incluyen derechos de alimentos (*maintenance*), derechos de reparto de pensiones futuras (*pension sharing*) y la asignación del derecho de uso (más que de la propiedad) del ajuar doméstico y la vivienda familiar. En algunos países, como Francia y

² *Vid.* la discusión en BOELE-WOELKI (2003), particularmente las contribuciones realizadas por PINTENS (pp. 3-33), DETHLOFF (pp. 35-64), BRADLEY (pp. 65-104) y MEULDERS-KLEIN (pp. 105-117); DETHLOFF (2007, pp. 992-1005; ANTOKOLSKAIA (2006a, pp. 295-310); ANTOKOLSKAIA (2007 y 2006b).

³ Comisión Jurídica, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, artículo de consulta núm. 208 (septiembre 2012), disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm> (última consulta: 21.2.2013).

⁴ Para una interpretación extensiva de los regímenes económicos matrimoniales (y acuerdos matrimoniales), *vid.* SCHERPE (2012, pp 443-518); COOKE, BARLOW y CALLUS (2006); COOKE (2009, p. 203); PINTENS (2009, p. 268); VERBEKE, CRETNEY *et al.* (1995, p. 445); BOELE-WOELKI, BRAAT y CURRY-SUMNER (2009); PINTENS (2011, p. 19); BOELE-WOELKI y JÄNTERÄ-JAREBORG (2011, p. 47).

⁵ Cf. DUTTA (2012, p. 158); SCHERPE y DUTTA (2010, p. 385).

España, incluso hay otros remedios que pueden implicar la atribución de bienes en propiedad (por medio de la *prestation compensatoire*⁶ y de la prestación compensatoria⁷, respectivamente).

Por supuesto, todos estos sistemas persiguen que las consecuencias económicas del divorcio tengan un resultado globalmente justo (aunque, naturalmente, lo que se considera justo puede diferir de un ordenamiento a otro). Para conseguirlo operan no solo a través del régimen económico matrimonial, sino también a través de los otros “pilares”. Sin embargo, aunque estos pilares persiguen conjuntamente un resultado justo, no necesariamente tendrán los mismos objetivos individualmente. En términos generales, uno de los principales objetivos del pilar relativo al régimen económico matrimonial no es asegurar un resultado justo, sino proporcionar seguridad en cuanto a (a) quién es titular de qué y (b) quién puede reclamar qué del otro esposo. Por ello es crucial recordar que solo contemplando *todas* las consecuencias económicas del divorcio en un ordenamiento, y por consiguiente, su resultado global, se puede divisar el “cuadro completo” de las consecuencias económicas del divorcio de un sistema y, por ello, de su “justicia”. Atender solo al resultado de la división patrimonial aplicando las reglas del régimen económico matrimonial es insuficiente y engañoso. El tratamiento de los bienes pre-matrimoniales y de otros bienes privativos en cada jurisdicción debe entenderse en ese contexto más amplio.

2. *Regímenes económico-matrimoniales de Europa continental*

En los ordenamientos continentales europeos pueden encontrarse muchas variedades de regímenes económico-matrimoniales. Cabe dividirlos en dos grupos atendiendo a los efectos que el matrimonio tiene sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges y sobre la titularidad⁸ de sus bienes.

En el primer grupo (sistemas de separación de bienes), el matrimonio como tal no cambia las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. El cónyuge que tenía una determinada titularidad antes del matrimonio la conserva después de haberlo contraído y los bienes adquiridos durante el matrimonio son propiedad del cónyuge que los adquiere. No obstante, en caso de divorcio existen mecanismos legales que permiten a un cónyuge obtener parte de los bienes del otro⁹.

⁶ *Vid.* PINTENS (2012, p. 68).

⁷ *Vid.* FERRER RIBA (2012, p. 350).

⁸ Los ordenamientos jurídicos europeos del *civil law* no distinguen entre *legal ownership* y *beneficial ownership*. Cuando en ellos se habla de “propiedad” de los bienes de uno u otro cónyuge se hace referencia a la propiedad plena: la noción de *beneficial interests* no tiene cabida en estos ordenamientos.

⁹ *Vid.* en esta misma página el apartado relativo a “ordenamientos jurídicos con régimen de separación de bienes”.

En el segundo grupo (sistemas de comunidad de bienes), el matrimonio crea alguna forma de comunidad de bienes, y todos o parte de los bienes son de titularidad conjunta. Estos sistemas, por tanto, producen efectos patrimoniales inmediatos, y en caso de divorcio, los bienes comunes se comparten¹⁰.

2.1. Ordenamientos jurídicos con régimen de separación de bienes

a) Alemania: Comunidad de participación en las ganancias (community of accrued gains)

En Alemania el régimen económico matrimonial legal supletorio es el de comunidad de participación en las ganancias (*Zugewinngemeinschaft*)¹¹. El término es, en realidad, bastante engañoso puesto que en ningún momento -incluso en caso de divorcio- existe forma alguna de "comunidad" de bienes. En su lugar, hay "cláusulas legales de compensación" y, por tanto, en caso de divorcio, hay pretensiones pecuniarias y no de naturaleza real.

Planteamiento básico: La comunidad de participación en las ganancias de Alemania está diseñada para ser un régimen de bienes puramente matemático, sin preocuparse demasiado por nociones de "justicia". Éstas se abordan por medio de otros pilares, particularmente con los derechos de alimentos y con el reparto de derechos sobre pensiones futuras. En caso de divorcio, las ganancias acumuladas de cada cónyuge se calculan restando del "patrimonio final" (*Endvermögen*, es decir, el valor de los bienes propiedad de un cónyuge en el día en que se interpuso la demanda de divorcio) el "patrimonio inicial" (*Anfangsvermögen*, es decir, el valor de los bienes propiedad de un cónyuge en la fecha en que se inició el matrimonio). Éste último no solo comprende todos los bienes que un cónyuge poseía al celebrarse el matrimonio sino que también abarca las donaciones y bienes adquiridos a título sucesorio durante el matrimonio. Si no se prueba que un bien formaba parte del patrimonio inicial, se asume su condición de parte del patrimonio final. Una vez calculadas las ganancias obtenidas por cada cónyuge durante el matrimonio, éstas se "igualan": las ganancias de ambos cónyuges se suman y se dividen por dos. Esta es la ganancia acumulada a la que cada cónyuge tiene derecho, de modo que el que tenga la mayor ganancia deberá pagar al otro la diferencia.

La política jurídica que subyace en esta regla es que los bienes considerados "iniciales" no están conectados al matrimonio dado que no son "fruto del trabajo conjunto". Consecuentemente, no deben compartirse en caso de divorcio. La comunidad alemana de participación en las ganancias (dejando al margen cuestiones complejas de valoración de los bienes) es relativamente fácil de administrar. Sin embargo, también es un sistema poco refinado porque no tiene en cuenta la causa o el origen de las ganancias obtenidas. Así, el aumento de valor de un bien propiedad de un cónyuge antes del matrimonio se convertirá en parte de las ganancias obtenidas durante su

¹⁰ Vid. el apartado relativo a "ordenamientos jurídicos con régimen de comunidad" en la página 10 del trabajo.

¹¹ Sobre las consecuencias económicas del matrimonio con carácter general en Alemania, *vid. DUTTA* (2012, p. 158).

transcurso y, en consecuencia, deberá ser compartido. También deberá serlo, por ejemplo, una eventual indemnización por daño moral recibida durante el matrimonio.

A pesar de los problemas evidentes que ello entraña, este planteamiento ha sido expresamente confirmado por el legislador alemán en reformas recientes. La justificación es que la fuente de la ganancia no es relevante con tal de que se haya generado durante el matrimonio. Además, se aduce que no hay una razón obvia que lleve a tratar diferenciadamente los bienes inmuebles respecto de títulos-valores, de intereses devengados por obligaciones, etc.¹²

Los tribunales no tienen margen de discreción para ordenar algo que no sea la igualitaria distribución de las ganancias acumuladas. Sin embargo, el cónyuge obligado al pago en aplicación de las reglas explicadas con anterioridad puede alegar que esta obligación es extremadamente injusta (*grob unbillig*). Con todo, el Tribunal Federal Alemán ha interpretado muy restrictivamente esta excepción¹³.

Es interesante hacer notar que algunos regímenes económicos matrimoniales con ciertas similitudes con el alemán (como los de participación de Suiza y Grecia)¹⁴ no incluyen el aumento de valor de los bienes en los casos de participación por razón de divorcio. Ello es así porque los bienes *como tales* quedan legalmente excluidos, de modo que no se plantea la cuestión de su incremento de valor.

Indexación e incrementos de valor: El planteamiento puramente matemático de la comunidad de participación en las ganancias se enfrenta a ciertas dificultades respecto a lo que en Alemania se llama *Scheingewinn* (ganancia ficticia). El valor de cada bien generalmente se calcula en dos momentos temporalmente distintos (en el de celebración del matrimonio y en el de interposición de la demanda de divorcio). Como puede pasar un largo período de tiempo entre estos dos puntos, gran parte de las ganancias pueden ser "ficticias" en el sentido de que pueden reflejar meramente la inflación y/o el incremento de valor de los bienes. Es generalmente aceptado que tener que compartir estas ganancias ficticias es contrario a los principios que subyacen en el sistema de participación en las ganancias, ya que podría suponer que un cónyuge acabara con menos de lo que tenía cuando se casó; es decir, con una reducción de los bienes iniciales¹⁵.

¹² No obstante, es interesante ver que en el recientemente ratificado tratado bilateral entre Alemania y Francia, acerca de la introducción de un régimen económico matrimonial opcional, los incrementos de valor de los bienes inmuebles quedan excluidos de los activos finales. Sobre este tratado, *vid.* KLIPPSTEIN (2011, p. 510); BECKER (2011, pp. 103–118); MEYER (2010, pp. 612–617); BRAEGER (2010, pp. 113–115); DETHLOFF (2012, pp. 509–539); MARTINY (2011, pp. 577–600) y SIMLER (2010, pp. 9–19).

¹³ SCHWAB (2010, p. 141); SCHWAB (2010, p. 1828).

¹⁴ Cf. las respuestas a las preguntas 57–90 para Grecia (por KOUTSOURADIS, KOTRONIS y HATZANTONIS) y Suiza (por SCHWENZER y BOCK) en BOELE-WOELKI, BRAAT y CURRY-SUMNER (2009), y SCHERPE (2012, pp. 458–460).

¹⁵ *Vid.* SCHWAB (2010a, pp. 134–135); SCHWAB (2010b, pp. 1828–1829).

Existe un debate considerable sobre cómo debería resolverse exactamente este problema, pero el *Bundesgerichtshof* alemán (Tribunal Federal de Justicia) ha adoptado un enfoque formulario utilizando el *Lebenshaltungskostenindex* (índice del coste de vida, a veces también conocido como *Lebenshaltungsindex* o *Verbraucherpreisindex*) del *Statistische Bundesamt* (Oficina Federal de Estadística), que es esencialmente un índice al consumo. La fórmula es la siguiente:

Bien inicial ajustado= bien nominal inicial x (índice en el día de interposición de demanda de divorcio/índice en el día de celebración del matrimonio)

La noción de “bien inicial ajustado” se utiliza entonces para el cálculo de la ganancia acumulada. No se distingue entre los distintos tipos de bienes. Aunque este enfoque más bien simple no esté exento de problemas y críticas¹⁶, se sigue considerando autorizado. En casos particulares y excepcionales, como cuando hay bienes inmuebles u otros relevantes fuera de Alemania, los tribunales han aplicado los índices locales que han considerado más apropiados¹⁷.

b) Países nórdicos: Regímenes de comunidad diferida (deferred community of property)

A menudo se ha dicho que los regímenes económicos matrimoniales de los países nórdicos¹⁸ entrañan consecuencias similares a las del sistema de *ancillary relief* de Inglaterra y Gales. Pues bien, aunque a nivel superficial ello sea cierto, no debemos olvidar que en Europa continental el régimen económico matrimonial es solo uno de remedios económicos del divorcio y, más importante aún, que el contexto social nórdico es muy diferente del de Inglaterra y Gales. Por ejemplo, en los países nórdicos las “necesidades” post-matrimoniales (incluida la vivienda) se consideran responsabilidad del Estado, no algo que el ex-cónyuge deba cubrir. Así, con bastante inusuales las pensiones de alimentos de larga duración¹⁹.

Planteamiento básico: Hay cierta similitud entre la *ancillary relief* de Inglaterra y Gales y la comunidad diferida (*deferred community of property*). Si bien en la segunda existe separación de bienes durante el matrimonio, en caso de divorcio la totalidad de bienes de los cónyuges (incluyéndose en algunos sistemas determinados derechos a percibir una pensión) pasan a ser de propiedad común y son susceptibles de ser compartidos. La comunidad diferida es universal, lo

¹⁶ *Vid.* SCHWAB (2010b, pp. 1828–1829); SCHWAB (2010, pp. 134–135).

¹⁷ *Vid.* SCHWAB (2010b, p. 1830).

¹⁸ Aunque las estructuras del régimen económico matrimonial legal supletorio en los países nórdicos sean muy similares, hay diferencias relevantes en los detalles. Noruega reformó sustancialmente su régimen económico matrimonial en 1991. Dinamarca está actualmente planteándose reformas aún más profundas. Para una explicación más detallada sobre las consecuencias económicas del divorcio en los países nórdicos *vid.* JÄNTERÄ-JAREBORG (2012, p. 370); SCHERPE (2005, pp. 209–253) y AGELL (2003).

¹⁹ *Cf.* SCHERPE (2009, pp. 201–216); JÄNTERÄ-JAREBORG (2012); SCHERPE (2012, pp. 453–456).

que normalmente significa que se incluyen en ella todos los bienes pre-matrimoniales. Solamente los bienes adquiridos por donación o herencia bajo la condición *expresa* de que deben ser propiedad separada/personal serán tratados como tales y estarán exentos de ser compartidos. Lo mismo sucederá cuando dicho efecto se haya pactado en capítulos matrimoniales respecto de ciertos bienes²⁰.

En caso de divorcio (y solo en este caso) los bienes comunes deberán ser compartidos de modo igualitario. Sin embargo, es importante destacar que en los sistemas nórdicos es posible desviarse de la distribución igualitaria de los bienes comunes a discreción del juez. Para decirlo brevemente, los tribunales pueden desviarse de dicha distribución igualitaria cuando una división por igual de los bienes fuera injusta. Sin embargo, la determinación de lo que es injusto varía de un ordenamiento a otro²¹.

La interpretación danesa de lo inequitativo es muy estricta, razón por la cual actualmente se está considerando una reforma legal. Bajo la ley danesa, solo cabe desviarse de un reparto igualitario si el matrimonio tuvo una duración breve (generalmente se aplica a los matrimonios de menos de cinco años); no implicó una comunidad de intereses económicos y existía disparidad patrimonial considerable entre las partes al comienzo del matrimonio o durante el mismo a causa de adquisiciones sucesorias o de donaciones recibidas por uno de los cónyuges. De cumplirse estos requisitos *cumulativos*, algunos bienes pueden ser “dejados fuera” del conjunto de bienes matrimoniales por la autoridad judicial y no han de ser compartidos.

En Suecia y Finlandia los criterios son mucho más amplios y permiten una división desigual si, “considerando la situación económica de los cónyuges, fuera injusto proceder a una división igualitaria”. Finlandia tiene incluso una disposición añadida conforme a la cual no debería haber división por igual si ésta diera lugar a “una ventaja económica inapropiada para uno de los cónyuges”. En Islandia la cláusula general para la división desigual es, si cabe, más amplia y permite apartarse de la división igualitaria si ésta fuera “irrazonable”.

Sin embargo, en estos sistemas la división desigual se considera una excepción aplicable principalmente a los matrimonios cortos y también, aunque en menor medida, a aquellos casos en que los bienes fueron adquiridos antes del matrimonio o por donación o herencia durante su vigencia. Además, incluso los bienes que son propiedad personal/separada de los cónyuges (por ejemplo, por contrato matrimonial) pueden ser tomados en cuenta en el sentido de que el juez, bajo determinadas circunstancias²², tiene poder para reasignar la propiedad personal de los cónyuges.

²⁰ Sobre acuerdos matrimoniales en los países nórdicos *ibid.* JÄNTERÄ-JAREBORG y SCHERPE (2005, pp. 220-233).

²¹ Cf. AGELL (2003, pp. 376-393) y SCHERPE (2005, pp. 214-219); ANDERSEN y DANIELSEN (2009).

²² Aunque éstas son definidas de forma distinta en cada ordenamiento jurídico, no hacerlo sería extremadamente injusto.

Desde las últimas reformas de 1991, Noruega formula un planteamiento ligeramente distinto. Cada cónyuge tiene derecho a excluir los bienes pre-matrimoniales (y las donaciones y herencias recibidas durante el matrimonio) del conjunto del patrimonio matrimonial. La carga de la prueba de que los bienes son pre-matrimoniales, donaciones o herencias recae sobre el cónyuge que afirma este derecho de exclusión. Ello también se aplica a los bienes adquiridos durante el matrimonio pero en sustitución de bienes propios (subrogación). Consecuentemente, estos bienes o titularidades quedarán excluidos de la división igualitaria a menos que el otro cónyuge manifieste que ello es injusto. Procesalmente, la carga de justificar que dichos bienes deben ser repartidos recae sobre el cónyuge que pretende dicha división. En comparación con los demás países nórdicos, la carga de la prueba queda efectivamente invertida.

Indexación e incrementos de valor: Dado que el régimen económico matrimonial es de comunidad diferida, las cuestiones acerca de la indexación y los aumentos de valor son de importancia mucho más limitada que, por ejemplo, en Alemania. Sin embargo, la problemática puede surgir respecto de los bienes privativos o de aquellos que el juez decida excluir de la comunidad. Si algunos bienes específicos son excluidos (por ejemplo, una casa de verano comprada antes del matrimonio), probablemente no habrá problema mientras dicha exclusión pueda hacerse sobre la totalidad del bien. Consecuentemente, la cuestión de la indexación, o la toma en consideración de la inflación, será solo relevante si el bien en cuestión se hubiere mezclado con activos comunes (por ejemplo, dinero propiedad de un cónyuge en el momento de celebración del matrimonio que después se halla en una cuenta corriente conjunta). En este caso, uno podría intentar identificar los bienes subrogados para excluirlos de la participación. Si dicha identificación no fuera posible, es muy probable que los bienes vayan a quedar incluidos en la operación de reparto. En cualquier caso, los aumentos en el valor de las inversiones en bienes comunes no parecen considerarse y, probablemente, se compartirán. La indexación no se discute en este contexto.

2.2. Ordenamientos jurídicos con régimen de comunidad

La comunidad de ganancias es el régimen económico matrimonial legal supletorio de la mayoría de ordenamientos jurídicos de Europa, y especialmente de los de tradición romana y de los del este europeo²³.

Planteamiento básico: La comunidad de ganancias es, esencialmente, una comunidad limitada: todo lo que se adquiere durante el matrimonio (excepto por donación y herencia) se convierte en propiedad común. Lo demás es considerado como propiedad separada/personal de cada cónyuge. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de comunidad, los rendimientos derivados del patrimonio separado/personal también se convierten en propiedad común. En los ordenamientos en que no se produce este efecto, se aduce como justificación que tales

²³ En Europa, solamente en los Países Bajos opera como régimen legal supletorio un sistema de comunidad universal, en el sentido de que a partir del momento del matrimonio todos los bienes de las partes pasan a ser de propiedad común. Como era de esperar, los contratos sobre régimen económico son muy comunes en los Países Bajos. *Vid.* BOELE-WOELKI y BRAAT (2012, p. 229).

rendimientos no pueden ser considerados como "frutos del trabajo conjunto", por lo que no deben ser compartidos.

En un matrimonio sujeto a un régimen de comunidad de ganancias, hay tres grupos de bienes: los comunes y los privativos de cada cónyuge. En caso de divorcio solamente los bienes comunes deben ser compartidos, manteniendo los cónyuges sus bienes privativos. Antes de que los bienes comunes sean divididos, hay que liquidar las deudas entre los patrimonios privativos y el común. Por ejemplo, si la esposa pagó un techo nuevo para la casa (que resulta ser de propiedad común) con sus bienes privativos, se le deberá devolver el dinero con cargo a los bienes comunes antes de que éstos sean divididos. Hay diferencias entre ordenamientos jurídicos respecto al cálculo de estas deudas (*vid. el apartado "indexación e incrementos de valor" siguiente*).

Indexación e incrementos de valor: En los regímenes de comunidad la cuestión de la indexación/aumento de valor no se plantea para los bienes no matrimoniales puesto que éstos quedan excluidos del reparto. No se consideran adquiridos por "trabajo conjunto" y, por tanto, no deben ser compartidos.

Sin embargo, en teoría podría plantearse la cuestión de la indexación cuando los bienes privativos se mezclan con los comunes. Sin embargo, aún en esta situación, no se practica la indexación sino que se calculan los pagos de/a los bienes comunes antes de su reparto. Supongamos, por ejemplo, que la esposa paga 50.000 euros a cargo de sus bienes privativos para comprar una casa cuyo precio es de 500.000 euros. En el momento del divorcio, el valor de la casa es de 600.000 euros. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos con régimen de comunidad, el valor que se sustraerá del patrimonio común y que se restituirá a su patrimonio privativo será el nominal, es decir, los 50.000 euros que invirtió en la operación. De este modo no se lleva a cabo ningún tipo de indexación u operación equivalente. Sin embargo, algunos ordenamientos (incluyendo Francia y Bélgica) incluirían el aumento de valor de los bienes en los que ese dinero fue invertido. Por lo tanto, siguiendo con el ejemplo anterior, el aumento de un 20% del valor de la casa también se aplicaría a la inversión de la mujer²⁴, y su pretensión de reembolso respecto del patrimonio común antes de la división debería ser por valor de 60.000 euros. En este sentido hay una cierta "indexación" respecto de aquellas partes del patrimonio privativo que fueron incorporados en el patrimonio común.

²⁴ Es necesario repetir que éste no es un tema de *legal ownership* o de *beneficial ownership* dado que los ordenamientos jurídicos civiles de Europa no distinguen entre una y otra categoría.

3. *Planteamiento acerca de los bienes privativos en otros ordenamientos jurídicos del Common law y en Escocia*

3.1. Nueva Zelanda: bienes pertenecientes a la pareja (*relationship property*)

En Nueva Zelanda, el régimen legal supletorio no solamente se aplica a los matrimonios sino también a las uniones civiles e incluso -bajo determinadas condiciones- a las relaciones puramente fácticas (la ley habla de *relationship property*, esto es, de bienes pertenecientes a la pareja)²⁵. La sección 8 (1) de la *Property (Relationships) Act 1976* define estos bienes del siguiente modo:

'Relationship property shall consist of:

- (a) the family home whenever acquired; and
- (b) the family chattels whenever acquired; and
- (c) all property owned jointly or in common in equal shares by the husband and the wife or by the partners; and
- (d) all property owned by either spouse or partner immediately before their marriage, civil union, or de facto relationship began, if:
 - (i) the property was acquired in contemplation of the marriage, civil union, or de facto relationship; and
 - (ii) the property was intended for the common use or common benefit of both spouses or partners; and
- ...
- (g) the proportion of the value of any life insurance policy (as defined in section 2), or of the proceeds of such a policy, that is attributable to the marriage, civil union, or de facto relationship; and
- (h) any policy of insurance in respect of any property described in paragraphs (a) to (ee); and
- (i) the proportion of the value of any superannuation scheme entitlements (as defined in section 2) that is attributable to the marriage, civil union, or de facto relationship; and
- (j) all other property that is relationship property under an agreement made under Part 6; and
- (k) any other property that is relationship property by virtue of any other provision of this Act or by virtue of any other Act; and
- (l) any income and gains derived from, the proceeds of any disposition of, and any increase in the value of, any property described in paragraphs (a) to (k).'

Los bienes de la pareja en caso de matrimonio comprenden, por tanto, lo que aproximadamente puede llamarse *marital acquest* (bienes adquiridos durante el matrimonio, incluidos los derechos de pensión) y también todos los bienes que fueron adquiridos *antes* del matrimonio en beneficio de la familia, así como la vivienda familiar y el ajuar doméstico, con independencia del momento de su adquisición. Todos los demás bienes que no constituyen *relationship property* y que no se han mezclado con los bienes de la pareja permanecen como bienes privativos de cada cónyuge o compañero.

²⁵ Para una información más amplia sobre este punto *vid.* BRIGGS (2012, p. 256).

La norma básica dice que todo aquello que pertenece a la pareja tiene que dividirse en partes iguales en caso de divorcio, pero no los bienes privativos de cada parte²⁶, salvo que deba aplicarse alguna de las muy limitadas excepciones legales, como la corta duración del matrimonio o la concurrencia de circunstancias que hagan que la división en partes iguales se pueda considerar injusta²⁷.

Es importante tener en cuenta que, además de la división de los bienes de la pareja, los tribunales tienen la facultad discrecional de atribuir una prestación adicional con carácter compensatorio si es previsible que, después de la división, los ingresos y el nivel de vida de un miembro de la pareja serán significativamente más altos que los de la otra parte debido a la división de las funciones dentro de la relación²⁸. Esto se aplica, por ejemplo, si un cónyuge ha abandonado su carrera profesional para cuidar de los hijos. Sin embargo, parece que los tribunales de Nueva Zelanda han sido bastante prudentes a la hora de utilizar esta potestad discrecional. Una de las razones puede ser la facultad que los mismos tribunales también tienen para atribuir compensaciones post-matrimoniales atendiendo a las “razonables necesidades” del otro cónyuge. La ley no contiene ninguna disposición aclaratoria sobre la compatibilidad entre las prestaciones compensatorias y de mantenimiento. Aparentemente no se han efectuado pronunciamientos judiciales sobre este punto²⁹.

La cuestión del aumento de valor y la indexación no se plantea en Nueva Zelanda. Si los bienes tienen carácter privativo (esto es, no son *relationship property*) no serán compartidos y, por lo tanto, no habrá cuestiones de incremento de valor³⁰. Si los bienes pertenecen a la pareja (incluyendo los bienes privativos que se han “mezclado” con bienes de aquella índole), éstos deberán compartirse independientemente del incremento de valor.³¹

3.2. Singapur: bienes matrimoniales

En Singapur, como en Inglaterra y Gales, la finalidad fundamental de las medidas económicas post-divorcio es lograr un “resultado justo y equitativo”. Sin embargo, hay una disposición legal expresa en la legislación de referencia (llamada por razones históricas *Women's Charter*)³² que

²⁶ *Property (Relationships) Act 1976*, sección 11(1). Cf. BRIGGS (*ibid*, pp. 260-263).

²⁷ *Ibid*, secciones 13, 14.

²⁸ *Ibid*, sección 15.

²⁹ *Vid. BRIGGS* (2012, pp. 263-267).

³⁰ *Property (Relationships) Act 1976*, sección 9.

³¹ *Ibid*, sección 8(1)(l).

³² Para una información más amplia sobre las consecuencias económicas del divorcio en Singapur *vid. LEONG* (2012, p. 311).

regula qué bienes tienen que ser compartidos. La sección 112 (1) de *Women's Charter* otorga a los tribunales la facultad de reasignar "bienes matrimoniales" en caso de divorcio, y la sección 112(10) define dichos bienes del modo siguiente:

'For the purposes of this section, "matrimonial asset" means:

- (a) any asset acquired before the marriage by one party or both parties to the marriage:
 - (i) ordinarily used or enjoyed by both parties or one or more of their children while the parties are residing together for shelter or transportation or for household, education, recreational, social or aesthetic purposes; or
 - (ii) which has been substantially improved during the marriage by the other party or by both parties to the marriage; and
- (b) any other asset of any nature acquired during the marriage by one party or both parties to the marriage, but does not include any asset (not being a matrimonial home) that has been acquired by one party at any time by gift or inheritance and that has not been substantially improved during the marriage by the other party or by both parties to the marriage.'

Consiguentemente, los bienes no matrimoniales que no estén relacionados en modo alguno con la familia no se compartirán, independientemente de lo substanciales y significativos que sean. Sin embargo, si se han mezclado serán considerados bienes matrimoniales y sí deberán ser compartidos. Los argumentos basados en la naturaleza no matrimonial de estos bienes solo podrían plantearse en relación con la división discrecional de los bienes matrimoniales, aduciendo que no sería "justo y equitativo" desconocer el origen de los bienes. Podría haber una expectativa fundada de que, por lo menos hasta cierto punto, estos argumentos tuvieran éxito.

Dado que los bienes se clasifican de un modo claro, la indexación o los aumentos de valor no juegan un papel muy relevante en Singapur, aunque la ley, en teoría, permitiría plantearlo.

3.3. Escocia: bienes matrimoniales

Escocia no es, por supuesto, un ordenamiento jurídico del *common law*. No obstante, el enfoque adoptado en este país justifica incluir a Escocia en esta parte del trabajo y no en el punto 2.

En Escocia los remedios económicos en caso de divorcio en principio son discretionales. Los principios establecidos en la ley pretenden guiar el ejercicio de esta discrecionalidad. La sección 9 de la *Family Law (Scotland) Act 1985* es la primera y, sin duda, la más importante y utilizada en relación con los bienes matrimoniales³³. Reza lo siguiente:

'9 Principles to be applied:

- (1) The principles which the court shall apply in deciding what order for financial provision, if any, to make are that :

³³ *Vid.* NORRIE (2012, p. 289 y pp. 293-294).

- (a) the net value of the matrimonial property should be shared fairly between the parties to the marriage or as the case may be the net value of the partnership property should be so shared between the partners in the civil partnership;
- (b) fair account should be taken of any economic advantage derived by either person from contributions by the other, and of any economic disadvantage suffered by either person in the interests of the other person or of the family;
- (c) any economic burden of caring, should be shared fairly between the persons:
 - (i) after divorce, for a child of the marriage under the age of 16 years;
 - (ii) after dissolution of the civil partnership, for a child under that age who has been accepted by both partners as a child of the family or in respect of whom they are, by virtue of sections 33 and 42 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, the parents.
- (d) a person who has been dependent to a substantial degree on the financial support of the other person should be awarded such financial provision as is reasonable to enable him to adjust, over a period of not more than three years from:
 - (i) the date of the decree of divorce, to the loss of that support on divorce;
 - (ii) the date of the decree of dissolution of the civil partnership, to the loss of that support on dissolution.
- (e) a person who at the time of the divorce or of the dissolution of the civil partnership, seems likely to suffer serious financial hardship as a result of the divorce or dissolution should be awarded such financial provision as is reasonable to relieve him of hardship over a reasonable period.'

La sección 10 de la *Family Law (Scotland) Act 1985* trata específicamente del reparto de los bienes matrimoniales -definidos en la sección 10 (4)- y estableciendo en la sección 10 (1) la presunción de que el reparto igualitario de este patrimonio es justo:

‘10 Sharing of value of matrimonial property:

- (1) In applying the principle set out in section 9(1)(a) of this Act, the net value of the matrimonial property or partnership property shall be taken to be shared fairly between persons when it is shared equally or in such other proportions as are justified by special circumstances.
- ...
- (4) Subject to subsections (5) and (5A) below, in this section and in section 11 of this Act “the matrimonial property” means all the property belonging to the parties or either of them at the relevant date which was acquired by them or him (otherwise than by way of gift or succession from a third party):
 - (a) before the marriage for use by them as a family home or as furniture or plenishings for such home; or
 - (b) during the marriage but before the relevant date.
- ...
- (5) The proportion of any rights or interests of either person –
 - (a) under a life policy or similar arrangement; and
 - (b) in any benefits under a pension arrangement which either person has or may have (including such benefits payable in respect of the death of either person),
 which is referable to the period to which subsection (4)(b) or (4A)(b) above refers shall be taken to form part of the matrimonial property or partnership property.
- ...
- (6) In subsection (1) above “special circumstances”, without prejudice to the generality of the words, may include:
 - (a) the terms of any agreement between the persons on the ownership or division of any of the matrimonial property or partnership property;

- (b) the source of the funds or assets used to acquire any of the matrimonial property or partnership property where those funds or assets were not derived from the income or efforts of the persons during the marriage or partnership;
- (c) any destruction, dissipation or alienation of property by either person;
- (d) the nature of the family property or partnership property, the use made of it (including use for business purposes or as a family home) and the extent to which it is reasonable to expect it to be realised or divided or used as security;
- (e) the actual or prospective liability for any expenses of valuation or transfer of property in connection with the divorce or the dissolution of the civil partnership.'

Así, los bienes matrimoniales a repartir comprenden lo que podemos describir como *marital acquest*³⁴. No se incluyen los bienes pre-matrimoniales (o los bienes adquiridos durante el matrimonio por vía de donación o herencia) a menos que estos bienes sean la vivienda familiar o el ajuar doméstico usado por la propia familia. Además de esta regla de reparto, el juez también tiene una facultad discrecional para atribuir prestaciones compensatorias con el fin de garantizar una "toma en consideración" de "cualquier ventaja patrimonial derivada de las contribuciones – económicas o de otro tipo- realizadas por uno de los cónyuges, o cualquier desventaja patrimonial sufrida también por cualquiera de las partes en interés de la otra o de la familia".

Igual que en Nueva Zelanda y Singapur, en Escocia no se plantean problemas de indexación y valoración dada la clara distinción entre el patrimonio conyugal y las otras clases de bienes. Son temas que no se discuten.

4. Breve comparación

Bienes no matrimoniales y su reparto: El resultado de esta (limitada) visión comparativa es sorprendentemente claro: todos los sistemas examinados dan un trato especial a los bienes no matrimoniales y, en vía de principio, en caso de divorcio no tienen que ser compartidos. Es interesante ver que esto es cierto incluso en los sistemas examinados del *common law*, que supuestamente tienen más en común con Inglaterra y Gales que con Europa continental. La política jurídica subyacente es que los bienes realmente no son parte del matrimonio como tal; no fueron adquiridos por el esfuerzo común y tampoco son "fruto del trabajo conjunto". Por consiguiente, no deberían compartirse en caso de divorcio.

Otra cuestión interesante a observar desde una perspectiva inglesa es que en los ordenamientos jurídicos del *common law* que hemos visto (pero también en Escocia y, en cierta medida, en los países nórdicos), los bienes no matrimonial pueden "llegar a ser" bienes matrimoniales y, por tanto, quedar sujetos a reparto dependiendo del modo en que fueron utilizados durante el matrimonio. Esta "conversión" de bienes no matrimoniales en matrimoniales tiene lugar cuando aquellos se "mezclan" o son utilizados como bienes conyugales/familiares, por ejemplo, la vivienda familiar. Este planteamiento sintoniza con el discurso de Lord Nicholls en *White v.*

³⁴ *Ibid*, NORRIE (pp. 293-295).

*White*³⁵ y con el de la Baronesa Hale y Lord Nicholls en *Miller v. Miller; Mc McFarlane v. McFarlane*³⁶; en particular, respecto a la cuestión de que las diferencias entre estos dos grupos de bienes pueden ser menos importantes conforme va pasando el tiempo³⁷.

Por otra parte, a pesar de que los bienes privativos no estén sujetos a reparto, en algunos sistemas pueden quedar sujetos a pretensiones basadas en razones de necesidad o de compensación. Es necesario repetir aquí que en los ordenamientos jurídicos de Europa continental, las medidas económicas a tomar en caso de divorcio no se limitan a la liquidación del régimen económico matrimonial, sino que hay que tener en cuenta los demás “pilares”.

Indexación e incrementos de valor: La cuestión de la indexación/incrementos de valor de los bienes no matrimoniales es opinable cuando no son compartidos. En muchos ordenamientos no llegan a plantearse. Sin embargo, la principal conclusión de este trabajo comparativo *no* es que el aumento de valor de los bienes no matrimoniales y la inflación se ignoren. Si se dejan de lado es porque el propio bien -si se califica como propiedad no matrimonial- en general queda excluido del ejercicio de reparto.

El régimen económico matrimonial alemán presenta alguna diferencia, ya que no excluye a los bienes como tales sino únicamente su valor en el momento del matrimonio. Por tanto, aquí la indexación es crucial para calcular la ganancia “real” obtenida. El sistema alemán, como muchos de los ordenamientos jurídicos considerados en este trabajo, se basa en la idea de que solamente los “frutos del trabajo conjunto” deben ser compartidos. Sería contrario a este principio que no se pudiera ponderar un aumento de valor derivado solo de la inflación.

5. ¿Distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales en Inglaterra y Gales?

Las consecuencias económicas del divorcio en Inglaterra y Gales, recogidas en la segunda parte de la *Matrimonial Causes Act 1973*, son en gran medida discretionales. El principio general es lograr la igualdad, a pesar de éste sea un término bastante vago. En este sentido, la sección 25 de la Ley no contribuye demasiado a la seguridad jurídica. No existe una definición de bienes privativos en una forma o modalidad concretas, aunque la “procedencia de los bienes” puede ser tomada en cuenta como “uno de los elementos del caso”. Como Lord Nicholls dejó claro en el trascendental caso *White v. White*³⁸ (después de considerar que la legislación de Escocia y Nueva Zelanda distingue entre propiedad matrimonial y no matrimonial)³⁹:

³⁵ [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981.

³⁶ [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, [2006] 1 FLR 1186.

³⁷ En par. [22]–[24], [124], [148] y [152] en *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane* y p. 611 en *White v. White*.

³⁸ [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981.

³⁹ [2001] 1 AC 596, en p. 610/994E-G, [2000] 2 FLR 981.

'This distinction is a recognition of the view, widely but not universally held, that property owned by one spouse before the marriage, and inherited property whenever acquired, stand on a different footing from what may be loosely called matrimonial property. According to this view, on a breakdown of the marriage these two classes of property should not necessarily be treated in the same way. Property acquired before marriage and inherited property acquired during marriage come from a source wholly external to the marriage. In fairness, where this property still exists, the spouse to whom it was given should be allowed to keep it. Conversely, the other spouse has a weaker claim to such property than he or she may have regarding matrimonial property.'

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

Aunque esta sentencia confirmó la primacía de las necesidades de los cónyuges (*needs*), también abrió la puerta al trato diferenciado entre bienes matrimoniales y privativos, si bien dejó el refinamiento técnico de la distinción para las decisiones futuras.

En la sentencia *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane*⁴⁰ -relativa a las consecuencias económicas del divorcio- se identificó la necesidad, la compensación y el reparto (*needs, compensation and sharing*) como los tres elementos a tener en cuenta para resolver un caso con justicia⁴¹. En sus discursos, tanto la Baronesa Hale como Lord Nicholls clasificaron los bienes en dos grupos, sin perjuicio de que en los detalles de la categorización hubiese (o en todo caso lo pareciera) algunas diferencias. Ambos estuvieron de acuerdo en que tanto aquellos bienes adquiridos antes del matrimonio como aquellos adquiridos durante el matrimonio a través de donación o herencia podían (o debían) ser tratados distintamente a los otros en lo relativo a su reparto en caso de divorcio, sin perjuicio de que la vivienda familiar siempre tuviera que ser compartida. Esto está en consonancia con los sistemas analizados en el apartado "Planteamiento acerca de los bienes privativos en otros ordenamientos jurídicos del *Common law* y en Escocia"⁴². En el mismo sentido, la distinción sobre los bienes/donaciones/herencias pre-matrimoniales también puede hallarse

⁴⁰ [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, [2006] 1 FLR 1186.

⁴¹ Cf. *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, [2006] 1 FLR 1186; *White v. White* [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981.

⁴² Pero también, por ejemplo, en Austria, cf. FERRARI (2012, p. 51). También es importante destacar que en muchos sistemas la cuestión de la vivienda no aflora gracias al contexto social o gracias a que es posible una asignación preferente del uso de la vivienda familiar. *Vid.* para el caso de Alemania las secciones 1568a, 1568b BGB (Código civil alemán); sobre esto *vid.* DUTTA (2012, pp. 165-166), y para el caso de España y Cataluña, el art 96 del Código Civil y el art 220-20.2 y 3 del Codi civil de Catalunya; sobre esto *vid.* FERRER-RIBA (2012, pp. 355-356). *Vid.* también MILES y SCHERPE (2011, p. 428) y COOKE, BARLOW y CALLUS (2006, p. 28).

en los sistemas analizados en apartados anteriores. Las razones de política jurídica que distinguen entre ambos grupos de bienes son similares a las usadas en otros ordenamientos y también a las usadas por Lord Nicholls en la cita de *White* expuesta anteriormente. En *Miller/McFarlane*, donde se observa el matrimonio desde un punto de vista moderno, hay un total de nueve referencias a los “frutos” del matrimonio/relación matrimonial/trabajos de la pareja⁴³, y tres a los esfuerzos conjuntos/comunes de los cónyuges⁴⁴.

La jurisprudencia de Inglaterra y Gales ha distinguido entre propiedad matrimonial y privativa de los cónyuges⁴⁵. Que esta distinción se está aplicando es un hecho, sobre todo si tenemos en cuenta algunas sentencias de acuerdo con las cuales los bienes privativos no son repartidos por igual (o no exactamente por igual)⁴⁶. Como ha señalado WILSON LJ en *K v L*, hasta ahora no hay una sola “sentencia en la que los bienes hayan sido considerados totalmente privativos o en la que –en virtud del principio del reparto- el demandante haya obtenido una prestación por encima de sus necesidades (*needs*)”⁴⁷.

Dicho esto, varios jueces han propuesto dos planteamientos técnicos sobre los bienes conyugales que parecen diferir entre ellos. Según *Chandler*⁴⁸, se pueden identificar “dos escuelas de pensamiento” en relación con el principio de reparto: el “*guru*” y el “*boffin*”⁴⁹.

El primer planteamiento (*guru*) es considerado como “más convencional” puesto que se opone a limitar la discrecionalidad del juez e insiste en que la naturaleza de los conflictos del Derecho de

⁴³ En par. [17], [19], [20], [21], [85], [141], [149] y [154] (dos veces).

⁴⁴ En par. [22], [91] y [143].

⁴⁵ La terminología de Lord Nichols parece haber sido seguida por la siguiente jurisprudencia: *K v. L (Non-Matrimonial Property: Special Contribution)* [2011] EWCA Civ 550, [2011] 2 FLR 980; *AR v. AR (Treatment of Inherited Wealth)* [2011] EWHC 2717 (Fam), [2012] 2 FLR 1; *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam), [2011] 2 FLR 533; *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41, [2011] 1 FLR 1723.

⁴⁶ *B v. B (Ancillary Relief)* [2008] EWCA Civ 543; *McCartney v. Mills McCartney* [2008] EWHC 401 (Fam), [2008] 1 FLR 1508; *AR v. AR (Treatment of Inherited Wealth)* [2011] EWHC 2717 (Fam), [2012] 2 FLR 1; *Robson v. Robson* [2010] EWCA Civ 1171, [2011] 1 FLR 751; *K v. L (Non-Matrimonial Property: Special Contribution)* [2011] EWCA Civ 550, [2011] 2 FLR 980; *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam), [2011] 2 FLR 533; *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41, [2011] 1 FLR 1723; *S v. AG (Financial Orders: Lottery Prize)* [2011] EWHC 2637 (Fam), [2012] 1 FLR 651.

⁴⁷ [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981, en par. [22].

⁴⁸ *Vid. el excelente sumario y análisis realizado por CHANDLER (2012).*

⁴⁹ En inglés éste término de uso coloquial puede traducirse al castellano como “científico” o “investigador”.

familia impide fijar unos principios susceptibles de aplicarse en todos los casos por igual⁵⁰. El otro planteamiento (*boffin*) aboga por la reducción de la discrecionalidad judicial basándose en la distinción entre propiedad matrimonial y no matrimonial. Consiguientemente, la última no debería sujetarse al reparto entre cónyuges a menos que determinadas nociones de justicia o particulares necesidades económicas de uno de los miembros de la pareja exigieran lo contrario⁵¹. En cualquier caso, independientemente de las diferencias entre enfoques, es evidente que ambas posiciones hacen uso de la distinción entre propiedad matrimonial y no matrimonial, con lo cual esta diferenciación puede considerarse consolidada en el derecho inglés. En este sentido, parece que los ordenamientos de Inglaterra y Gales han evolucionado para hacerse cada vez más cercanos a los de Europa continental, Escocia y a los de muchos otros sistemas del *common law* y *civil law*.

6. Mirando hacia atrás: la “pilarización” de la “ancillary relief” y de los bienes privativos

A pesar de no estar claro cuál de los dos planteamientos prevalecerá⁵², el escritor de este artículo apuesta por el sistema *boffin* y también vaticina su éxito. Hay buenas razones para ello. Como ha señalado MOSTYN J. en una reciente sentencia sobre *ancillary relief* y bienes privativos, la “discrecionalidad judicial debe ejercerse de modo uniforme y predecible”⁵³, promoviendo la mayor seguridad jurídica posible. Se espera que eso permita a las partes y a sus abogados negociar sus contratos con mayor confianza, hecho que reverte en una menor litigiosidad y en un descenso de los costes judiciales. Además, incluso los “*gurus*” reconocen que “cuando los bienes se adquieren antes del matrimonio, por herencia o, simplemente, provienen de fuentes ajenas al matrimonio, el cónyuge a quien el bien se ha dado está legitimado para conservarlo”⁵⁴. En la

⁵⁰ Por ejemplo, WARD y HUGHES LLJ en *B v. B (Ancillary Relief)* [2008] EWCA Civ 543, y *Robson v. Robson* [2010] EWCA Civ 1171, [2011] 1 FLR 751 (con acuerdo de PATTEN LJ) y MOYLAN J en *AR v. AR (Treatment of Inherited Wealth)* [2011] EWHC 2717 (Fam), [2012] 2 FLR 1.

⁵¹ Por ejemplo, WILSON LJ en *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41, [2011] 1 FLR 1723 y *K v. L (Non-Matrimonial Property: Special Contribution)* [2011] EWCA Civ 550, [2011] 2 FLR 980; MOSTYN J en *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam), [2011] 2 FLR 533 y *S v. AG (Financial Orders: Lottery Prize)* [2011] EWHC 2637 (Fam), [2012] 1 FLR 651 y también D SALTER (sitting as a Deputy Judge of the High Court) en *B v. B (Assessment of Assets: Pre-Marital Property)* [2012] EWHC 314 (Fam).

⁵² Aunque debe notarse que uno de los “*boffins*” fue nombrado para la *Supreme Court*.

⁵³ *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam), [2011] 2 FLR 533, en par. [8].

⁵⁴ WARD LJ en *Robson v. Robson* [2010] EWCA Civ 1171, [2011] 1 FLR 751, en par. [43], aunque es cierta esta afirmación, cuanto más tiempo se ha disfrutado la riqueza, menos justo es que ésta quede excluida de la distribución, de tal suerte que no permita satisfacer las necesidades económicas del reclamante generadas por la relación. Sin embargo, hay que destacar que la calificación expresa solamente parece aplicable al caso en que la propiedad no esté disponible para cubrir las necesidades generadas por la relación, cosa que es similar al punto de vista “*boffin*”.

mayoría de los otros sistemas esto está recogido en la ley y se considera "justo" que los bienes totalmente ajenos al matrimonio no sean compartidos. Es difícil entender por qué la justicia de Inglaterra y Gales debe ser diferente. Como se ha explicado con anterioridad, el enfoque "*boffin*" está, además, mucho más acorde con los avances legislativos que se han producido en los sistemas occidentales del *civil law* y en los del *common law*⁵⁵

Asimismo, la decisión de la *Supreme Court* en el caso *Radmacher v. Granatino*⁵⁶ ha supuesto un avance hacia un sistema basado en la división de los bienes tras el divorcio. Como se ha señalado anteriormente, los sistemas de Europa continental⁵⁷ normalmente siguen un sistema de "pilares" en lo relativo a los remedios económicos en caso de divorcio, con demandas/remedios separados de aquellos que derivan del régimen económico matrimonial, el cual es solamente un pilar. Por el contrario, Inglaterra y Gales tradicionalmente han adoptado un enfoque "holístico" o "de un solo paquete". Con la reciente sentencia de la *Supreme Court* en el caso *Radmacher v Granatino* (sobre la eficacia de los contratos matrimoniales) en Inglaterra y Gales ha surgido un enfoque "pilarizado" que aborda las consecuencias económicas del divorcio.

La sentencia de *Radmacher v Granatino* además indica que a los contratos matrimoniales debe aplicárseles el siguiente test:

'(...) court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement.'⁵⁸

Por otro lado, la *Supreme Court* señaló que, de las tres líneas de fundamentación del ideal de justicia identificados en *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane*, estos son, necesidades (*needs*), compensación (*compensation*) y reparto (*sharing*), normalmente se tomará como justo un contrato matrimonial que establezca una desviación en la distribución igualitaria de los bienes, si bien la autoridad judicial difícilmente calificará como válido un acuerdo conforme al cual se alteren los

⁵⁵ Cf. también SCHERPE (2012, pp. 473–483) y SCHERPE (2012, pp. 136–146).

⁵⁶ [2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900. *Vid.* también las notas del caso de MILES (2011, p. 431) y SCHERPE (2011, p. 513).

⁵⁷ Y, ciertamente, también los instrumentos de derecho privado internacional de la Unión Europea. *Vid.* la Regulación del Consejo (EC) 4/2009, sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones y cooperación en materias relativas a las obligaciones de mantenimiento [2009] OJ L7/1 y la propuesta para una Regulación del Congreso sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales, COM (2011) 126, y la propuesta para una Regulación del Consejo sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución sobre relaciones que conciernen a las consecuencias patrimoniales de relaciones registradas, COM (2011) 126. Sobre las dificultades emergentes de ello, *vid.* SCHERPE y DUTTA (2010, p. 385).

⁵⁸ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900, en par. [75].

derechos relativos a las necesidades y compensación de los cónyuges⁵⁹. Este planteamiento es muy similar al sistema de “pilares” que sigue Europa continental. Si bien en estos ordenamientos normalmente es posible sellar un pacto de no participación en el reparto de bienes (es decir, su puesta en común a través del régimen económico matrimonial), hay considerables restricciones para excluir los otros “pilares”, donde normalmente tienen más peso las “necesidades” de los cónyuges y sus derechos de “compensación”⁶⁰.

En todo caso, la sentencia *Radmacher* afirma que el reparto de los bienes (matrimoniales) es una parte separada (y renunciable) de los remedios económicos aplicables en caso de divorcio. En *Z v Z (No 2)*⁶¹, MOOR J siguió este criterio, aceptando la exclusión del reparto de los bienes, estipulada en el contrato matrimonial (francés) celebrado por los cónyuges con anterioridad a la ruptura, y dictando una sentencia solamente basada en las necesidades -aunque generosas- de las partes. De modo similar, CHARLES J aceptó, en *V v V*⁶², que los bienes pre-matrimoniales del marido no fueran compartidos puesto que así se había acordado expresamente por las partes en un contrato pre-matrimonial⁶³.

Si, como hemos visto, es posible separar las tres líneas de fundamentación del ideal de justicia mediante la existencia de un contrato matrimonial, debería ser igualmente posible separar el reparto entre bienes matrimoniales y privativos aún sin existir contrato de esta clase. Esto lleva a la conclusión de que el sistema inglés de la *ancillary relief* se ha ido “pilarizado” progresivamente⁶⁴. Es evidente que el sistema continental por “pilares” entraña remedios económicos separados y diferentes del sistema de “pilares” inglés, basado en las necesidades, la compensación y el reparto. No obstante, dicho reparto -que es “pilar” básico del régimen económico matrimonial en muchos ordenamientos jurídicos del continente- se asemeja al del resto de sistemas europeos, siendo en gran medida renunciable como remedio económico del divorcio.

⁵⁹ *Ibid*, en par. [81], [82].

⁶⁰ *Vid. SCHERPE* (2012, pp. 501-511).

⁶¹ [2011] EWHC 2878 (Fam), [2012] 1 FLR 1100.

⁶² [2011] EWHC 3230 (Fam), [2012] 1 FLR 1315 resuelto en fecha de 21.12.2011. Sobre este caso, *vid.* también MURRAY (2012, p. 417).

⁶³ Los otros casos recientes sobre acuerdos matrimoniales son: *GS v. L* [2011] EWHC 1759, [2013] 1 FLR 300 *Kremen v. Agrest (Financial Remedy: Non-Disclosure: Post-Nuptial Agreement)* [2012] EWHC 45, [2012] 2 FLR 414 y *B v. S (Financial Remedy: Marital Property Regime)* [2012] EWHC 265 (Fam), [2012] 2 FLR 502. Se puede distinguir en cada uno de ellos que el acuerdo matrimonial fue fallido debido a las circunstancias bajo las cuales el acuerdo fue concluido.

⁶⁴ Esta idea ya fue avanzada por *SCHERPE* (2012, pp. 139-146).

La distinción cada vez más importante entre propiedad matrimonial y no matrimonial⁶⁵, implica que la clasificación de los bienes debe hacerse en "la etapa de cálculo"⁶⁶, y que el reparto debe ser el punto de partida de los remedios económicos (a menos que los bienes disponibles [o más bien su falta] apunten a un caso de necesidad, lo que haría inútil la clasificación). Consiguientemente, puede sostenerse que el sistema inglés avanza hacia el siguiente enfoque en relación con la división de los bienes en caso de divorcio⁶⁷:

- *Los bienes conyugales* son compartidos en caso de divorcio a menos que consideraciones de justicia exijan otra cosa. Éstas pueden tener en cuenta la (corta) duración del matrimonio y las contribuciones "extraordinarias" de uno de los cónyuges.
- *Los bienes no matrimoniales* no son compartidos a menos que consideraciones de justicia exijan otra cosa. Estas consideraciones pueden incluir la duración del matrimonio, las contribuciones realizadas en beneficio del bienestar familiar, particularmente aquellas relacionadas con cuidado -pasado o futuro- de los niños, así como aquellas otras generadoras de ventajas y desventajas entre cónyuges y, más genéricamente, las necesidades (*needs*).

Bajo este planteamiento, y siempre y cuando la justicia y, en particular, la necesidad y compensación lo requieran, el juez podrá dividir discrecionalmente los bienes y, en su caso, otorgar derechos de alimentos a favor del cónyuge más necesitado (*maintenance*). Sin embargo, la carga de la prueba recaerá sobre el cónyuge que pretenda apartarse de los que podría describirse como la "regla de reparto".

Un planteamiento similar se halla en otros sistemas del *common law* e, incluso, en algunos del *civil law*. Por ejemplo Austria⁶⁸, Nueva Zelanda⁶⁹, Escocia⁷⁰, varios ordenamientos de Estados Unidos⁷¹ y Singapur⁷² generalmente dividen los bienes conyugales discrecionalmente. No

⁶⁵ *Vid.* el apartado "¿Distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales en Inglaterra y Gales?" .

⁶⁶ Cf. *Charman v. Charman (No 4)* [2007] EWCA Civ 503, [2007] 1 FLR 1246, y par. [67]. Sobre este caso, *vid.* MILES (2008, p. 378).

⁶⁷ Cf. también a SCHERPE (2012, pp. 481–483) y SCHERPE (2012, pp. 139–145).

⁶⁸ *Vid.* FERRARI (2012, p. 53).

⁶⁹ *Vid.* sobre la legislación sobre el reparto equitativo en Nueva Zelanda (*Property (Relationships) Act 1976*, sección 11 (1); cf. BRIGGS (2012, p. 260).

⁷⁰ *Vid.* NORRIE (*ibid*, p. 293).

⁷¹ *Vid.* en este sentido las presunciones legales de Arkansas y Carolina del Norte (*Arkansas Code Ann* § 9-12-315(a)(1)(A)(2009): "All marital property shall be distributed one-half to each party unless the court finds such a division to be inequitable"; *North Carolina Gen Stat Ann* § 50-20(c)(2009): "There shall be an equal division by

obstante, esta discrecionalidad se basa en la ley y en la jurisprudencia consolidada de los tribunales, la cual ha establecido que la propiedad conyugal debe dividirse igualitariamente siempre que no existan circunstancias especiales, aunque el juez puede decidir lo contrario. Independientemente de que la regla de división de los bienes haya sido establecida legal o jurisprudencialmente, desviarse del reparto igualitario requiere especial justificación en estos sistemas. De forma similar, en los países nórdicos la distribución igualitaria de (todos) los bienes es la norma sin perjuicio de que el juez pueda actuar de modo distinto, especialmente en aquellos casos de breve duración del matrimonio o en aquellos donde los bienes que se han adquirido antes de la celebración del matrimonio o después por donación o herencia. Todos estos sistemas mezclan el mandato que emana de la ley con la discrecionalidad judicial, por lo que podría decirse que abordan los remedios económicos del divorcio mediante una “discrecionalidad basada en la ley”⁷³ (*rule-based discretionary*), enfoque que también parecen ir adoptando progresivamente los ordenamientos jurídicos de Inglaterra y Gales.

7. Tabla de jurisprudencia

Caso	Referencia
<i>White v. White</i>	[2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981
<i>Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane</i>	[2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, [2006] 1 FLR 1186
<i>Charman v. Charman (No 4)</i>	[2007] EWCA Civ 503, [2007] 1 FLR 1246
<i>B v. B</i>	[2008] EWCA Civ 543
<i>McCartney v. Mills McCartney</i>	[2008] EWHC 401 (Fam), [2008] 1 FLR 1508
<i>Radmacher v. Granatino</i>	[2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900
<i>Robson v. Robson</i>	[2010] EWCA Civ 1171, [2011] 1 FLR 751
<i>Radmacher v. Granatino</i>	[2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900
<i>K v. L</i>	[2011] EWCA Civ 550, [2011] 2 FLR 980
<i>AR v. AR</i>	[2011] EWHC 2717 (Fam), [2012] 2 FLR 1
<i>N v. F</i>	[2011] EWHC 586 (Fam), [2011] 2 FLR 533
<i>Jones v. Jones</i>	[2011] EWCA Civ 41, [2011] 1 FLR 1723
<i>S v. AG</i>	[2011] EWHC 2637 (Fam), [2012] 1 FLR 651
<i>Z v. Z (No 2)</i>	[2011] EWHC 2878 (Fam), [2012] 1 FLR 1100
<i>V v. V</i>	[2011] EWHC 3230 (Fam), [2012] 1 FLR 1315

using net value of marital property and net value of divisible property unless the court determines that an equal division is not equitable”. Cf. ELLMAN (2012, p. 407, nota al pie 10).

⁷² Vid. LEONG (2012, p. 316) y LEONG (2007, p. 697).

⁷³ Vid. (2012, pp. 467–473).

8. Bibliografía

- A. AGELL (2003), *Nordisk äktenskapsrätt*, Nordiska Ministerrådet, pp. 376-393.
- M. ANTOKOLSKAIA (2007), *Convergence and Divergence in Family Law in Europe*, Intersentia, Cambridge.
- (2006a), "Family values and the harmonization of family law", en Mavis MACLEAN (Ed.), *Family law and family values*, Hart Publishing, Oxford, pp. 295-310.
- (2006b), *Harmonization of Family Law in Europe -A Historical Perspective*, Intersentia, Cambridge.
- E. BECKER (2011), *Ein europäischer Güterstand? Der deutsch-französische Wahlgüterstand*, ERA Forum (Alemania), pp. 103-118.
- K. BOELE-WOELKI (2011), "Matrimonial Property Law in Europe", en K. BOELE-WOELKI, J. MILES y J M. SCHERPE (Eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge, p. 19.
- y I. CURRY-SUMNER (2009), *European Family Law in Action IV: Property Relations between Spouses*, Intersentia, Cambridge.
- et al. (2003), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Cambridge.
- M. BRAEGER (2010), *Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand*, Forum Familienrecht, núm. 3, pp. 113-115.
- E. COOKE (2009), "The Future for Ancillary Relief", en G. DOUGLAS y N. LOWE (Eds.), *The Continuing Evolution of Family Law*, Family Law Journal, p. 203.
- , A. BARLOW y T. CALLUS (2006), *Community of Property: A regime for England and Wales?*, Nuffield Foundation, Londres.
- N. DETHLOFF (2012), *Der deutsch-französische Wahlgüterstand*, RabelsZ (76), pp. 509-539.
- (2007), *Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur*, Zeitschrift für Europäisches Privatecht (ZEuP), pp. 992-1005.
- M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouse", en K. BOELE-WOELKI, J. MILES y J M. SCHERPE (Eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge, p. 47.

D. MARTINY (2011), *Der deutsch-französische Wahlgüterstand – Ein Beispiel optionaler bilateraler Familienrechtsvereinheitlichung*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), pp. 577–600.

N. MEYER (2010), *Der deutsch-französische Wahlgüterstand*, FamRZ, pp. 612–617.

W. PINTENS (2009), *Ehegüterstände in Europa*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), p. 268.

D. SCHWAB (2010a), *Familienrecht*, 18^a Ed., CH Beck, Munich (Alemania), pp. 134-135 y 141.

--- (2010b), *Handbuch des Scheidungsrechts*, 6^a ed., Vahlen Publishing, Munich (Alemania), pp. 1828-1830.

J. M. SCHERPE (2012), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford.

--- (2012), "Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective", en J. M. SCHERPE (2012), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford.

-- (2012), "Towards a Matrimonial Property Regime in England and Wales?", en R. PROBERT y C. BARLOW (Dirs.), *Fifty years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, Mortsel (Bélgica) y Cambridge (Reino Unido), pp. 139–146.

--- y J. MILES (2011), "The Future of Family Property in Europe", en K. BOELE-WOELKI, J. MILES y J. M. SCHERPE (Eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Mortsel (Bélgica) y Cambridge (Reino Unido), p. 28.

--- y A. DUTTA (2010), "Cross-border enforcement of English ancillary relief orders – Fog in the cannel, Europe cut off?", *Family Law Journal*, p. 385.

--- (2009), "Eigenverantwortung von Frauen und Männern nach einer Ehe in Schweden und England", Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen y Jugend, *Rollenleitbilder und -realitäten in Europa: Rechtliche, ökonomische und kulturelle Dimensionen*, Nomos (Alemania), pp. 201–216.

--- (2005), "Privatautonomie und Familienrecht in den nordischen Ländern", en S. HOFER, D. SCHWAB y D. HENRICH (Dirs.), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im Familienrecht*, Gieseking (Alemania), pp. 209–253

--- y M. JÄNTERÄ-JAREBORG (2005), "Privatautonomie und Familienrecht in den nordischen Ländern", en S. HOFER, D. SCHWAB y D. HENRICH (Dirs.), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im Familienrecht*, Gieseking (Alemania), pp. 220–233.

P. SIMLER (2010), *Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts*, Droit de la famille, nûm. 5, pp. 9-19.

T. KLIPPSTEIN (2011), *Der deutsch-französische Wahlgüterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft*, Familie Partnershaft Recht (FRR), p. 510.

A. VERBEKE, S. CRETNEY *et al.* (1995), "European marital property law", *European Review of Private Law*, p. 445.