LA SEPARACION DE HECHO DE LOS CONYUGES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil

1. Los datos estadísticos que aparecen en los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde se da noticia del número de instrumentos autorizados en los distintos Colegios notariales de España, evidencian que, a partir de 1975, cada vez con mayor intensidad, ha aumentado el número de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en los territorios que tradicionalmente han sido de Derecho común. En los Colegios notariales de Albacete, Burgos, Cáceres, Granada, Las Palmas, Madrid, Oviedo, Sevilla, Valencia y Valladolid se otorgaron en el año 1981 nada menos que 9.886 capitulaciones matrimoniales, frente a las 542 que se otorgaron en el 1974. En cambio, observamos que en los territorios de Derecho foral el número de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el año 1981 es sensiblemente inferior. En los Colegios notariales de Baleares, Barcelona, La Coruña, Bilbao, Pamplona y Zaragoza se otorgaron en dicho año 3.678 capitulaciones matrimoniales¹. La razón del extraordinario aumento de las capitulaciones matrimoniales se encuentra en la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la ley de 2 de mayo de 1975. De una encuesta efectuada por CERDA GIMENO² entre un grupo seleccionado de notarios de Madrid y Valencia se deduce que el ciento por ciento de los otorgamientos consiste en el pacto de separación absoluta de bienes, que sustituye al régimen legal de la sociedad de gananciales. En la mayoría de los casos las capitulaciones matrimoniales son otorgadas por cónyuges que están separados de hecho, por lo que ALBALADEJO³ ha llegado a decir que la revitalización de las capitulaciones postnupciales se debe, más que al deseo de cambiar de régimen económico matrimonial los ya casados que viven un matrimonio normal, a que están viniendo a ser usadas como medio de separar sus bienes e intereses los casados que estando mal avenidos no desean, sin embargo, o al menos no desean todavía (o todavía no pueden), llegar a romper legalmente su unión, divorciándose, ni acudir a los Tribunales para obtener la separación personal.

Algunos autores⁴ consideran que la ley de 7 de julio de 1981, al introducir la posibilidad del divorcio y dar solución a las separaciones de hecho, quizá sea determinante de una disminución también espectacular del número de capítulos postnupciales. Sin embargo, no parece que vaya a decrecer, al menos de forma notable, por tal motivo el número de las capitulaciones matrimoniales, ya que la separación de hecho no tiene por que avocar necesariamente en el divorcio o la separación judicial, y en el caso de que tenga lugar uno u otra, es factible que en el período precedente, que puede ser bastante largo, a la demanda de separación o divorcio los cónyuges traten de solucionar amistosamente determinados pro-

blemas a través de capitulaciones matrimoniales, que, como ha señalado FOSAR⁵, pueden contener incluso pactos que contemplen una determinada manera de liquidar sus consecuencias patrimoniales, incidiendo de esta forma en la futura configuración del contenido del convenio regulador previsto en el artículo 90.

2. Con anterioridad a la reforma del Código Civil por la ley de 2 de mayo de 1975, que autorizó el otorgamiento de capitulaciones durante el matrimonio (artículo 1320), se destacó⁶ la inadecuación de la sociedad de gananciales cuando los cónyuges están separados de hecho y que la transformación de la sociedad de gananciales en régimen de separación de bienes facilitaría la solución extrajudicial de la problemática surgida cuando los cónyuges están separados de hecho. Indudablemente lo mejor que se puede hacer con la sociedad de gananciales, cuando la vida matrimonial ha fracasado y los esposos deciden separarse, sin acudir a los Tribunales, es disolverla. Para comprender esto basta con destacar que con anterioridad a la citada ley el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado se mostraron totalmente contrarios en una primera etapa a la licitud de los pactos de separación declarando su nulidad absoluta por ser contrarios al orden público y la moral (Sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949, 30 de septiembre de 1959 y 20 de febrero de 1960 y Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 30 de noviembre de 1917); tener causa ilícita (Sentencia de 30 de septiembre de 1959); constituir una transacción prohibida (Sentencia de 19 de diciembre de 1932) e ir en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (Sentencia de 19 de diciembre de 1932). Todo esto motivaba que subsistiese la sociedad de gananciales, que era un régimen inadecuado a la situación en que estaban los esposos. En efecto, al separarse de hecho falta el presupuesto fundamental en que se basa la sociedad de gananciales: la comunidad de vida. Sucede entonces que, pese a la separación de hecho, perdura este régimen económico matrimonial, lo cual determina unas consecuencias totalmente insatisfactorias: 1.ª) Se mantiene el régimen de la comunidad de ganancias, aunque al faltar la colaboración entre los cónyuges no se comprende su justificación; 2.ª) Se complica enormemente la administración y disposición de los bienes comunes; 3.ª) Se ve muy comprometida la situación de la mujer, pues el régimen de la sociedad de gananciales le es muy desfavorable en todas las hipótesis en que fracasa la vida conyugal.

Ante este panorama la doctrina trató de remediar en lo posible estas insatisfactorias consecuencias, a pesar de que los cónyuges separados no podían en territorios de Derecho común otorgar capitulaciones matrimo-

niales durante el matrimonio (antiguos artículos 1315 y siguientes) y de esta manera adoptar el régimen de separación de bienes. DE LA CAMARA⁷ llegó a la conclusión de que la separación de hecho, aunque sin fuerza bastante para provocar la disolución de la sociedad de gananciales, tenía empero virtualidad suficiente para justificar la modificación en algún aspecto de sus efectos y consecuencias. Para este autor, una serie de pactos con los cónyuges durante el matrimonio (pactos de separación) no eran necesariamente obstaculizados por el mencionado principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, el orden público, las buenas costumbres, ni su causa era ilícita. Se refirió a los pactos siguientes: a) La concesión de la licencia marital concebida en términos generales e incluso con carácter irrevocable; b) La recuperación de los parafernales entregados⁹; c) Delegación total o parcial a la mujer de las facultades de administración o de disposición que corresponden al marido¹⁰; d) El otorgamiento del consentimiento uxorio del artículo 1413 en términos generales, pero no en forma irrevocable porque el especial fundamento de este precepto, proteger a la mujer, adquiere aún mayor significación en la situación de separación¹¹.

3. La publicación de la ley de 2 de mayo de 1975 tuvo una extraordinaria trascendencia para los cónyuges separados de hecho, ya que a través de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio (artículo 1320) podían establecer el régimen más adecuado a su situación. En la Exposición de Motivos del Proyecto sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de 30 de octubre de 1974, se justificó la conveniencia de los pactos postnupciales en el hecho de que en grandes zonas de nuestro país (en casi todos los territorios forales) han servido de cauce para resolver pacíficamente graves problemas. A nivel doctrinal la reforma no mereció más que alabanzas, ya que, como dijo GULLON¹², vino a reconocer la razón que asistía a la doctrina que había propugnado el abandono del sistema de inmutabilidad por ser contrario en su inflexibilidad a que los matrimonios pudieran adaptar su régimen a las diversas contingencias por las que la relación conyugal puede pasar. Es claro el cauce que se brinda ahora a las separaciones matrimoniales de hecho que viven una situación claudicante. En el Código Civil se estableció una libertad casi absoluta (los únicos límites estaban determinados en el artículo 1316), pudiendo los cónyuges optar entre introducir algunas innovaciones al régimen económico matrimonial vigente, o proceder a su sustitución por otro, sin que la expresión «modificar el régimen económico patrimonial»,

que figuraba en el artículo 1320, constituyese un serio obstáculo para que los cónyuges separados de hecho pudiesen acoger el régimen de separación de bienes, pues la finalidad de la reforma de 2 de mayo de 1975, claramente inspirada en los Derechos forales, como se deduce de la referida Exposición de Motivos, exigía la interpretación amplia de dicha expresión¹³. De esta manera dejaba de regir la sociedad de gananciales, inadecuada por las razones expuestas cuando los cónyuges están separados de hecho. Sin embargo, no se reformó la normativa del Código civil sobre la sociedad de gananciales, lo que determinó que se cuestionase si era posible operar la disolución de la misma en virtud de capitulaciones postnupciales, ya que los artículos 1417 y 1433 no habían sido reformados y por ello, lógicamente, no contemplaban este supuesto. La cuestión tenía una gran trascendencia en nuestro tema, ya que se limitaba mucho la solución adecuada de los problemas derivados de la separación de hecho si no podía producirse la disolución de la sociedad de gananciales, a pesar de acogerse el régimen de separación de bienes. Por razones de indudable coherencia había que entender que era también causa que pone fin y determina la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones postnupciales. No tendría ningún sentido entender que por virtud del artículo 1320 los cónyuges podían estatuir para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, pero sin que ésta pudiera quedar disuelta. Aunque el legislador de 2 de mayo de 1975 no reformó el texto del artículo 1417, había que entenderlo implícitamente modificado en virtud del principio «lex posterior»¹⁴. Tampoco se solucionó adecuadamente el problema de la subsistencia de la sociedad de gananciales estando los cónyuges separados de hecho, pues es indudable que la adopción del régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales exige el acuerdo de ambos cónyuges, y éste podía no producirse. Precisamente en las Cortes, algunos procuradores presentaron una enmienda al texto del artículo 1320, que fue rechazada, en la que proponían la siguiente: «Si después de pactado un régimen éste se volviese excesivamente gravoso para la familia o para uno de los cónyuges, y no pudiese obtener el consentimiento del otro para modificarlo, el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada del perjudicado, y oyendo al otro consorte, previa información sumaria, podrá anular las capitulaciones, quedando los esposos sometidos al régimen legal de gananciales». Se justificó esta enmienda en que no era justo que un cambio de circunstancias u otra anomalía obligara a uno de los cónyuges a soportar indefinidamente un sistema matrimonial que sea extremadamente perjudicial para él o para la familia. Ante esta situación legal es lógico

que, poco tiempo después de publicarse la ley de 2 de mayo de 1975, se planteara la reforma de la sociedad de gananciales y, en general, del régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta directrices que ya aparecían en la citada ley (vg., la igualdad jurídica de los cónyuges). Los profesores DIEZ-PICAZO ¹⁵ y LACRUZ ¹⁶ examinaron con detenimiento este tema. Una de las principales propuestas de reforma que formuló DIEZ-PICAZO fue precisamente la ampliación del repertorio o elenco de causas que permitiesen la disolución de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta la inidoneidad de la misma en las situaciones de crisis matrimonial. La comunidad de gananciales tiene sentido ligada con la comunidad de vida. Se ha dicho con razón que el «durante el matrimonio» del artículo 1395 no es mientras subsiste jurídicamente el vínculo, sino mientras exista vida común o, mejor, trabajo común.

4. El panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de la ley de 13 de mayo de 1981, ya que no puede decirse ahora que la separación de hecho sea una situación desconocida para el Código civil. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para darle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de situación ilícita y antijurídica en sí misma ¹⁷. Es muy significativo que en la Exposición de Motivos del Proyecto sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979 se afirme que la circunstancia de ser la sociedad de gananciales el régimen de los matrimonios que conviven en armonía ha conducido a articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad de gananciales. Estas, junto con la libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio. En el ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos, los problemas que derivan de la situación de separación de hecho se solucionan de la mejor manera posible a través de las capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y estableciendo, en definitiva, la más absoluta separación de los patrimonios de uno y otro cónyuge. Esto es perfectamente válido, pues en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (artículo 1325) y las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio (artículo 1326). La adopción del régimen de separación de bienes, que además ha sido ampliamente regulado en el Código civil (artículos 1435 a 1444), va a determinar la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales o del régimen de participa-

que figuraba en el artículo 1320, constituyese un serio obstáculo para que los cónyuges separados de hecho pudiesen acoger el régimen de separación de bienes, pues la finalidad de la reforma de 2 de mayo de 1975, claramente inspirada en los Derechos forales, como se deduce de la referida Exposición de Motivos, exigía la interpretación amplia de dicha expresión¹³. De esta manera dejaba de regir la sociedad de gananciales, inadecuada por las razones expuestas cuando los cónyuges están separados de hecho. Sin embargo, no se reformó la normativa del Código civil sobre la sociedad de gananciales, lo que determinó que se cuestionase si era posible operar la disolución de la misma en virtud de capitulaciones postnupciales, ya que los artículos 1417 y 1433 no habían sido reformados y por ello, lógicamente, no contemplaban este supuesto. La cuestión tenía una gran trascendencia en nuestro tema, ya que se limitaba mucho la solución adecuada de los problemas derivados de la separación de hecho si no podía producirse la disolución de la sociedad de gananciales, a pesar de acogerse el régimen de separación de bienes. Por razones de indudable coherencia había que entender que era también causa que pone fin y determina la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones postnupciales. No tendría ningún sentido entender que por virtud del artículo 1320 los cónyuges podían estatuir para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, pero sin que ésta pudiera quedar disuelta. Aunque el legislador de 2 de mayo de 1975 no reformó el texto del artículo 1417, había que entenderlo implícitamente modificado en virtud del principio «lex posterior»¹⁴. Tampoco se solucionó adecuadamente el problema de la subsistencia de la sociedad de gananciales estando los cónyuges separados de hecho, pues es indudable que la adopción del régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales exige el acuerdo de ambos cónyuges, y éste podía no producirse. Precisamente en las Cortes, algunos procuradores presentaron una enmienda al texto del artículo 1320, que fue rechazada, en la que proponían la siguiente: «Si después de pactado un régimen éste se volviese excesivamente gravoso para la familia o para uno de los cónyuges, y no pudiese obtener el consentimiento del otro para modificarlo, el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada del perjudicado, y oyendo al otro consorte, previa información sumaria, podrá anular las capitulaciones, quedando los esposos sometidos al régimen legal de gananciales». Se justificó esta enmienda en que no era justo que un cambio de circunstancias u otra anomalía obligara a uno de los cónyuges a soportar indefinidamente un sistema matrimonial que sea extremadamente perjudicial para él o para la familia. Ante esta situación legal es lógico

razón de la paralización de la vida matrimonial a un momento anterior a aquél en que se acuerde (artículo 1394). De ahí que haya podido afirmarse que la comunidad subsiste a pesar de la vida separada de los cónyuges mientras no se pronuncie su disolución ²¹. Sin embargo, no deja de ser chocante que, por esta vía, un cónyuge que lleva separado largo tiempo del otro, al amparo de la subsistencia (formal) de la sociedad de gananciales, pueda tener derecho a los bienes ganados por su consorte en ese período de separación, en el que no ha existido la comunidad de vida en que se justifica este régimen. Y lo mismo vale para el régimen de participación. Y más chocante aún, si esa separación de hecho no es simplemente un inciso o paréntesis (más o menos dilatado) en la vida de un matrimonio, que concluye con una reconciliación, sino una situación irreversible que perdura hasta la disolución del matrimonio o, al menos, hasta la del régimen. Ante este problema, MORALES MORENO ²², después de exponer las raíces históricas en que se funda la base de la comunicación de ganancias propia de ciertos regímenes como el ganancial o el de participación (la vida en común de los cónyuges), pone acertadamente de relieve que la justificación para suspender la comunicación de ventajas durante la separación de hecho podría encontrarse, para el régimen de gananciales, en la quiebra de los presupuestos o razones en que el mismo se basa; razones que presentes en nuestros textos históricos ²³ fueron tomadas en cuenta por nuestros autores en el momento inicial del matrimonio, y que, en relación con los momentos posteriores del mismo, no deben encontrar hoy, tras la reforma, los obstáculos que en otro tiempo pudieran existir. Para el régimen de participación valen esas mismas razones, y quizá aun puedan verse reforzadas si tomamos en consideración la propia causa de la estipulación capitular que lo ha establecido.

Se aprecia claramente que sólo cuando ha transcurrido un año desde que comenzó la separación de hecho ²⁴ puede solicitarse al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Esto determina que, al menos durante este plazo, a pesar de existir separación de hecho tenga que regir necesariamente uno u otro régimen, a no ser que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges acuerden otro régimen (normalmente, el de separación de bienes, que parece el más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial). No obstante, el hecho de que la ley de 13 de mayo de 1981 haya establecido un sistema de administración conjunta de la sociedad de gananciales (artículos 1375 y siguientes), comprendiendo dentro de él las facultades de administración en sentido estricto y de disposición, evita en buena medida el grave problema que existiendo separación de hecho planteaba el anterior sistema, ya que la res-

pectiva posición de marido y mujer en la administración y disposición de los gananciales se encontraba desequilibrada en favor del marido (los antiguos artículos 1412 y 1413). La reforma, se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual. Las formas de legitimación indistinta o individual, a que se alude en esta Exposición de Motivos, para los actos de administración y disposición, contempladas en la normativa del Código civil (artículos 1375 a 1391) ²⁵, son fundamentales para crear una situación patrimonial de cierta flexibilidad, que facilita las actuaciones de los cónyuges separados, y, en cuanto a las obligaciones contraídas para atender las cargas conyugales, rige la regla del artículo 1368, según el cual responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. Con esta norma se trata de afirmar categóricamente que de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges para atender las necesidades de los hijos, responderán los bienes gananciales, aunque los cónyuges estuvieren separados de hecho. Por lo tanto, el precepto lo único que persigue es afirmar una regla, lo cual no significa que trate de dejar sin efecto las demás existentes en los artículos 1362 y 1365 ²⁶.

El artículo 1388 permite a los Tribunales conferir la administración de los gananciales a uno solo de los cónyuges cuando hubiese abandono de familia o existiese separación de hecho. No hay, desde luego, un destino prefijado de los poderes de administración y en su decisión los Tribunales podrán moverse con flexibilidad, valorando las circunstancias generales y el interés de la familia para decidir a quién se hace la transferencia. En el concepto de administración han de comprenderse, de conformidad con lo que dijimos anteriormente, los actos de disposición, como se desprende además del propio apartado segundo de este precepto, que somete a autorización judicial determinadas disposiciones del cónyuge administrador, luego no las restantes ²⁷. El cónyuge a quien el Juez haya atribuido la administración tendrán para ello plenas facultades, salvo que el Juez,

cuando lo considere de interés de la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial (artículo 1389). De acuerdo con la necesidad de intervención judicial para el traspaso de la administración de los bienes del matrimonio se produzca, parece que también será necesaria esa misma intervención para poner fin a la misma, previa comprobación de que la situación determinante de aquel traspaso ha desaparecido ²⁸.

El deseo de prevenirse del riesgo de los actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad de gananciales, muy a tener en cuenta cuando existe separación de hecho, ha sido acogido en la ley de 13 de mayo de 1981. Según los artículos 1390 y 1391, si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese éste obtenido un beneficio o un lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto, y cuando el cónyuge hubiese realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiese procedido de mala fe, el acto será rescindible. Estos artículos se completan con el 1393, 2.º, por cuya virtud se puede pedir al Juez la disolución de la sociedad de gananciales cuando un cónyuge venga realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

La facultad unilateral de solicitar al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o, en su caso, del régimen de participación (artículo 1415), cuando uno de los cónyuges lleva a cabo por sí solo actos fraudulentos o dañosos, es una medida de preservación de los intereses del cónyuge lesionado o que se encuentra en serio trance de serlo, que cobra un especial relieve cuando existe separación de hecho, pues es precisamente en esta situación cuando en una mayor medida puede producirse dicho tipo de actos. Es importante destacar que la puesta en marcha de esta causa de disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación puede producirse, no sólo cuando ha tenido lugar el daño o se ha realizado el acto fraudulento, sino también cuando existe una situación de peligro, que ha de ser cierto y de alguna consideración ²⁹.

El establecimiento del deber de información es una medida prudente del legislador, ya que la separación de hecho implica una grave crisis

matrimonial, que puede motivar que uno de los cónyuges lleve a cabo actividades económicas sin dar noticia de ellas al otro. Tampoco puede desconocerse, como apuntan DIEZ-PICAZO y GULLON³⁰ para fundamentar el deber legal de información, que es frecuente que uno de los cónyuges viva durante largos años en la mayor confianza —y, por tanto, en la mayor ignorancia— y cuando tiene que poner remedio a la situación que ello le crea, porque el matrimonio ha entrado en crisis, ya es imposible por desconocimiento de lo pasado. Para evitar estos problemas, que adquieren notable importancia en el marco de la sociedad de gananciales al admitirse la posibilidad de actuaciones independientes de los cónyuges³¹, en el artículo 1393, 4.º, en clara conexión con el artículo 1383, se dispone que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges cuando el otro incumpla grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. Ya sabemos que esta causa de extinción es también aplicable cuando existe régimen de participación (artículo 1415).

5. Los cauces establecidos por la ley de 13 de mayo de 1981, que hemos tratado de exponer sucintamente, para solucionar los problemas relativos al régimen económico matrimonial que plantea la situación de separación de hecho de los cónyuges, parecen suficientes³², aunque los cónyuges no lleguen a un acuerdo para adoptar el régimen de separación de bienes mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, que es, sin duda, el régimen más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial. Ciertamente la separación de hecho no tiene virtualidad suficiente para determinar la disolución automática de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Pero es indudable que si se entendiera que la separación de hecho extingue, por sí sola, el régimen económico matrimonial, podría quedar, como ha señalado MORALES MORENO³³, en manos de un cónyuge alterar, abandonando al otro, el sistema de cobertura de las cargas familiares: restringir los poderes concedidos al otro, en interés de los hijos (artículo 1368), en relación con los bienes ganados por él durante el tiempo de separación. De otro lado, con respecto a los terceros, se crearía una situación de gran incertidumbre si el régimen del matrimonio dependiera de un hecho (la separación) difícil de constatar, y perdiera fuerza la apariencia formal. A nuestro juicio, las condiciones establecidas en el artículo 1393, 3.º parecen plenamente fundadas, dado el carácter excepcional que ha de tener la extinción de la socie-

dad de gananciales o del régimen de participación por voluntad de uno solo de los cónyuges.

NOTAS:

1 Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia. Año 1980, pp. 936 y ss.; año 1981, pp. 1.010 y ss.

2 CERDA GIMENO, *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*, en Documentación Jurídica, 1982, vol. 1.º, núms. 33 a 36, p. 236.

3 ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 140.

4 CERDA GIMENO, *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*, cit. p. 237; ROCA TRIAS, Ponencia oficial a las II Jornadas de Dret Català a Tossa (29 septiembre - 2 octubre 1982) titulada *Constitució i família*, p. 25 (referencia en CERDA GIMENO, *loc cit ant*).

5 FOSAR, *Estudios de Derecho de Familia*, tomo 2.º, volumen 1.º, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, 1982, pp. 322 y ss.

6 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en Anuario de Derecho Civil, fasc. 1.º, 1969, pp. 13 y ss.; GULLON, *Lecciones de Derecho Civil. Familia*, Granada, 1972, pp. 311 y ss.; ZANON, *La separación matrimonial de hecho*, Barcelona, 1974, pp. 131 y ss.; VARELA DE LIMIA, *La separación convencional de los cónyuges y el Derecho español*, Pamplona, 1972, pp. 68 y ss.; OGAYAR, *Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce*, Madrid, 1971, pp. 99 y ss.; GIMENEZ ARNAU, *Escrituras de divorcio*, en Revista de Derecho Notarial, jul.-dic. 1961, pp. 429 y ss.; SANTAMARIA ROJAS, *La autoridad marital en la vida*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1950, pp. 76 y ss.

7 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 26 y ss.

8 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 33 y ss.

9 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 34 y ss.

10 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 96 y ss.

11 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 124 y ss.

12 GULLON, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 1.068; también, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1977, enero, p. 83.

13 En este sentido se pronunció nuestra doctrina: TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 1.098; GULLON, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 90; GOMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, mayo-junio, pp. 502-503.

14 En este sentido se pronunció la mayor parte de la doctrina: GULLON, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., pp. 91 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, 1.ª ed., Madrid, 1978, p. 219; CAMPO VILLEGAS, *En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes*, en Revista Jurídica de Cataluña, abril-junio 1977, pp. 278 y ss.; GOMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil*, cit., pp. 512 y ss.; TORRES ESCAMEZ, *Algunos*

problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, pp. 969 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Las capitulaciones matrimoniales y su modificación*, en Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades, Madrid, 1980, pp. 279 y ss.

15 DIEZ-PICAZO, *Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)*, en Anuario de Derecho Civil, 1975, fasc. 4.º, pp. 859 y ss. También en *Estudios de Derecho Civil*, I, Madrid, 1980, pp. 56 y ss.

16 LACRUZ, *La reforma del régimen económico del matrimonio*, 1979, fascs. 2.º y 3.º, pp. 343 y ss.

17 Esto ha sido destacado por nuestra doctrina. Como dice VALPUESTA (*Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, pp. 229 y ss.) la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y el matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

18 La solución que propugnamos no impide que destaquemos la conveniencia de liquidar la sociedad de gananciales o del régimen de participación para evitar las confusiones que podrían derivarse de la falta de liquidación.

19 Con razón entiende LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 479) que en los casos en que la separación se deba al abandono del hogar, sólo puede postular la extinción del régimen el cónyuge abandonado.

20 En posteriores estudios DIEZ-PICAZO mantiene esta idea para explicar el fundamento del artículo 1393, 3.º: En la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1.785; *Sistema de Derecho Civil*, IV, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 256 (en colaboración con GULLON). También tiene en cuenta esta argumentación MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.825.

21 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 479.

22 MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., pp. 1.825-1.827.

23 Véase la exposición de MORALES MORENO de estos antecedentes históricos, *loc cit ant.*

24 Surge el problema de determinar el momento a partir del cual se ha producido la separación de hecho, para tener en cuenta el plazo del año que exige como mínimo el artículo 1393, 3.º. Según HERNANDEZ IBAÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, Madrid, 1982, p. 144) se puede deducir de la fecha del convenio de separación que hayan pactado los cónyuges, aunque puede suceder que éstos no hayan estipulado ningún acuerdo. En este último habrá que tener en cuenta cuándo los esposos dejaron de convivir, esto es, de tener el mismo domicilio, y desde entonces contar un año.

A nuestro juicio, el momento en que ha comenzado la separación de hecho puede ser probado por cualquiera de los medios admitidos en Derecho y, en todo caso, hay que tener en cuenta que puede existir aunque los cónyuges habiten en el mismo domicilio (cfr., artículo 87).

25 Sobre las formas de legitimación indistinta y el fundamento de las mismas, que no es otro que hacer factible tanto la seguridad y la agilidad de las transacciones como la gobernabilidad del consorcio y la conservación de una suficiente área de autonomía para cada esposo, que es fundamental cuando existe separación de hecho, véase DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 465 y ss.; DIEZ-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º cit., pp. 1.760 y ss.; CASTAN-GARCIA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, 10 ed.,

Madrid, 1983, pp. 432 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 176 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit. pp. 465 y ss., y *El régimen económico matrimonial*, en la obra colectiva *Las reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983, pp. 78 y ss.

26 TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.711.

27 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 474.

28 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 475.

29 DIEZ-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.785; CASTAN-GARCIA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 462; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 479.

30 DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 249.

31 Como precisa DIEZ-PICAZO (en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.770), al explicar el fundamento del deber legal de información, el artículo 1384 es consecuencia del carácter asociativo del régimen económico regulado por el Código Civil en los preceptos que estudiamos (relativos a la sociedad de gananciales) y consecuencia igualmente de la posibilidad de actuación independiente de los cónyuges asociados.

32 Sin embargo, HERNANDEZ IBAÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, cit. pp. 229 y ss.) cree que el ordenamiento jurídico se debe ocupar de la separación de hecho y concederle la importancia que tiene, como ha sucedido en las legislaciones de otros países.

33 MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.825.