

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

La separación de hecho matrimonial

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Carmen Hernández Ibáñez

Madrid, 2015

Carmen Hernández Ibáñez

TP
1982
684



* 5 3 0 9 8 5 8 3 7 3 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

X-53-37431-3

LA SEPARACION DE HECHO MATRIMONIAL

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1982



BIBLIOTECA

Colección Tesis Doctorales. Nº 84/82

© Carmen Hernández Ibáñez
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1981
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-1896-1982

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

" La separación de hecho matrimonial "

Tesis Doctoral presentada por: CARMEN HERNANDEZ IBAÑEZ

Director: MANUEL ALBALADEJO GARCIA, Catedrático de Derecho Civil.

Director del Departamento de Derecho Civil.

Fecha: 19 de Mayo de 1981.

INDICE

CAPITULO PRIMERO

PARTE PRIMERA: ANTECEDENTES HISTORICOS.

PARTE SEGUNDA: CONCEPTO DE LA SEPARACION DE HECHO MATRIMONIAL.

CAPITULO SEGUNDO

LOS PACTOS DE SEPARACION

I. CONCEPTO

II. NATURALEZA JURIDICA

III. FORMA DE LOS PACTOS DE SEPARACION

IV. CONTENIDO DE LOS PACTOS DE SEPARACION

V. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS PACTOS DE SEPARACION

1.- Que son contrarios a la ley, a las buenas costumbre y al Orden Público.

A.- Son contrarios a la Ley y al Orden Público

B.- Son contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

2.- La causa es ilícita.

3.- Constituyen una transacción prohibida

4.- Son contrarios a la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio.

A.- Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975

B.- Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975

VI. CRITICAS A LOS PACTOS DE SEPARACION.

CAPITULO TERCERO.

LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE HECHO.

PARTE PRIMERA: EFECTOS PERSONALES

DERECHO AL NOMBRE Y HONORES.

B

II. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN CUANTO AL DERECHO

AL NOMBRE:

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN CUANTO EL DERECHO
A LOS HONORES.

EL DOMICILIO:

I. EL DOMICILIO EN LA SEPARACION DE HECHO

II. CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA

III. CONCLUSION

LA NACIONALIDAD Y LA VECINDAD CIVIL.

LA PATERNIDAD:

I. LA PATERNIDAD EN LA SEPARACION DE HECHO

II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

III. CONCLUSION.

LA PATRIA POTESTAD:

I. LA PATRIA POTESTAD EN LA SEPARACION DE HECHO.

II. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACION DE HECHO

III. COMUNICACION ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS EN LA SEPARACION DE
HECHO.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ACTOS DE LOS HIJOS EN LA
SEPARACION DE HECHO.

PARTE SEGUNDA: EFECTOS PATRIMONIALES:

ALIMENTOS:

I. LOS CONVENIOS DE SEPARACION DE HECHO EN MATERIA DE ALIMENTOS.

II. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LOS ALIMENTOS EN LA
SEPARACION DE HECHO:

C O

- 1.- Mujer que abandona el domicilio conyugal sin justa causa.
- 2.- Marido que abandona el domicilio conyugal sin justa causa.
- 3.- Mujer que abandona el domicilio conyugal por justa causa
- 4.- Marido que abandona el domicilio conyugal por justa causa.
- 5.- Separación de hecho por mutuo acuerdo de los cónyuges.

EL CONSENTIMIENTO Uxorio:

I. EL CONSENTIMIENTO Uxorio EN LA SEPARACION DE HECHO

LA SOCIEDAD DE GANANCIAS:

I. LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS

II. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS:

- 1.- Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975.
- 2.- Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975
- 3.- El Proyecto de Ley en materia de régimen económico del matrimonio.

III. CONCLUSION.

COMPRAS CON PRECIO APLAZADO.

ACCIONES ADQUIRIDAS EN VIRTUD DE UN DERECHO PREFERENTE:

- I. DETERMINACION DE LA NATURALEZA DE DICHAS ACCIONES.
- II. CONCLUSION.

BIENES PARAFORENALES:

- I. CONCEPTO.
- II. ADMINISTRACION DE LOS BIENES PARAFORENALES.
- III. DETERMINACION DE LOS BIENES PARAFORENALES:

- 1.- Conocimiento del carácter jurídico de los bienes paraforenales.

D

2.- La confesión del marido.

IV. LOS FRUTOS DE LOS BIENES PARAFERNALES;

1.- Examen del artículo 1385 del Código Civil

2.- Examen de artículo 1386 del Código Civil

3.- Posición jurisprudencial respecto a ambos artículos

LOS IMPUESTO SPERSONALES Y LA SEPARACION DE HECHO

DERECHOS SUCESORIOS;

I. ACEPTACION DE LA HERENCIA;

1.- Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975

2.- Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975

II. DERECHOS LEGITIMOS DEL CONYUGE

CAPÍTULO CUARTO.

LA SEPARACION DE HECHO Y CONVENCIONAL EN ITALIA.

I. INTRODUCCION

II. EL CONSENTIMIENTO

III. LA HOMOLOGACION

IV. EFECTOS DE LA SEPARACION DE HECHO Y CONVENCIONAL;

1.- La cohabitación

2.- La fidelidad

3.- Asistencia

A.-Aspecto personal

a.- Derecho al apellido marital

b.- Asignacion de los hijos

c.- La paternidad.

B. Aspecto económico

a. El mantenimiento

C. Aspecto patrimonial

V. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACION CONVENCIONAL

CAPITULO QUINTO

PARTE PRIMERA: LA IGLESIA ANTE LA SEPARACION CONVENCIONAL

I. CLASES DE SEPARACION EN EL ORDENAMIENTO CANONICO

- 1.- La doctrina canónica
- 2.- Postura doctrinal

II. PROCEDIMIENTO DE SEPARACION EN EL DERECHO CANONICO

- 1.- Generalidades
- 2.- En España antes de la entrada en vigor del actual Acuerdo con la Santa Sede
- 3.- Acuerdo entre España y la Santa Sede, firmado el 3 de Enero de 1979

PARTE SEGUNDA: CAMBIOS ACONSEJABLES EN EL REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL DE SEPARACION CONYUGAL.

- I. GENERALIDADES.
- II. POSTURA DOCTRINAL.

CAPITULO SEXTO.

LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSA DE DIVORCIO.

CAPITULO SEPTIMO

CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

En el momento de elegir un tema para la tesis doctoral, y casi sin tener que forzar la mente para ello, aparecía en primer término la problemática del Derecho de Familia y, dentro de ella, destacando acusadamente por sus especiales circunstancias humanas, tanto en el aspecto individual como en el social, la fundamental institución del matrimonio.

Es el matrimonio, y para mí lo era en aquel momento, una de las instituciones jurídicas que estaba en una crisis trascendente, ya que en cierto modo no puede precisarse si el matrimonio está en crisis como reflejo inmediato de la que afecta a toda la sociedad, o es tal vez la crisis de ésta una consecuencia al menos remota de la crisis del primero.

Pero el matrimonio es un acuerdo de voluntades humanas, tanto si se entiende en su aspecto puramente civil, como, incluso, aunque se le contemple desde el plano de la religiosidad, dictándole ese matiz extra, cual es la elevación a la dignidad de sacramento, con que los canonistas le han venido analizando y estudiando.

Tenia por lo tanto, ante mí una institución cuya clave de constitución era la voluntad humana, la voluntad de los contrayentes libremente manifestada, y curiosamente esa misma voluntad, o mejor manifestación de voluntad, esencial para crear el vínculo se convertía en absolutamente inoperante para poder resolver la concreta situación de una crisis, ante los ojos de la Ley, tanto civil como canónica.

Esto nos lleva forzosamente a tener que producir una situación de suprema acritud cada vez que unos cónyuges, por una u otra circunstancia se veían forzados a tener que suspender una convivencia, esencialmente prevista en el vínculo que les unía. Quiero decir que tenían que acudir, en todo caso, a plantear su pasado, presente y futuro conyugales a la mirada, no siempre prudente y consoladora, de los Tribunales de Justicia. Ellos, que habían sido los creadores de su propio matrimonio, carecían de la más mínima facultad pa

VI

ra incluso interrumpir aquella convivencia, que se había convertido en situación insostenible, puramente adjetiva, pero determinante del más mínimo equilibrio anímico y hasta físico a que una persona puede y debe legítimamente aspirar.

La práctica, hasta entonces más ajena que propia, me presentaba casos en los que matrimonios en la situación de crisis a que he aludido, habían tratado, aconsejados en muchas ocasiones por sus letrados asesores, a establecer una situación extrajudicial de separación de hecho. Pero lamentablemente, aquella situación de hecho establecida carecía de trascendencia jurídica alguna, y esto pese a que algunos Tribunales y jueces dotaban, en algún caso, de cierto tipo de efectos a estos acuerdos.

Así por ejemplo, ocurría con la trascendencia penal de la separación que el Derecho Punitive, en relación con las normas civiles y canónicas, llegaba a considerar como presunto delito de abandono doloso del domicilio conyugal.

Y fue todo ello lo que me hizo pensar, y finalmente elegir como tema de mi tesis la separación de hecho matrimonial.

Por lo tanto el objeto de esta tesis es el análisis de la separación de hecho matrimonial, figura poco tratada por la doctrina debido a que al ser una situación fáctica no está regulada en el Código Civil. No obstante consideramos que tiene gran importancia puesto que actualmente existen más separaciones de hecho que separaciones legales, ya que las primeras ofrecen una serie de ventajas sobre las segundas como son:

- el que evita un proceso largo, costoso y complicado
- los cónyuges no tienen que exponer las intimidades de su vida conyugal ante un Tribunal.
- y cabe la posibilidad de que los esposos lleguen a reconciliarse en un futuro.

La separación de hecho matrimonial tiene gran importancia y actualidad, debido a su nuevo enmarque y a la posibilidad de dinamizar situaciones matrimo-

III

moniales conflictivas prescindiendo de los órganos jurisdiccionales.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, actualmente en discusión en las Cortes, recoge en el artículo 86,3, la separación de hecho como causa de divorcio.

Ello origina el que esta figura cobre gran importancia en el futuro, puesto que los cónyuges pueden pedir el divorcio, alegando esta situación previa, siempre que el cese efectivo de la convivencia matrimonial haya sido, al menos, de dos años ininterrumpidos. Lo que supone que no tienen que acudir a un procedimiento anterior, como es la separación legal, sino que directamente pueden interponer la demanda de divorcio, logrando con ello una economía procesal, al mismo tiempo que evitan el tener que desermascarar públicamente sus desavenencias conyugales.

También he tenido en cuenta el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que tiene como objetivo la igualdad jurídica de los cónyuges, reformando aquellos aspectos que no habían sido tratados, o bien que sí que lo fueron, pero que no lo hizo con toda la amplitud deseada la Ley de 2 de Mayo de 1975. Como consecuencia del mismo hay que señalar que la patria potestad, y la administración y disposición de la sociedad de gananciales, serán facultades compartidas por ambos esposos, dando lugar a que se adecúen las normas a la realidad en que vivimos. Al mismo tiempo ha derogado instituciones jurídicas, que hoy en día eran anacrónicas y por tanto habían perdido relevancia en el mundo del Derecho.

Hay que destacar que ambos Proyectos de Ley han recogido la separación de hecho, en el sentido de que ésta puede llegar a producir una serie de efectos jurídicos, que aunque hasta ahora se presumían en numerosos casos, no se podían aducir, pues no había una norma legal concreta en la que pudiéramos basarnos, sino que había que acudir con frecuencia a la doctrina científica y a la jurisprudencia, aunque ello no resolvía en muchas ocasiones los

IV

problemas que se plantean en la práctica.

Destacamos la importancia que dentro de la separación de hecho tienen los convenios de separación, puesto que han sido acordados por los cónyuges, pudiendo los esposos, a partir de los mismos, regular su vida futura. Consideramos que estos convenios tienen plena validez, y además ofrecen la ventaja de que crean unos efectos tanto para los cónyuges, como para los hijos y terceras personas, logrando una mayor seguridad jurídica.

No obstante, pensamos que la separación de hecho tiene que avanzar y ocupar un lugar destacado en el mundo del Derecho, puesto que es evidente la trascendencia de la misma en la esfera jurídica. Al igual que otra serie de situaciones de facto, que aunque no tienen por qué desplazar a las situaciones de Derecho, ya que eso no sería satisfactorio, sí que van alcanzando un lugar importante en nuestra actual sociedad. Como ejemplo de las primeras podemos citar la tutela de hecho, las uniones maritales de hecho, la sociedad de hecho, el arrendamiento de hecho y, ocupando la cúspide de todas las relaciones fácticas, la posesión.

" La doctrina moderna ha venido dando creciente importancia a las llamadas " relaciones contractuales fácticas " (HAUPT) y " relaciones de obligación por conducta social típica " (LARENZ). Se trata, se nos dice de aquellos casos en que las obligaciones brotan como las originadas por un contrato, pero que dimanen, no de una voluntad de contratar, sino de unos hechos a los que socialmente se les atribuyen tales consecuencias " (1)

No hemos tratado la separación de hecho en el Derecho comparado, puesto que ello nos llevaría a que se extendiera desmesuradamente el trabajo, y no nos parecía adecuado. Pero sí que hemos hecho hincapié en la separación convencional regulada por el ordenamiento italiano, puesto que pensamos que el Derecho español tendría que lograr una regulación similar de esta institución,

(1)- F. DE CASTRO " El negocio jurídico " Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1971. Pág. 42

Y

ya que parte del consentimiento de los cónyuges, los acuerdos son homologados por un Tribunal, produciendo por tanto efectos jurídicos, esto es, obligatoriedad y vinculatoriedad. Pero el Tribunal no entra en el examen de las causas que han motivado a los esposos a tomar esta decisión:

Hemos hecho una breve alusión a la posición de la Iglesia, debido a la gran influencia que ha tenido en el campo matrimonial, especialmente en España, hasta la entrada en vigor de los actuales Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, puesto que la mayoría de las separaciones matrimoniales eran decretadas por los Tribunales eclesiásticos. A pesar de que actualmente las separaciones tanto de los matrimonios civiles como canónicos corresponden a la jurisdicción civil, no hay que olvidar la relevancia e influencia, no jurídica, pero sí sociológica, que continúa teniendo la Iglesia.

CAPITULO PRIMERO

PARTE PRIMERA: ANTECEDENTES HISTORICOS

PARTE SEGUNDA: CONCEPTO DE LA SEPARACION DE HECHO MATRIMONIAL

ANTECEDENTES HISTORICOS

La separación matrimonial de hecho apenas tiene precedentes históricos.

En el Derecho Romano, el matrimonio era una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la affectio maritalis; aunque no era necesaria una convivencia efectiva, puesto que el matrimonio existía a pesar de — que los cónyuges no habitasen en la misma casa, era necesario que se guardasen la consideración y respeto debidos. Sobre el elemento objetivo de la convivencia, prevalecía el subjetivo de la intención, la affectio maritalis, y cuando faltaba la intención de ser marido y mujer, cesaba el matrimonio (1).

El Derecho Romano no conoció la figura jurídica de la separación matrimonial, por lo tanto no cabe hablar de una separación de hecho. Para los romanos, el matrimonio se disolvía por muerte de uno de los esposos, por sobrevivir a cualquiera de ellos una incapacidad y por el divorcio. La cesación de la affectio maritalis, es decir, el cambio en la voluntad de ambos o uno solo de los cónyuges, acababa el matrimonio en los casos de divorcio y repudio. Que el matrimonio se disolviera por una mutación en la voluntad de los esposos parecía muy natural a los romanos, debido al concepto que tenían del mismo, porque si era éste un estado sostenido por la continuidad de la affectio, en cuanto ésta faltaba, los cónyuges dejaban de hallarse en la situación de marido y mujer (2).

La época cristiana reacciona contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del divorcio, porque se —

(1)- J. IGLESIAS. " Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado" 6ª edic. Edit. Ariel. Barcelona, 1972 Págs. 547 y ss.

(2)- J. ARIAS RAMOS. " Derecho Romano " Vol. II. Edit. Revista de Derecho Privado, 1ª edic. Madrid, 1972. Págs. 733 - 735

concebía el matrimonio como un estado de hecho, y consiguientemente la idea de su automática cesación cuando la convivencia o la *affectio maritalis* fallaban se hallaba tan arraigada, que ni el Derecho Romano - Cristiano —salvo un período de breve duración entre la publicación de la Novela 117 de JUSTINIANO y la derogación de la misma por su sucesor JUSTINO II — llegó a abolir el divorcio como causa de disolución del matrimonio (3). Y el Codex —

(3)- La Novela 117 de JUSTINIANO en los capítulos 8 y 9 indica las causas del divorcio. El Capítulo 8º recoge los motivos por los cuales el marido puede divorciarse de su mujer y son: Primero: si la mujer tiene conocimiento de algún delito de traición y no lo hace saber al marido. Segundo: Si el marido, adquiere el convencimiento de que puede justificar el adulterio de su mujer. Tercero: Si, de cualquier modo, la mujer atenta contra la vida del marido, o si, sabiendo que otros lo hacen, lo consiente y calla. Cuarto: Si la mujer, sin consentimiento del marido, acudiese a convites o se baña con otros hombres. Quinto: Si la mujer, contra la voluntad del marido, permanece fuera de su casa, como no sea en la de sus propios parientes. Sexto: Si ignorándolo o prohibiéndolo el marido, la mujer acude a los espectáculos públicos, a los circos y teatros. (...) En el Capítulo 9º se encuentran las causas por las cuales la mujer puede divorciarse de su marido y son las siguientes: Primero: Si el marido conspira contra el Estado, o, sabiendo la conspiración, no lo denuncia por sí o por otra persona. Segundo: Si el marido atenta contra la vida de la mujer, o si, sabiendo que otros lo hacen, no se lo manifiesta ni trata de vengarla. Tercero: Si el marido induce, o trata de inducir, al adulterio a su mujer. Cuarto: Si el marido acusa a su mujer de adulterio y no consigue probárselo. Quinto: Si el marido lleva concubina a la casa en que vive con su mujer, o si, teniéndola en otra, no la deja, después de repetidas amonestaciones. (" Corpus de Droit Civil Romain ".14. Les Nouvelles de L'empereur Justinien, II, Tomo II, Traducido al Francés por M. BERENQUER fils. Edit. Chez Lamort, Metz, 1810. Reimprimido en 1979 par scientia Veriag, Aalen Alemania. Págs. 139 - 142)

Y el Emperador Justino vuelve a instaurar el Divorcio por mutuo consentimiento de las partes en la Constitución 14o " De que por consentimiento se pueda disolver el matrimonio " y dice:

" Prefacio . Nada es más decoroso para los hombres que las nupcias, de las que provienen los hijos y las demás sucesiones de las naciones, y también los poblados de fundos y de ciudades, y el eximio estado de la república. Por lo cual deseamos que las nupcias sean felices para los que las contraen, de suerte que nunca tengan necesidad de presagio favorable, ni los unidos en nupcias se separen entre sí sin tener justa ocasión para la disolución de las nupcias. Mas como es difícil que en todos los hombres se observe ésto, (pues es una de las cosas imposibles que en tanta muchedumbre no surjan algunas irracionales

Cont. nota (3).

les aversiones), hemos juzgado que era conveniente hallar para ésto cierto remedio, y principalmente en los casos en que la pusilanimidad es llevada a tal punto, que se produce implacable horror en los cónyuges que permanezcan juntos. En la antigüedad era ciertamente lícito que sin responsabilidad se separasen mutuamente los tales, haciéndolo por común voluntad y con sentimiento, de suerte que había entonces también muchas leyes que de esto, llamando en la lengua patria " de buen grado " a la disolución de las nupcias que de este modo se verificaba. Pero a nuestro padre, de divina memoria, que en piedad y templanza excedió a todos que los que en cualquier lugar y tiempo fueron Emperadores, ateniéndose a su conveniente y firme voluntad, y no reparando en las miserias de la pusilanimidad, le pareció bien después sancionar una Ley, por la cual prohibió que los matrimonios se disolvieran por el consentimiento, cosa que también nosotros queríamos con empeño que subsistiera ahora mismo. Pero se nos dirigieron muchos que tenían horror a la unión celebrada entre ellos y abominaban de la misma, y que manifestaban que por esta razón tenían lugar en su casa guerras y discordias, (lo que es mucho más doloroso y triste), y suplicando por ello que se disolviesen sus matrimonios, aunque no pudieron alegar motivos por los que la Ley les concediera hacer esto sin temor. Por algún tiempo diferimos el deseo, y el empeño de ellos sobre este particular, amonestándoles ciertamente unas veces, y amenazándoles otras, para que cesaran en el irracional horror mutuo y se apresurasen a volver a la unanimidad, y se hicieran de mejor voluntad. Pero no hacíamos nada. Porque es difícil cambiar a los que una vez han sido poseídos de irracional pasión y horror, porque a veces acontece que ellos se entregan a mutuas acechanzas, y se valen de venenos y de otras cosas que causan la muerte, de suerte que ni los hijos que les nacieron pueden reducir a los tales a una sola y misma voluntad

Capítulo X. Así pues juzgando ajenas a nuestros tiempos estas cosas, hemos establecido al presente una sacra ley, por medio de la que mandamos que sea lícito, como antiguamente, que por el consentimiento de los cónyuges se disuelvan las nupcias y que no tengan en lo sucesivo validez las penas establecidas en la constitución de nuestro padre contra los que con su consentimiento disuelven los matrimonios. Porque si el mutuo afecto consolida las nupcias, con razón las disuelve por el consentimiento una voluntad contraria, significándola las cosas que disuelven las nupcias. Pero es lo cierto que subsiste y tiene por virtud de la presente ley enteramente su propio vigor todo lo demás, que en las leyes y principalmente en las sacras constituciones de nuestro padre se halla dicho respecta a las nupcias y a los hijos y a los motivos por los que se manda que se disuelvan las nupcias, (si también sin razón y no por común consentimiento, según lo que establece al presente nuestra divinidad, hicieron esto), y sobre lo que disponen las penas señaladas. ...

Justiniano distingue entre el divorcio por común consentimiento, que era - permitido sin ninguna restricción, y el divorcio por voluntad unilateral, que algunos textos denominaban repudio (4).

En conclusión hay que señalar que el Derecho Romano no recogía la figura jurídica de la separación, puesto que únicamente conocía la institución del divorcio, que tenía lugar siempre que dejara de existir la affectio maritalis o se produjera una incapacidad en alguno de los cónyuges. Al no ser el divorcio un acto jurídico y no estar sometido a ninguna formalidad, sino que era suficiente un simple aviso comunicado de palabra, por escrito por medio de un mensajero, la separación matrimonial no tenía razón de ser, puesto que no era necesario ningún paso previo o situación intermedia que pudiera concluir posteriormente en el divorcio.

La separación asume una configuración autónoma y su justificación, cuando el matrimonio llega a ser indisoluble y el divorcio es prohibido. La Iglesia da el concepto de indisolubilidad del matrimonio y tiene la jurisdicción en materia matrimonial.

Fue el Derecho Canónico el que para atemperar el principio riguroso de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, introduce la separación personal en virtud de la cual los cónyuges eran dispensados del deber de la cohabitación

Cont. nota (3)

Epifanio. Por tanto, dispone tu gloria que a todos se les haga manifiesto en esta real ciudad en la forma acostumbrada lo que nos ha parecido bien y ha sido declarado por medio de la presente ley.

Dada en Calcedonia a 18 de las Calendas de Octubre, en el año primero del imperio del señor JUSTINO, Augusto perpetuo, indicción décima quinta" (566)

(" Cuerpo de Derecho Civil Romano " T.II. Novelas por I.L. GARCIA DEL - CORRAL. Barcelona, 1898. Págs. 488 - 490

(4)- J. ARIAS RAMOS. " Op. Cit. " Págs. 735 y 736.

J. IGLESIAS. " Op. Cit. " Págs. 559 y ss.

y de la asistencia, manteniendo siempre firme el deber de fidelidad (5).

El Fuero Juzgo en el libro 3, título 6, únicamente recoge el adulterio como causa de divorcio, así la Ley I. LEOVIGILDO señala (6): " Ninguno case con la muger que dexare el marido, al menos que no conste por escritura, o - testigo el divorcio; y si se casare el Señor de la tierra, Vicario o Juez después de que lo supieren, si fueren personas que no las puedan hacer separar, lo hagan saber al Rey; y si fueran personas de menor esfera, los hagan separar luego, y sean puestos en poder del primer marido; al menos que este no - se hubiese divorciado en Juicio, o se hubiese casado con otra; y dexando el marido a la muger sin motivo, haya ella sus arras, y todo lo que fuere suyo; y siendo en poder del marido por algún engaño, diere a éste la quinta parte del dinero porque la dexa, no valga.". Y la Ley 2. RECESVINTO, dice: (7): " Ninguno repudie su muger sino por adulterio, y siendo probado, sea puesta en su poder para que disponga de ella a su arbitrio, y si quiere tomar orden, - el Sacerdote sepa la voluntad de ambos, y si consintieren, ninguno se pueda casar después: el que se divorciare de otra manera, pierda lo que la muger hubiere dado; y sus bienes sean de los hijos legítimos de aquel matrimonio, y sino los tuviere, sean de la muger. Además el marido que a su muger la hiciera rehacer escrito de divorcio para casarse con otra, reciba 200 azotes, y sea señalado vergonzosamente y echado de la tierra por siempre, y si el Rey quisiere darle alguno por siervo, puede hacerlo; y la muger que se casare con él, sabiendo que está casado; sea metida en poder de su muger para que disponga de ella a su arbitrio, menos la muerte. Y si después de la muerte de ésta, - sus hijos probasen este delito al padre, sino tiene hijos, la muger delinquier

(5)- S. CARRION. " Notas en sede sobre el régimen jurídico de la separación conyugal en el ordenamiento italiano" Revista General de Derecho. Junio. 1980. Pág. 653

(6)- por A. X. PEREZ LOPEZ. " Teatro de legislación Universal de España e Indias" I.XI; Edit. en la imprenta en Ramón Ruiz. Madrid. 1976. Págs. 201 y 202

(7)- A. X. PEREZ LOPEZ. " Ob. Cit" Págs. 202 y 203

te sea puesta en poder de ellos. Otrosí porque las mugeres suelen dexar los - maridos mas á menudo con amor de de los Reyes, ó de los Grandes Omes, si se casaren con otros, se les imponga la misma pena que se dixo del marido; y lo mismo se guarde con los que se casen con esposa, ó muger ajena. Además si el marido es tal que quiere que su muger haga adulterio con otro, pueda divorciar se y casarse con otro si quiere; pero si el marido fuese dado por siervo a alguno, y la muger se separa de él, guarde castidad hasta que el marido muera ".

Las Decretales, libro 4. título 19, regulan también las causas de separación (8):" Capítulo 1. del Concilio de Wormacia. El homicidio necesario hecho por el cónyuge defendiéndose del otro que conspiró contra su vida, no le priva de pasar a contraer segundas nupcias; pero si está privado el que intentó matar al cónyuge. Capítulo 2. Alejandro III. Año de 1180. No deben separarse los cónyuges por el delito que cometa uno de ellos; a no ser que el marido quiera hacer prevaricar a su consorte en la fe, en cuyo caso podrá ésta separarse; pero no contraer matrimonio con otro. Capítulo 3. Idem. El marido no puede apartarse de su muger aún por parentesco notorio, sin que la Iglesia de juicio sobre ello. Si por fama es público el impedimento del matrimonio, aunque ninguno lo oponga, puede el Obispo de oficio inquirirlo; y disolver también el matrimonio si el impedimento es manifiesto. Capítulo 4 Idem. Se repelle la petición de la muger que solicita la restitución de su marido si notoriamente adulteró; y éste fue continente. Capítulo 5. El mismo año de 1175. Por el adulterio de la muger se separa el matrimonio, pero se reintegran en él si el marido es también adúltero. Capítulo 6. Urbano III. Año de 1186. - Si la muger se separa por su propia autoridad del marido que cayó en la herejía; convertido éste, está obligada a volver con él; pero no si la separación fuese por mandato de la Iglesia ".

(8)- "Teatro de Legislación UNiversal, de España e Indias" T. XI. por - A.X. PEREZ LOPEZ, Edit. en la imprenta Ramón Ruiz. Madrid, 1796. Págs. 200 y 201

Una Decretal del Papa Inocencio III, dirigida al Arzobispo de Tarragona- en 1203, se refería al caso de dos esposos que contratan separarse. Posterior- mente el marido quiere volver a cohabitar con su mujer, pero ésta se niega.- El Papa dijo que podían vivir separados si prometían continencia, en caso - contrario quedaba excomulgado el que no quisiera reanudar la convivencia con- yugal (9). Y en las Decretales de 1212 del mismo Papa dice: en el Capítulo 7, No se disuelve el matrimonio aunque uno de los cónyuges caiga en herejía; pe- ro si uno de los cónyuges infieles se convierte a la fe; y el que permanece- infiel no quiere cohabitar con el convertido, sin blasfemar el divino nombre; o para traerlo al mortal pecado, se anula el matrimonio, y el convertido po- drá contraer.". El capítulo 8 , también de 1212, dice: " Los paganos casa - dos en grado prohibido sólo por la Ley Canónica, convertidos a la fe no de- ben separarse. Si el pagano tenía muchas mugeres, admitido a la fe; sólo de- berá quedar unido con la primera aunque hubiese repudiado a ésta, y contraí- do con la segunda; pues recibido el bautismo, tendrá que dexarla, y recibir- la repudiada aunque hubiese ésta casado con otro, á no haber éste consumado" Y el capítulo 9 del mismo año: " No es lícito tomar por muger la viuda del- hermano; y si efectivamente se hubiese tomado, deberá separarse si no dispen- sa otra cosa la Iglesia.

Las Partidas en su Ley I, título 10, Partida 4 dice que el divorcio quie- re decir separación del marido y la mujer, por un justo impedimento probado en juicio.

La Ley 2 del mismo título y capítulo expresa (11): " Por dos causas se ha- ce propiamente el divorcio: la una si uno de los casados después de consumado

(9)- DECRETAL GREGORIO IX, LIBRO V. TITULO XVI, XVII, CAPITULO VI "Corpus Iuris Canonici" Parte segunda. Decretalium collectiones. Edit. Friedberg.1959 Akademische Druck. U. Verlagsanstalt. Pág. 807.

(10) A.X. PEREZ Y LOPEZ. " Ob. Cit" Pág. 201

(11) A.X. PEREZ Y LOPEZ. " Ob. Cit" Págs. 203 y 204

el matrimonio, se entra en religión con consentimiento del otro, y por mandato del Obispo, permaneciendo aquel en el siglo, y guardando castidad, y la otra es por adulterio de la muger siendo acusada y probado el pecado, y asimismo por adulterio espiritual: esto es, volverse herege, moro, ó judío alguno de ellos ". En la Ley 3 consta: " Contumelia creatoris, es lo mismo que - denuesto de Dios y de la Fe, y así el que se convierte a la Religión siendo casado con infiel, se puede divorciar por seducción o blasfemias dichas contra la Fe, y puede casarse con quien quiera. Pero antes debe llamar a hombres buenos que las hayan oído, y entonces puede el Christiano sin que preceda juicio y licencia, separarse ". Y en la Ley 4: " Innitiatum, ratum, consumatum, es lo mismo que iniciado, rato y consumado, que son los tres modos en que se considera el matrimonio entre Católicos. El divorcio no dirime el matrimonio, de tal suerte que se pueda casar uno viviendo el otro. Entre los infieles sólo hay matrimonio iniciado y consumado, pero no rato; por lo qual verificado el divorcio, puedan casarse con quien quieran."

" Si ni el adulterio, ni la profesión religiosa, ni la apostasía, ni la afinidad resultante después de celebrado el matrimonio son causas suficientes para disolverlo, producen indudablemente motivo para que los cónyuges vivan separados, a voluntad del interesado que no haya dado causa al motivo de separación. (...) debe considerarse suficiente a que los cónyuges, sin dejar de serlo, dejen de vivir en uno, faltando, si se quiere, a una de las condiciones principales del matrimonio, empero en consideración a otros no menos atendibles. (...) Más no sólo las cuatro expresadas son las causas suficientes para que los cónyuges, sin dejar de serlo, vivan separados. Otras muchas se reconocen, en términos que no es fácil enumerarlas, y que, por el contrario, es preciso acudir al concepto general de que la separación procede siempre que sobreviene motivo racional suficiente para ello, o, de otro modo,

siempre que el permanecer unidos origine mayores inconvenientes que la separación" (12)

La Ley 7, Título 10, Partida 4, regula que las sentencias de separación tienen que ser dadas por la Jurisdicción eclesiástica, que es la competente; y la Ley 8, Título 10, Partida 4 dice: " La Iglesia prohíbe poner las causas de divorcio en árbitro por dos razones: porque el pleito de árbitros no se puede acabar sin pena, y esto es contra la libertad del matrimonio; y porque éste es espiritual, y sólo los que tienen jurisdicción en la Iglesia son los que pueden entender en estos pleitos " (13).

Parece que esta Ley no autoriza el que la separación se lleve a cabo por personas ajenas a la Iglesia, teniendo que haber siempre un culpable, de lo que se puede deducir que no se admitía una separación conyugal sin que la causá fuera determinada y hubiera un procedimiento judicial. Así, por tanto no cabía la separación de hecho matrimonial.

La revolución moderna del Derecho de Familia, que coincide con su secularización, producida en el siglo XVI por la Reforma Protestante, entra en los países latinos como consecuencia de la Revolución Francesa. Los países protestantes como Alemania, Holanda y los Países Escandinavos introducen el divorcio en el siglo XVI; los países anglosajones en 1857 con el " Matrimonial Causes Act ". En Francia es a través de la Ley de 20 de Septiembre de 1792, después que el legislador revolucionario había reivindicado para sí la jurisdicción en materia de familia, en el artículo 7, Título II de la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, pero no admite la separación. El Código de

(12)- A. MARICHELAR y C. MANRIQUE. "Recitaciones del Derecho Civil en España". Segunda parte de la obra Historia de la Legislación" T.I. Imprenta de la sucesión de M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1915. Págs. 225 y siguientes.

(13)- A.X. PEREZ y LOPEZ. "Op. Cit." Pág. 204

Napoleón conserva el divorcio, al mismo tiempo que admite la separación judicial pero no prevé la separación consensual (14). En Bélgica José II admite la validez del pacto de separación en el Edicto de 28 de Septiembre de 1784, siempre que los esposos se presenten ante el eclesiástico, el cual tratará de persuadirles y en caso negativo les dará un testimonio de ello, con el que se presentarán al juez, para constatar que no han convenido la separación de hecho, pero sin tener que dar cuenta del contenido de sus convenciones. En Inglaterra, la llamada "separation deed" no requiere aprobación posterior y entra en el dominio de la voluntad individual (15)

Italia ha admitido siempre la figura jurídica de la separación de los cónyuges. Con anterioridad al Código Civil de 1865, los diferentes Códigos de los reinos de Italia se basaron en el Código de Napoleón, pero suprimieron la institución del divorcio, y admitiendo alguno de ellos la separación consensual siempre que sea homologada.

El Código Civil de 1865 regula el matrimonio como una institución civil, fuera de la jurisdicción eclesiástica, pero no admite el divorcio. Junto a la separación por culpa del artículo 150, admite la separación convencional del artículo 158 subordinando sus efectos a la homologación del tribunal.

El Código de 1942 continúa admitiendo las dos clases de separación, esto es, por culpa y la consensual homologada. Posteriormente la Ley de 1 de Diciembre de 1970 admite el divorcio; y la Ley de 19 de Mayo de 1975, número 151 abolió la separación por culpa e introduce la separación judicial de carácter más amplio (16).

En el Archivo de Protocolos de Barcelona se conservan numerosas escrituras

- (14)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione di fatto" E.Giuffre.Milán.Pg.28-30
 (15)- R. FAUS ESTEVE. "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1930. Pág. 317
 (16)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione di fatto" Edit. Giuffre. Milán 1978. Págs. 36 - 68

ras de separación convenida entre cónyuges, especialmente en los siglos XV y XVI.

La frecuencia de los pactos se pone de relieve en un documento notarial del siglo XVIII, cuyo autor es ANDRES FONTCUBERTA, en el cual unos esposos - se separan: mientras duren las circunstancias que han motivado ésta, asesorándose por personas notables y comprometiéndose a cumplir unas determinadas condiciones (17).

En España, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 prohibía la separación convencional o de hecho, estableciendo el artículo 84: " Los cónyuges no podrán divorciarse ni aún separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial ". Esta disposición no pasó al Código Civil, lo que dió lugar a que tal silencio significara un desconocimiento de la separación de hecho. Nuestro ordenamiento admitió el matrimonio normal o el estado de separación, en el cual la ruptura de la convivencia familiar tenía que estar precedida por la intervención de los órganos judiciales, que la decretan cuando hayan comprobado si existe o no causa suficiente.

Durante la Segunda República, la Constitución de 9 de Diciembre de 1931 estableció en su artículo 43 que el matrimonio podía disolverse " por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa "; y la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, dictada como consecuencia de aquel precepto, admitió el divorcio vincular, bajo esas dos modalidades, de divorcio por mutuo disenso y divorcio causal, conservando, al lado suyo, la simple separación de personas y bienes, y a virtud de causas mucho más amplias que las admitidas por el Código Civil (18). La Ley-

(17)- R. FAUS ESTEVE. " Op. Cit" Págs 315 - 317

(18)- J. CASTAN TOBEÑAS. " Derecho Civil Español. Común y Foral" T.V. vol. 1º . 9ª edic. Edit. Reus. Madrid , 1976. Pág. 847

de Divorcio de 1932 hace referencia a la separación de hecho, no obstante hay que señalar que no regula esta institución, sino que únicamente la menciona en el artículo 1 número 12 como causa de divorcio.

La Ley de 23 de Septiembre de 1939 derogó la Ley de Divorcio, así como las disposiciones complementarias de la misma, dejando vigente en esta materia las disposiciones del Código Civil. Y el Fuero de los Españoles de 17 de Julio de 1945 incorporó a las normas de rango constitucional el principio de indisolubilidad del matrimonio al proclamar en el párrafo 2º del artículo 22 que " el matrimonio será uno e indisoluble " (19).

La Constitución Española de 1978 en su artículo 32,2 dice: La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos ". De aquí se deriva que la Constitución admite el divorcio, y como consecuencia de ello se ha llevado a cabo el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este Proyecto de Ley admite la separación de hecho como causa de divorcio en el artículo 86,3, lo cual significa que esta figura jurídica cobrará gran importancia, debido a que a partir de la aprobación del Proyecto, comúnmente denominado Ley de Divorcio, la separación de hecho producirá unos efectos y tendrá unas consecuencias importantes, puesto que puede ser la fase anterior o previa para lograr el divorcio.

Un antecedente de la separación de hecho matrimonial, lo encontramos en la separación por autoridad propia que regula el ordenamiento canónico. El Cánon 1129 del Código de Derecho Canónico dice que el adulterio es causa de separación perpetua entre los esposos; y el Cánon 1130 del mismo Texto Legal señala que esta separación se puede llevar a cabo bien por sentencia del juez

(19)- J. CASTAN TOBEÑAS. " Ob. Cit." Págs. 848 y 849

Si la separación se ha efectuado por autoridad propia, significa que no ha intervenido la potestad pública, esto es que la separación ha sido realizada por el cónyuge inocente. No obstante, hay que señalar que la separación que se produzca por autoridad propia no origina efectos canónicos en el fuero externo, ni tampoco efectos civiles.

El Cónon 1131 expone los motivos legítimos de separación, pero ésta tiene carácter temporal, pudiéndose conceder por un plazo determinado o indefinido. Las causas de separación a las que se refiere este Cónon se llevan a cabo por autoridad propia, en casos excepcionales, aunque la regla general es que se necesita la intervención del Ordinario del Lugar. Si la separación se efectúa por autoridad propia, opina la mayoría de la doctrina que su alcance es exclusivamente moral. Sin embargo otro sector, entre ellos BERNARDEZ (20) piensa que: " la separación por autoridad privada en casos de urgencia no es una separación de mero hecho moralmente lícita, sino una verdadera especie de separación de derecho, de efectos parciales (adquisición de quasi domicilio, imposibilidad de ser demandado como culpable de abandono malicioso, excepción contra la acción del despojado ...) y de carácter provisional, es decir, subordinado a un control de la autoridad competente. Existe, en efecto, la obligación de acudir al Ordinario para la confirmación de la separación provisional. ... Ahora bien, una vez verificada la separación de urgencia por autoridad privada, la decisión de la autoridad tiene carácter declarativo, la comprobación de la existencia de una causa que en un momento de premura aparecía como cierta, y en este caso creemos que la sentencia tiene como objeto dar el carácter definitivo a una situación que surgió con carácter provisional, al amparo de la Ley, y podrá tener efectos retroactivos, desde el momento que se produjo la escisión del consorcio conyugal. La separación privada

(20)- Citado por A. de FUENMAYOR en "La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español" Revista de Derecho Privado. Enero, 1975. Pág.15

por motivos de urgencia es, por consiguiente, un verdadero estado jurídico - de separación con efectos parciales en lo que tiene de provisional y con efectos plenos supeditados a la " homologación " de la autoridad y, por tanto, con " efectos retroactivos ". En igual sentido NAVARRO VALLS (21) se refiere a la separación por autoridad propia del cónyuge inocente en el supuesto de adulterio, en todo caso, o en otras hipótesis que supongan peligro cierto para el alma o para el cuerpo si tuviera que esperarse a un proceso administrativo o judicial; y hace notar que en estas situaciones existe un verdadero estado jurídico de separación, cuyos plenos efectos quedan supeditados a la homologación puramente declarativa de la autoridad judicial (si la separación es perpetua) o administrativa (en los demás supuestos contemplados - en el Cánón 1131).

(21)- Citado por A. de FUENMAYOR en " La separación conyugal... " "Ob.Cit." Pág. 15.

CONCEPTO DE LA SEPARACION DE HECHO

La separación de hecho matrimonial es tratada por parte de la doctrina científica, y hay tendencia a incluir bajo la etiqueta de esta clase de separación toda hipótesis de interrupción de la convivencia de cualquier tipo y por cualquier causa determinada. Y así se dice que la separación de hecho - es el acuerdo de separación negociado entre las partes y no homologado, la si tuación objetiva de no convivencia determinada por el abandono injustificado del domicilio conyugal, la interrupción de la convivencia debida a viajes de negocios, vacaciones, al trabajo realizado en ciudad distinta o al estar in ternado en un hospital, etc.

Pero en esta Tesis al tratar de la separación de hecho matrimonial, lo ha cemos en el sentido de la interrupción de la vida conyugal por voluntad de los esposos y sin que intervenga ningún órgano jurisdiccional, pues es así como entendemos la separación de hecho, y no en el sentido de una cesación temporal de la convivencia conyugal sin que los esposos lo deseen, esto es, que se deba a motivos ajenos a su voluntad.

Al decir que la separación de hecho no es una cesación temporal de la vida matrimonial, no hay que pensar que la separación de hecho origina una in interrupción definitiva de la vida conyugal, pues la posibilidad de que los cón yuges reanuden su vida en común es una de las ventajas que ofrece esta clase de separación frente a la separación legal, puesto que al no existir un proc dimiento judicial no se producen enfrentamientos entre los esposos y es más fácil una futura reconciliación. Pero lo que queremos señalar es que en la se paración de hecho matrimonial tiene gran importancia el elemento intencional de los cóny yuges, esto es el deseo o la voluntad de interrumpir su vida matrimonial, (aunque no es necesario que ello se deba a un motivo determinado y - que esté tipificado en la Ley) y a partir de ese momento vivir por separado, es decir independientemente, a pesar de que no acudan a un procedimiento judi cial en el cual se dicte una sentencia firme de separación, que produzca una

serie de efectos jurídicos entre los esposos, al mismo tiempo que el status de separado.

También puede suceder que sea uno sólo de los esposos el que desee separarse de hecho, lo que da lugar a que el estado de no convivencia sea el resultado no del acuerdo de los cónyuges, sino del hecho unilateral de interrupción de la convivencia, contra o en ausencia de la voluntad del otro consorte. Pero tanto en un supuesto como en otro existe la intención bien de ambos esposos o de uno solo de ellos, y posteriormente consentida por el otro de que se produzca esta situación, debido a que no desean por el momento continuar viviendo juntos.

Para los juristas españoles y franceses, cuyos ordenamientos no conocen la separación consensual homologada, existe poca diferencia entre si la idea de separarse de hecho es de uno o de ambos cónyuges. La atención se centra sobre la causa de la separación, más que sobre el querer de las partes. En estos ordenamientos la voluntad de los esposos de separarse constituye un perfil secundario del problema, en cuanto es de por sí insuficiente para obtener la separación judicial. Sin embargo como el ordenamiento italiano concede al acuerdo de separación personal homologado plenos efectos jurídicos, el interés del jurista se centra en la voluntad en la separación. Por lo tanto la cuestión principal es establecer si la voluntad unilateral de uno de los cónyuges es suficiente para determinar la separación de hecho. (1)

El problema que se puede plantear es si el abandono del domicilio conyugal supone una separación de hecho. Habría que distinguir dentro del abandono si éste se ha producido por justa causa o sin justa causa, debido a que los efectos que se derivan de ello son diferentes, aunque en ambos supuestos se puede señalar que hay un cónyuge que ha provocado esta situación. No obstante esto tiene poca relevancia para determinar si el abandono del domici-

(1)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione di facto" Edit. Giuffrè. Milano, 1978. Págs. 83 y sigs.

lio ocasiona una separación de hecho matrimonial. En principio creemos que habría que contestar negativamente, ya que no existe un acuerdo recíproco entre los esposos de interrumpir su vida matrimonial, sino que únicamente ha habido voluntad por parte de uno de ellos. Además el cónyuge que ha sido abandonado puede pedir la separación judicial, puesto que el abandono es una de las causas de separación, y está regulado en el artículo 105 n.º 2 del Código Civil y también en el artículo 82 n.º 1 párrafo 1.º del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Así, si el cónyuge abandonado interpone demanda de separación está haciendo uso de los recursos que le señala la Ley y por tanto no cabe decir que existe una separación de hecho. Pero si por el contrario, el esposo abandonado no adopta ninguna medida, contra el comportamiento que ha seguido el otro cónyuge, continúan viviendo separados, consideramos que sí que cabe decir que existe una separación de hecho, porque aunque en un primer momento la decisión de separarse sólo surgió de uno de los esposos, al no entablar el otro demanda de separación, podemos pensar que ha adoptado tácitamente la situación que se ha producido, y que no es otra que la separación de hecho matrimonial.

En resumen, pensamos que en el supuesto de abandono del domicilio conyugal por parte de uno de los esposos, si el otro no pide la separación judicial teniendo como tiene motivos para ello, pues está regulado en el ordenamiento Civil, es que no desea esta clase de separación, sino que prefiere la separación de hecho, pues lo ha aceptado tácitamente, ya que no ha puesto ningún obstáculo para que esta situación no se prolongue. Esto es, la separación ha tenido su origen en la decisión unilateral de uno de los esposos, (aunque cabría más hablar de evento de uno de los cónyuges que ha producido esta situación) pero el transcurso del tiempo sin que el cónyuge abandonado adopte alguna medida ad hoc, origina una separación de hecho matrimonial. Pero en ese supuesto no cabe hablar de una separación producida por mutuo acuerdo de las partes, sino que ha habido una única decisión, es decir un consentimiento unilateral, y posteriormente el otro cónyuge ha aceptado la situación, consideramos que-

sopesando los pros y los contras en relación a la separación judicial.

Por lo tanto creemos que la separación de hecho matrimonial puede tener lugar tanto por el acuerdo de ambos cónyuges, como por abandono del domicilio, siempre que el otro no adopte ninguna medida que conduzca a la separación judicial, dando lugar a que se produzca una separación de hecho que tuvo su origen en la voluntad de uno solo de los esposos, pero que ha sido posteriormente aceptado por el otro de una forma tácita. Así tanto en un caso como en otro, hay que manifestar que existe acuerdo por parte de los esposos de llegar a la separación de hecho matrimonial, aunque en el primer caso éste fue mutuo y expreso, mientras que en el segundo fue en un primer momento unilateral, para luego derivar por un consentimiento tácito e un acuerdo común.

Para ROYO MARTINEZ (2) la separación de hecho es "la efectiva cesación de la vida en común de los esposos, con intención de mantener tal estado perpetua e indefinidamente, no autorizada por la autoridad competente." Según ZANON MASDEU (3) es "la conclusión de la vida en común de los cónyuges, por acuerdo unilateral o bilateral de los mismos, con carácter perpetuo o temporal y sin que haya intervenido la autoridad judicial." Considera GATTI (4) que es "la que se crea, sea por mutuo acuerdo entre los cónyuges o por voluntad unilateral de uno de ellos, exista o no la oposición del otro, pero que en ningún caso está autorizada por una decisión judicial." FRANCESCHELLI (5) dice que comúnmente se entiende por separación de hecho aquella situación anómala en

(2)- ROYO MARTINEZ. "Derecho de familia" Sevilla, 1949. Pág.138

(3)- ZANON MASDEU. "La separación matrimonial de hecho" Edit.Hispano Europea. Barcelona, 1974. Pág. 22

(4)- GATTI. "Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges." Revista de Legislación y Jurisprudencia. Julio-Agosto, 1959. Pág. 44

(5)- FRANCESCHELLI. "La separazione di fatto" Milano, 1978. Pág. 69

la cual se encuentran los cónyuges que no conviven, sin que exista sentencia de separación judicial, o acuerdo homologado por el Tribunal. Estos autores parten de dos requisitos fundamentales y necesarios en toda separación de hecho que son:

1º- La voluntad de cesación de la vida en común.

2º- La no intervención de la autoridad competente en la separación de hecho.

Manifiesta CAMARA (6) que hay separación de hecho cuando ambos cónyuges conviven o uno de ellos impone al otro, la cesación temporal o definitiva de la vida en común, con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir aquella, en los dos casos sin intervención del órgano público a quien legalmente compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales.

El concepto dado por el autor que acabamos de citar, nos parece muy amplio al mismo tiempo que reiterativo, porque dice que es " la cesación temporal o definitiva de la vida en común", y a continuación señala: " con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir aquella", viniendo a ser lo mismo puesto que una cosa implica la otra, es decir la cesación de la vida en común, trae como consecuencia la interrupción de ésta. Por lo tanto sería suficiente con señalar que es la cesación temporal o definitiva de la vida en común, porque el propósito de extinguir la misma se sobreentiende, ya que sino no habría separación de hecho.

(6) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil, 1969. Pág. 4

OGAYAR(7) dice que: " es el alejamiento voluntario y consentido de los esposos, con el propósito de extinguir la convivencia. En opinión de FAUS ESTEVE(8) es " el voluntario apartamiento de los cónyuges, con ruptura de efectos y de la vida en común, para dirigir su existencia por rumbos y en ámbitos distintos a los de una íntima y solidaria convivencia, que caracteriza la comunidad matrimonial."

Tiene gran importancia el que señale FAUS ESTEVE que la separación de hecho rompe los efectos del matrimonio, produciendo otros diferentes. Porque en nuestra legislación al no estar reconocida la separación de hecho como institución jurídica, éstos no se regulan de una manera directa, excepto en algunos supuestos y casos concretos, sino que los esposos tienen que pactarlos en el convenio de separación, pero no tienen fuerza vinculante debido a que no existe una sentencia por parte de ningún tribunal, ni tampoco son homologados por un juez. Los únicos efectos que obligan a los cónyuges son los de carácter patrimonial y siempre que se haya estipulado en las capitulaciones matrimoniales.

La define VARELA DE LIMIA (9) como: " una situación por la que los cónyuges, por mutuo acuerdo o unilateralmente, deciden interrumpir de un modo temporal o definitivo, la vida en común, sin intervención de la autoridad competente." RIGGIERO (10) piensa que " es aquella que sin previo juicio e independientemente de las causas que la provoquen , tiene lugar por acuerdo de

(7)- OGAYAR. " La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce. Edit. Reus. Madrid, 1971. Pág. 37.

(8)- FAUS ESTEVE. " La separación de hecho matrimonial". Academia Matritense del Notariado. (Anales de la) 1944. Pág. 303

(9)- VARELA DE LIMIA. " La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español." Edic. Universidad de Navarra. Pamplona, 1972. Pág.21

(10)- RIGGIERO. " Instituciones de Derecho Civil" T.II. vol.2º. Traducido por R. GERRANO SUÑER y J. SANTA CRUZ. Edit. Reus. Madrid, 1944. Pág.189

los cónyuges." Según PEREZ SERRANO (11) es: " la conclusión de la vida en común de los cónyuges, por acuerdo unilateral o bilateral de los mismos, con carácter perpetuo o temporal y sin que haya intervenido la autoridad judicial.

Podemos dar un concepto de la separación de hecho matrimonial, teniendo en cuenta las definiciones anteriores, diciendo que es la interrupción indefinida de la vida conyugal por parte de los esposos, sin intervención de la autoridad judicial competente. Al referirnos a la separación de hecho como "interrupción indefinida", indicamos que ésta puede ser temporal o definitiva, ya que indefinida significa que no tiene término señalado o conocido. Y esto sucede con esta clase de separación, porque a priori no se conoce la duración de la misma, ni siquiera por los esposos, puesto que cabe una reconciliación posterior entre ambos, y como consecuencia la reanudación de la vida en común, siendo ésta una de las ventajas de la separación de hecho frente a la separación judicial. Por parte de los esposos, tenemos que entenderlo tanto en el sentido de que se basa en el acuerdo unilateral o bilateral de los mismos. Y sin intervención de la autoridad judicial competente, porque en España no se lleva a cabo a través de la homologación de un Tribunal, sino que tiene carácter privado y es efectuada por los cónyuges.

Hay una serie de requisitos que tienen que producirse para que la separación de hecho tenga lugar, y son señalados por la doctrina científica (12), pudiéndolos concretar en los siguientes:

(11)- PEREZ RAMOS. "El proceso sumario de separación conyugal" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1978.II. Pág. 538

(12)- CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Pág.4
VARELA DE LIMIA. "La separación convencional..." Pág. 21
ZANON MASDEU. Ob. Cit. Pag. 22

- 1º - Interrupción temporal o definitiva de la vida en común.
- 2º - Acuerdo de los cónyuges, o voluntad de uno de ellos dirigida a tal fin.
- 3º - Sin intervención de la autoridad competente. Esto es que se lleva a cabo de una forma privada o particular, a diferencia de la separación legal que lleva consigo un litigio entre los esposos, con el fin, hasta ahora, de señalar la culpabilidad de uno de ellos o de los dos.

OGAYAR (13) también señala como requisito una causa grave y duradera en la cual se funda la separación de hecho, que generalmente es suficiente para decretar la separación judicial, ya que ambas tienen un mismo origen y obedecen a las mismas causas.

Esta última característica no consideramos que tenga gran relevancia para que exista una separación de hecho, porque a pesar que muchas de estas situaciones se producen por una causa grave, ello no significa que siempre tenga que existir ésta, sino que por el contrario también se dan situaciones en que se originan separaciones de hecho sin que haya un motivo fundamental y concreto, sino que son consecuencia de los esposos no desean seguir conviviendo porque han dejado de quererse y prefieren vivir individualmente, o por otra razón, pero que no tiene porqué concretarse ni estar regulada en el Ordenamiento Civil. Además otra ventaja de esta clase de separación es que no hay que alegar ningún motivo para que se produzca, sino que depende del acuerdo de los cónyuges, aunque por supuesto siempre existe una causa o varias que son las que motivan esta situación.

(13)- OGAYAR. Ob. Cit. Pág. 38

CAPITULO SEGUNDO

LDS PACTOS DE SEPARACION

LOS PACTOS DE SEPARACION

I. CONCEPTO

La separación judicial modifica el status matrimonial cuando se funda en causas legalmente determinadas y efectivamente comprobadas. Pero si la separación es de hecho, el estado de cada cónyuge sigue siendo el de convivencia conyugal, debido a que no existe ninguna sentencia firme que lo modifique.

La separación de hecho matrimonial produce una situación que los cónyuges intentan o tratan de regular previamente, lo que da lugar a los pactos de separación.

Pocos autores dan una definición de los pactos de separación. VARELA DE LIMIA (1) los define como: " Un acuerdo de los cónyuges por el que deciden interrumpir su vida en común ".

No consideramos acertada la definición del autor que acabamos de citar, porque aunque los pactos de separación son un acuerdo, no por este acuerdo, como parece deducirse del concepto dado por VARELA DE LIMIA, se produce la separación de hecho. Sino que la separación de hecho matrimonial se origina por unas causas, y como consecuencia de las mismas algunos esposos llegan a hacer unos convenios de separación. Pero lo que lleva a interrumpir su vida en común no es el acuerdo, sino unas circunstancias o motivos extraordinarios, y para regular esa vida que van a llevar por separado es por lo que en algunos casos se hacen los pactos de separación. Además, no toda separación de hecho matrimonial lleva consigo convenios, pues hay matrimonios que no los estipulan, ya que no tienen las notas de obligatoriedad y vinculatoriedad propias del convenio.

(1)- VARELA DE LIMIA. " La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español." Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1972. Pág. 31

Podríamos definir los pactos de separación como aquellos acuerdos que — estipulan los cónyuges, al separarse o una vez separados de hecho, con el fin de regular su vida futura.

De esta definición podemos deducir como requisitos fundamentales los siguientes:

1º - Los pactos o convenios de separación tienen que ser realizados por los esposos, ya que ellos son las partes afectadas por los mismos.

Al referirnos a que tienen que ser "hechos" por los cónyuges, no hay que entenderlo en sentido literal, porque la mayoría de las veces estos acuerdos están redactados por abogados, aunque siempre es necesaria la presencia del marido y de la mujer para que indiquen el contenido de los mismos.

2º - El fin de estos pactos es la regulación de la vida futura y separada de los consortes, esto es, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges; entre éstos y sus hijos si los hubiere, y en relación con terceros.

II. NATURALEZA JURIDICA

Determinar la naturaleza jurídica de los pactos de separación es un tema cuya dificultad se ve acrecentada porque la doctrina no mantiene una postura unánime, pero todos los autores tienen sobre ello una idea similar, y lo mismo ocurre en el Derecho Comparado.

La doctrina francesa denomina a estos pactos "convenciones de separación amistosa", debido quizás a la influencia de PLANIOL, AUBRI y RAU. Esta denominación no es aceptada por la mayoría de la doctrina española. Así DE LA CAMARA (2) se opone a ella en razón de que estas separaciones están motivadas

(2) - M. DE LA CAMARA, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil, 1969 (Separata) Págs. 13 y 14

por una serie de tensiones entre los esposos, que origina el que en un momento determinado no puedan soportar la vida en común; y aunque pueden ir a un proceso, prefieren solucionar por sí mismos los problemas que se derivan de su nueva situación. Además, la separación amistosa es aquella que se produce sin que exista una desavenencia grave entre los esposos, sino que, cansados de la vida en común, deciden vivir independientemente. De igual forma opina OGAYAR (3), debido a que la falta de afecto da lugar a las separaciones y la causa que las produce nunca puede ser amistosa.

No nos parece tan desencaminada, como señalan los dos autores anteriores, el llamar a los pactos de separación matrimonial convenios de separación — amistosa. Porque pensamos que no tenemos que entender la palabra amistosa desde el punto de vista de la amistad, sino en el sentido de que se produce entre personas que la llevan a cabo sin que tenga lugar un juicio, y un cónyuge sea declarado inocente y el otro culpable. Sino que, por el contrario, buscan un acuerdo con el que tratan de dar una solución a su nueva forma de vida, esto es, una separación consentida o acordada. A veces la separación no se produce por una causa concreta y determinada, lo que no significa que no estén enfrentados los cónyuges y, sin embargo, llegan a una solución que sí podemos llamar amistosa, esto es, acordada.

En Inglaterra se les denomina " agreement " por oposición al " contrato ".

La doctrina italiana no es unánime al referirse a la naturaleza jurídica de los pactos de separación. LUCCI los califica de contratos; CICU de actos de jurisdicción, en los cuales el consentimiento es una simple condición para obtener la separación. SECHI como transacciones. Esto no lo podemos aplicar en el Derecho español, porque el artículo 1814 del Código Civil prohíbe

(3)- T, OGAYAR, " La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce. " Edit. Reus. Revista General de Legislación y Jurisprudencia.1972 Pág. 37

transigir sobre el estado civil de las personas y sobre las cuestiones matrimoniales. A pesar de que algunos autores han querido ver en ellos una transacción y como consecuencia deducen, como veremos más adelante, la nulidad de los pactos de separación.

VIGLIANI califica estos pactos de contratos sobre el estado civil. Esto no cabe en el Derecho español, porque, en primer lugar, no se pueden celebrar contratos sobre el estado civil de las personas, ya que éstas no son objeto del contrato porque están fuera del comercio de los hombres (artículo 1271 del Código Civil), y, en segundo lugar, nuestro ordenamiento admite un número clausus de estados civiles y entre ellos no está el de separado de hecho, puesto que esta figura no está regulada en el Código Civil español.

Finalmente STOLFI los entiende como actos complejos (4).

También los autores españoles se manifiestan en relación a la naturaleza jurídica de estos pactos. FAUS ESTEVE (5) opina que los pactos de separación se parecen a los concordatos judiciales en caso de quiebra, y que sólo tienen la apariencia de juicio y la intervención queda al margen de todo litigio. Continúa diciendo: " son meros pactos de honor; las partes se han sometido a una obligación que tiene su fuerza no en las medidas coercitivas del poder público, sino en el valor de la palabra empeñada ". Nos adherimos a la manifestación de FAUS, pues hoy por hoy, los convenios de separación, en España, son en su mayoría pactos de honor, porque nuestro ordenamiento no regula la separación de hecho, y la fuerza de aquellos está en la palabra dada por los esposos y en la buena fe con que los cónyuges quieran cumplirlos, ya que el poder público no interviene en los mismos.

(4)- Citado por FAUS ESTEVE en "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. II. Pág. 322. 1950

(5)- FAUS ESTEVE. "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T.II. Pág. 322. 1950

VARELA DE LIMIA (6) considera los pactos de separación como convenios, al igual que ZANON MASDEU (7) que los denomina indistintamente pactos o convenios de separación, y dice que constituyen un negocio jurídico de carácter bilateral y no un contrato (ya que están fuera del Derecho Patrimonial) al estar integrados por dos declaraciones de voluntad de los cónyuges, que producen determinados efectos, algunos de los cuales son jurídicos y queridos por los esposos. Compartimos la posición de ALEMANY(8) que afirma que los convenios de separación "no tienen naturaleza consecutiva sino declarativa, es decir, que no son causa de separación de la misma, sino pactos que tienden a regular, de la manera más armónica y más adecuada para el bien común sus inevitables efectos, evitando la anarquía nacida del juego de simples hechos".

III. FORMA DE LOS PACTOS DE SEPARACION

Los pactos de separación de hecho matrimonial pueden ser de dos formas:

- orales o verbales
- escritos: privados y públicos.

Si se hacen verbalmente y los esposos los cumplen, se reducen los problemas que la separación origina, y quedan sometidos a una obligación que tiene su fuerza en el valor de la palabra empeñada. Pero esta forma no se produce con frecuencia en la realidad, porque aunque teóricamente salva una serie de obstáculos a corto plazo, puede plantear inconvenientes a largo plazo ya que al no constar lo estipulado por escrito, puede causar resultados equívocos o una de las partes actuar con mala fe y no cumplir lo pactado.

Este argumento también se puede aplicar a los pactos de separación que se ha-

(6)- VARELA DE LIMIA. " Ob.Cit". Pág. 31

(7)- L. ZANON MASDEU. " La separación matrimonial de hecho" Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1974. Pág. 26

(8)- ALEMANY. " Todo sobre separación matrimonial. Guía legal práctica para todos" Edit. de Vecchi, Barcelona, 1975. Pág. 60

cen por escrito, debido a que de ellos no dimana ninguna fuerza coercitiva, y tanto el marido como la mujer pueden no acatarlos, pero siempre queda el documento que produce un mayor respeto, a pesar de que tampoco tenga fuerza obligatoria.

Si el convenio de separación de hecho se pacta por escrito, puede hacerse en documento privado, porque aunque en algunos aspectos puede ser nulo e ineficaz pedir su cumplimiento formal, pensamos que es suficiente el " pacto entre caballeros ". No hay que olvidar que los matrimonios que llegan a una separación de hecho lógicamente piensan cumplir lo convenido, puesto que de otra manera es mejor acudir a un Tribunal y que éste dicte una sentencia, la cual tiene que ser cumplida por los esposos. Si tenemos esto en consideración, no parece tan difícil que los acuerdos entre los cónyuges sean respetados y llevados a la práctica, con lo cual resuelven sus problemas por medios indirectos. Además en un futuro estos pactos pueden ser modificados si ambos conyugues están de acuerdo, o pedir la separación judicial si lo creen pertinente.

La Ley de 2 de Mayo de 1975 reformó algunos artículos referentes a las capitulaciones matrimoniales, permitiéndose ahora modificar o hacer capitulaciones por primera vez constante matrimonio (artículo 1315 del Código Civil), y ello trae como consecuencia que el aspecto económico patrimonial se pueda estipular de acuerdo con la nueva situación de los esposos, lo cual estaba antes prohibido por nuestro ordenamiento jurídico en base al antiguo texto del artículo 1320 del Código Civil. Este ha sido un argumento sólido, porque muchos autores afirmaban que los pactos de separación alteraban el régimen económico - conyugal. Si se hacen capitulaciones matrimoniales, éstas tienen que constar en escritura pública, artículo 1321 del Código Civil, de lo que se deduce que esta parte del pacto de separación tiene que hacerse en documento público y así lo establece el artículo 1280 del Código Civil.

Con respecto a los demás aspectos que tiene que recoger el convenio de separación, la doctrina mantiene un criterio unánime. Podemos señalar dos tendencias diferenciadas: los que consideran que no se puede hacer un documento público y los que afirman lo contrario.

Dentro de la primera postura se encuentra OGAYAR (9) que expresa que nunca se utiliza el convenio consignado en escritura pública, porque el notario no puede autorizarla, por ser un acto contrario a la ley, que no podría incorporar a su protocolo. Posteriormente en una conferencia celebrada en el Colegio Notarial de Barcelona el 15 de Junio de 1973 manifestó que como actividad creadora notarial pueden admitirse las escrituras de separación matrimonial de los cónyuges, en las que se refleja el acuerdo de voluntades y la separación pacífica, máxime cuando se regulan en el pacto sólo efectos personales para los esposos y para los hijos, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y que, si no se impugna, surte todos los efectos. Así cumplirá el Notario una vez más su misión de abrir cauces a las nuevas concepciones doctrinales, colocando los primeros sillares de la nueva legislación.(10). -

FAUS ESTEVE (11) mantiene la misma línea de opinión que expresó OGAYAR en 1972, y entiende que el Notario debe negarse a autorizar escrituras públicas en que se plasmen contratos de separación amistosa, pero no hay que olvidar que ésto fue manifestado por el autor en 1946

La segunda tesis es defendida por IZQUIERDO (12) que discrepa de FAUS y está más de acuerdo con SANTAMARIA (13) quien estima que si la fórmula per

(9)- T. OGAYAR, " Op. Cit. " Pág. 52

(10) Cit. por E. TAULET RODRIGUEZ - LUESO en " Las separaciones de hecho y la situación de la mujer" Revista General de Legislación y Jurisprudencia Enero, 1980, Pág. 31

(11) FAUS ESTEVE. " Op. Cit." Págs. 360 y ss.

(12) IZQUIERDO. " El abogado ante la separación de hecho" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero - Junio, 1971. Pág. 813

(13) A. SANTAMARIA ROJAS. " La autoridad marital en la vida" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. V. 1950. Págs. 80 - 82

fecta para la manifestación de voluntad es la escritura ante Notario, es lógico que los cónyuges que se separen puedan hacerlo sin declarar ante nadie sus razones particulares.

También ALEMANY (14) sostiene que es práctica suscribir los contratos de separación en documento público acudiendo a un Notario para revestir el acto de mayor solemnidad y formalidad externa, es decir, para protocolizar dicho documento, transcribiéndolo en su archivo y expediendo testimonio o copia del mismo a favor de los interesados, y " que la práctica de firmar estos documentos de separación ante Notario es la que más abunda, por ser la más aconsejable en este momento en que no existe el divorcio, ya que los cónyuges saben que el vínculo queda intacto y que no pueden ni soñar con pasar a nuevas nupcias " (15)

Una solución intermedia o ecléctica es mantenida por F. LUCAS FERNANDEZ(16) que considera que en la práctica, los pactos de separación se suelen estipular en documento privado; el motivo puede ser una prudente aversión de los Notarios a intervenir en los mismos; aunque cree que después de la Ley de 2 de Mayo de 1975, que permite estipular el régimen de separación de bienes, considera posible que se otorgue también en escritura pública el convenio básico de separación.

Los convenios de separación en forma pública, pueden hacerse en:

A - Acta Notarial. En ellas el fedatario se limita a emitir un

(14)- ALEMANY. " La separación de hecho matrimonial" Revista Jurídica de Cataluña, 2. 1966. Pág. 401. " Todo sobre la separación matrimonial:..."Pág.58

(15)- ALEMANY." Hacia la normalización de la separación matrimonial" Foro Gallejo., 1979, Pág. 9

(16)- F. LUCAS FERNANDEZ. " La evolución del Derecho respecto de las relaciones personales entre cónyuges" Revista de Derecho Notarial. Julio - Diciembre, 1975. Pág. 198

juicio de licitud, que consista en afirmar que el hecho documentado no es contrario al orden público, a la Ley y a las buenas costumbres. Pensamos que los acuerdos de separación de hecho matrimonial no se oponen a estos principios, en contra de lo que opina un sector de la doctrina científica, aunque hay que decir que éste es cada vez más minoritario.

Al realizarse los pactos de separación en un acta notarial - le bastará al Notario emitir el juicio de licitud, debido a que es éste el que producen las actas notariales, a diferencia de las escrituras públicas que producen un juicio de legalidad. En las actas, el Notario no tiene porqué preocuparse del examen de los presupuestos y elementos de hecho y de su aptitud para producir el efecto apetecido, sino que en ella el Notario da fe de ciertos hechos lícitos de vista u oído, que percibe o realiza, entre los cuales puede haber declaraciones de voluntad, incluso negociales, pero en tal supuesto el documento no es forma notarial de expresión de éstas (17).

Dichas actas tienen que hacer referencia a las relaciones personales entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos. En ellas se especificará el domicilio de los esposos, que a partir de la separación de hecho será diferente, la presunción de paternidad del artículo 108 del Código Civil, los alimentos que un cónyuge tendrá que pasar al otro y a los hijos, así como la guarda y cuidado de los mismos.

(17)- V. FONT BOIX. "El Notario y la jurisdicción voluntaria" VIII Congreso Internacional del Notariado Latino. México, 1966. Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. V.I. Págs. 729 - 731

En las actas firmarán los cónyuges, con lo cual su firma queda ya legitimada, y además se tendrá constancia de la fecha de los acuerdos de separación, dato que será de gran utilidad para determinar el momento en que se ha producido la separación de hecho. Ello es importante porque podrá presentarse como prueba, en contra de ciertas presunciones, como puede ser la de legitimidad de un hijo que haya nacido una vez transcurridos los trescientos días desde la separación de hecho. También servirá para señalar el tiempo que ha transcurrido desde que se produjo dicha separación, y luego tenerlo en cuenta para contar el plazo, y en su caso si es que los cónyuges lo desean, puede servir para esgrimir la separación de hecho como causa de separación judicial o bien de divorcio, a tenor de los artículos 82 y 86 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Las actas producen una serie de efectos como es la legitimación de las firmas, y de la fecha; los demás efectos se producen de forma indirecta, entendiéndose por ello que no tienen fuerza vinculante entre las partes, aunque sí que procede el acudir a un juicio si alguno no se cumple, por ejemplo, los alimentos; y además, siempre queda la posibilidad de que si uno de los esposos no respeta el convenio se pueda interponer una demanda y acudir al procedimiento judicial para obtener la separación legal.

B - Escritura Pública. El régimen económico conyugal se tiene que pagar en capitulaciones matrimoniales. El aspecto económico tiene gran importancia pudiendo, a partir de la Ley de 2 de Mayo de 1976, modificarse los capítulos matrimoniales o hacerlos por vez primera constante matrimonio. Esto ha supuesto un avance en el Derecho Común, debido a que el régimen legal subsidiario matrimonial

es el de la sociedad de gananciales. No obstante hay que tener en cuenta que este régimen no es el idóneo para las situaciones anómalas del matrimonio, siendo lo más adecuado en estos casos liquidar la sociedad legal de gananciales, y a partir de ese momento regirse por el régimen de separación de bienes, que es el apropiado para su nueva situación.

Es necesario y obligatorio, a tenor del artículo 1321 del Código Civil, que las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones de las mismas consten en escritura pública. Por tanto el notario emite un juicio de legalidad, puesto que examina los presupuestos y elementos de hecho hasta llegar a la conclusión de su idoneidad para producir los efectos apreciados por las partes, dentro del orden jurídico establecido. Al hacerse el aspecto económico matrimonial en escritura pública se inscribirá en el Registro de la Propiedad, con lo cual surte efectos frente a terceros, mientras que como el aspecto personal se realiza en acta notarial no cabe inscribirlo en el Registro.

Finalmente hay que precisar que:

- a) El mero acuerdo no puede tener el mismo valor, trascendencia, eficacia, obligatoriedad, y vinculatoriedad de la sentencia de separación o la homologación judicial de un convenio, como homologación constitutiva con posibilidades de determinar o precisar el alcance y contenido del convenio.

- b) El convenio no excluye el deber de convivencia, por lo que cualquier cónyuge puede, en todo momento, denunciar el convenio y solicitar o demandar la normal reanudación de la convivencia matrimonial.
- c) El convenio justifica la separación y excluye toda imputación de abandono al cónyuge que, conforme a él, se aleja del hogar familiar.
- d) La situación de separación de hecho no excluye en modo alguno la acción de separación por causas que no sean el abandono consentido o condonado. (18) "

" El convenio de separación de hecho puede ser contenido en un documento único. Pero es frecuente que su documentación sea plural, de modo que el documento básico de separación de hecho se complementa con documentos de acuerdo, de consentimiento que produzcan de hecho la deseada autonomía o independencia de los cónyuges en el marco de las normas legales aplicables a todo matrimonio no separado legalmente. El convenio de separación es, por su esencia un todo unitario, cualquiera que sea el número de documentos en que se plasme o se formalice " (19).

IV. CONTENIDO DE LOS PACTOS DE SEPARACION

Es bastante común la opinión según la cual estos pactos no tienen valor ni eficacia jurídica, pues son nulos en cuanto contrarios al deber de convivencia. Sin embargo se va abriendo camino la idea de reconocer a estos con

(18)- R. BLANQUER UBEROS. " Los efectos del divorcio de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho Comparado." Con la colaboración de J.L. MARTINEZ GIL y V.L. SIMO - SANTOJA . XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971. Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. Vol. III. , Madrid, 1975. Pág. 771

(19)- R. BLANQUER UBEROS. " Ob. Cit." Pág. 767

venios cierto grado de eficacia jurídica, sin perjuicio de reconocer, de plano y sin reservas:

- a) Que no tienen las notas de obligatoriedad y vinculatoriedad propias del convenio, o contrato en general.
- b) Que nunca pueden sustituir los efectos y alcance de la decisión judicial que establece o sanciona una separación personal.

Dentro de los convenios de separación se pueden señalar unos efectos negativos y otros positivos. El efecto negativo significa que se excluye la figura del abandono de familia, en su aspecto civil de causa de separación, porque al ser consentido por ambos cónyuges, ninguno puede invocar la condición de inocente como legitimante del ejercicio de la acción de separación basada en el abandono.

Los efectos positivos se deben a que crea un cierto vínculo jurídico entre los cónyuges, a modo de pacto normativo, más o menos desarrollado, preciso y municioso, que establece un modus vivendi, rota la vida común, aunque sin anular el deber jurídico, que subsiste. La normalidad e inatacabilidad de las separaciones de hecho surgidas de la decisión voluntaria de los cónyuges no relacionada con el deber de vida común y su cumplimiento, o la posible existencia de causas de separación que legitimarían el ejercicio de la acción correspondiente por los cónyuges que convienen su separación de hecho, justifican, en definitiva, un pacto que regula una situación de hecho, pero que no rompe ni desvirtúa el deber jurídico de convivencia. También crea la posibilidad de ejercitar incluso judicialmente, los concretos derechos y prerrogativas nacidos en el marco del pacto o convenio de separación como, por ejemplo, los alimentos convenidos a cargo de un cónyuge y en beneficio de otro y de la prole confiada a este último.

Los límites del convenio de separación producen, dentro del marco gene-

ral del esquema legal de la normalidad conyugal, unas peculiares normas convencionales para cubrir el hecho de la cesación de la vida común.

El primer límite se deriva del derecho de cada cónyuge, que sigue vivo y operante, para exigir la plena efectividad de las básicas obligaciones de los cónyuges, y en particular, la de la convivencia. El convenio de separación de hecho no obliga a vivir separados, sino que establece la forma de producirse los cónyuges en tanto vivan separados. Es un aspecto denunciable ad libitum. Aunque puede señalarse un límite al límite; así, en el caso de que la denuncia del pacto implicase un ejercicio abusivo del derecho subjetivo.

El segundo límite nace de la posibilidad, tampoco constreñida en modo alguno por la separación de hecho, de que uno u otro de los cónyuges demande la separación personal en base a cualquiera de las causas que la Ley reconoce, que no sea el abandono del hogar familiar, consentido o condenado.⁽²⁰⁾

El contenido de los pactos de separación debe abarcar todos aquellos puntos que ofrezcan interés y puedan presentar problemas para los cónyuges en su vida futura y separada.

Estos convenios producen unos efectos en la separación de hecho matrimonial que no tiene carácter jurídico por no estar regulados en la ley. Pero ello no significa que no tengan que ser respetados por las personas que los estipulan, aunque en un momento determinado puede uno de los esposos dejar de cumplirlos y por lo tanto quedar sin vigencia el pacto.

Dentro de los acuerdos de separación podemos distinguir unos puntos o aspectos de carácter necesario y otros de contenido eventual.

Entre los primeros están aquellos que contienen los pactos indispensables para que se produzca la separación de hecho. Y son los que se refieren a la declaración de voluntad de los cónyuges de querer suspender la convivencia; los referentes a las personas y bienes de los esposos y de sus hijos.

(20)- R. BLENQUER UBEROS. "Ob. Cit." Págs. 766 y 767

Hay una gran relación entre estos pactos y el acuerdo por parte de los cónyuges de separarse, de tal manera que si la separación no se produce, los pactos quedan sin efecto.

Los de contenido eventual incluyen todos aquellos aspectos que no tienen una naturaleza estrictamente familiar. No existe relación entre estos pactos y el acuerdo de separación, aunque estos nacen con la separación, no están vinculados a ésta por una relación de accesoriedad, y pueden seguir existiendo a pesar de que la separación no se llegue a efectuar o se extinga.

Los aspectos sobre los que se suele pactar el convenio son:

- Domicilio:

Los cónyuges acuerdan para lo sucesivo vivir en diferentes domicilios, estableciendo cada uno el suyo propio con independencia del otro, y pudiéndolo fijar en cualquier lugar de España o del extranjero. Con esto se evita el que uno de los esposos pueda poner al otro una denuncia — por abandono de familia.

- El consentimiento uxorio que necesita el marido para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles; aunque el consentimiento uxorio tiene carácter revocable.

La mayor o menor amplitud del consentimiento uxorio venía determinada, antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975, por la que el marido concedía a la mujer en la licencia marital.

- La licencia marital:

Se regulaba con anterioridad a la Reforma del Código Civil de 2 de Mayo de 1975, ya que fue suprimida por ésta.

Era un tema de gran importancia, porque de ello dependía el que la mujer pudiera actuar en el mundo jurídico.

- La presunción de paternidad del artículo 168 del Código Civil:

Es una de las medidas que el marido tratará de evitar por todos los medios, sobre los hijos que posteriormente tenga la mujer separada de él.

cho. Pero cualquier acuerdo que se haga en el sentido de considerar ilegítimos los hijos que nazcan después de la separación de hecho, carece de eficacia en la actualidad; y es el marido el que tiene que demostrar la imposibilidad física de acceso a la mujer en los primeros - ciento veinte días de los trescientos que señala el artículo 108 del Código Civil, para que el hijo sea adulterino.

Esta postura ha sido la mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque en los últimos años las sentencias han señalado un carácter innovador.

Sin embargo el Proyecto de Ley de filiación regula en su artículo 116 que se presumirán hijos del marido los nacidos antes de los trescientos días de la separación de hecho. Por tanto los hijos nacidos - después de este plazo no son hijos del marido. Ello supondrá una gran ventaja para los maridos separados de hecho, ya que a partir de la aprobación de este Proyecto, ya no tendrán que probar la imposibilidad física de acceso a su mujer en los primeros ciento veinte días a partir de la concepción del hijo.

Nuestro ordenamiento jurídico prohibía la investigación de la paternidad, pero la Constitución española de 1978 en su artículo 39, 2º último inciso dice: " La ley posibilitará la investigación de la paternidad". Hace mención de ello el Proyecto de Ley sobre filiación en diversos - preceptos legales.

- Alimentos:

que por lo general tiene que pasar el marido a la mujer y a los hijos que vivan con ésta, ya que hasta ahora había pocas mujeres que trabajaban, o bien los bienes privativos que poseían eran insuficientes. Aunque puede haber casos en que sea la mujer la que tenga que dar alimentos a su marido por alguna circunstancia especial.

Los alimentos se dan, bien a través de una pensión alimenticia cada mes, que estará en relación con el sueldo que perciba el marido y - que aumentará de acuerdo con el índice del coste de la vida, o bien se asignan unos bienes gananciales a la mujer para que los administre.

Aunque consideramos que actualmente en base al principio de igualdad jurídica de los cónyuges, no tiene porqué ser una obligación del marido (puesto que hasta ahora era lo que predominaba en la práctica) el pasar alimentos a su mujer. Sino que creemos que los debe pasar únicamente si ésta los necesita, debido a que la separación de hecho le suponga una situación más desfavorable desde el punto de vista económico; de igual forma que tendría que ser la mujer la que se los diera al marido, si la situación se produce a la inversa, bien porque sea incapaz para ejercer una profesión u oficio, bien por otra circunstancia. Pero si ambos se encuentran en las mismas condiciones económicas, creemos - que no tiene porqué existir la obligación de prestarse alimentos.

No obstante, sí que tienen la obligación de pasar alimentos a los hijos, bien uno de ellos, si el otro económicamente no puede, bien ambos, dividiéndose la cantidad entre los dos en proporción a los medios o recursos de que dispongan.

Los alimentos varían siempre que aumenten las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentado

Si por alguna razón los cónyuges no cumplen lo pactado en el convenio de separación relacionado a los alimentos, puede el esposo perjudicado interponer demanda y consiguientemente acudir a juicio con el - objetivo de que se estime su pretensión.

- La guarda de los hijos, que se quedarán a vivir con el padre o con la madre. Si se ha producido la separación por abandono de uno de los cónyuges con justa causa vivirán con éste, y si no hay justa causa se quedarán con el otro cónyuge.

También se puede pactar que los hijos vivan una temporada con el -

marido y otra con la mujer, o siempre con el mismo cónyuge.

El esposo que no viva con los hijos tiene derecho a visitarlos, y así constará en el acuerdo

- El aspecto económico - patrimonial se hará a través de capitulaciones matrimoniales. Sobre todo en aquello relativo al régimen económico-conyugal, siempre que ambos cónyuges estén de acuerdo en ello.

En estos convenios o pactos de separación se suelen incluir una serie de cláusulas, entre las más usuales podemos citar:

- " La duración de este contrato será hasta tanto que ambos otorgantes - convengan en reanudar la vida en común "
- " En caso de incumplimiento de alguna o algunas de las cláusulas del presente contrato, sus firmantes quedarán en libertad para actuar ante los Juzgados y Tribunales de Justicia con arreglo a la legislación vigente en materia de Derecho Matrimonial."

V. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS PACTOS DE SEPARACION

Un sector de la doctrina científica se apoya en una serie de argumentos para negar la admisión de los pactos en la separación de hecho matrimonial. Para ello se basan en diversos preceptos legales.

Los argumentos son:

1. Que son contrarios a la Ley, a las buenas costumbres y al orden público
2. Que su causa es ilícita.
3. Que constituyen una transacción prohibida.
4. Que van en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal.

1. QUE SON CONTRARIOS A LA LEY, A LAS BUENAS COSTUMBRES
Y AL ORDEN PUBLICO

A. Que van en contra de la ley y del orden publico

Sabemos que el Derecho de Familia tiene unas características peculiares, de las cuales derivan una serie de consecuencias, entre las que se encuentra el que sus disposiciones tienen carácter de normas de Orden Público y por tanto son imperativas e inderogables.

Ello significa que es la ley y no la autonomía de la voluntad la que regula el contenido, extinción y eficacia de las relaciones familiares. Por eso dice CASTAN (20) que a pesar de que el individuo es libre de hacer surgir una relación, en este caso el matrimonio, sin embargo no puede alterar su regulación legal, salvo en términos muy reducidos y excepcionales.

El artículo 56 del Código Civil determina como obligación de los cónyuges el que éstos vivan juntos. Nos podemos preguntar si este precepto es una norma imperativa o una norma dispositiva.

Si tiene carácter imperativo es un precepto de ius cogens y tiene que ser cumplido por el marido y la mujer, consiguientemente no interviene la autonomía de su voluntad ni pueden pactar en los convenios de separación sobre este aspecto, ya que el acuerdo sería nulo. En esto se basa un sector de la doctrina, negando por tanto la validez de dichos pactos; entre otros autores podemos citar a GARCIA CANTERO (21) que estima que los convenios que nacen como consecuencia de una separación de hecho, en los que se pacta que-

(21)- J. CASTAN TOBEÑAS. "Derecho Civil Español. común y foral" T./I. vol.I 1976, Pág. 47

(22)- G. GARCIA CANTERO. "La filosofía del divorcio" ABC de 2 de febrero de 1978. Sección: Tribuna Pública.

se pacta que los esposos a partir de ese momento viven separados son nulos porque se va en contra del deber de convivencia que es una norma de Orden - Público.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene idéntica posición y afirma que los cónyuges tienen obligación de vivir juntos como consecuencia de - su matrimonio, y que ésta es una cuestión de Orden Público o de Derecho necesario. Entre otras sentencias podemos señalar la de 19 de Diciembre de 1932 que expresa: " Que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo por oponerse al deber consignado en el artículo 56 del Código Civil... " La sentencia de 17 de Junio de 1949 que en uno de sus considerandos dice: " La ineficacia de un convenio otorgado entre los cónyuges por documento privado protocolizado, y en el que, tratando de solucionar las diferencias existentes entre ellos, establezcan ciertas disposiciones en orden a las relaciones personales y patrimoniales entre ellos y sobre el cuidado de sus hijos ..." " ... un tal convenio entre cónyuges es carente de toda eficacia legal por imperativo de los preceptos legales vigentes, como contrario a las normas de la institución familiar ".

Igualmente la sentencia de 30 de Septiembre de 1959, mantiene: " El incumplimiento de las obligaciones que impone a los cónyuges el artículo 56 del - Código Civil, no puede ser objeto de contrato, por tener una causa ilícita, y no precisa impugnación de parte, y estableciendo dicho artículo la comunidad de vida matrimonial sin distinciones ni limitación alguna, ha de reputarse inmoral y de orden público todo pacto que contraría este precepto ". También la sentencia de 20 de Febrero de 1960 considera que: " ... En nuestro Derecho Positivo, a diferencia de algún extranjero, totalmente alejado de la tradición y costumbre patrias, en que la mujer casada puede elegir libremente su domicilio, ya que el estado matrimonial no produce para los cónyuges - la obligación de convivir, el matrimonio les impone este deber ético-jurídico conjuntamente con el de fidelidad y asistencia recíproca, como lo proclaman los artículos 56, 57 , 58 del Código Civil y todo pacto o situación de hecho que vulnere este supremo principio de vida común, por ser contra-

rio a las normas del Derecho de Familia puro, es nulo " per se ", y, por lo tanto, no puede invocarse con éxito ante los Tribunales a fin de mantener el " statu quo " más o menos tolerado o padecido, cuando uno de los esposos reclama la convivencia una vez cesada la causa que sólo la suspendió en garantía precisamente de la mujer, que se niega a reanudarla pese a los reiterados requerimientos del marido ".

La Dirección General de los Registros y del Notariado sigue la misma dirección del Tribunal Supremo, y la Resolución de 30 de Noviembre de 1917 estima que los acuerdos de separación carecen de eficacia legal, por ser contrarios al Orden Público, porque la obligación de los esposos es vivir juntos y no puede ser modificada por el mutuo acuerdo de los obligados. Y la Resolución de fecha 1 de Junio de 1943 manifiesta que: " Considerando que la obligación de vivir juntos impuesta a los cónyuges como inmediata consecuencia de la comunidad matrimonial, por el artículo 56 del Código Civil, confirmada en cierto modo, por los cánones 1016 y 1128 del Codex Iuris Canonici, es, en su generalidad de Orden Público, o del Derecho necesario, según declaró este Centro en 30 de Noviembre de 1916, y aunque en la realidad existan situaciones anómalas que puedan repercutir en el ordenamiento civil, sin necesidad de provocar separaciones judiciales definitivas o provisionales como las que ponen de relieve los cánones 1130 y 1131 del citado Codex, las situaciones especiales creadas en estos últimos tiempos por las leyes nacionales que tienden a reconstituir la familia, algún Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que les da carta de naturaleza y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden a la deuda alimenticia, no es posible admitir que las manifestaciones de los cónyuges, hechas en la forma inadecuada de un acto de conciliación, sirvan para destruir la comunidad matrimonial. y alterar profundamente el régimen económico de la familia ".

Sin embargo, si estimamos que el artículo 56 del Código Civil tiene carác

ter dispositivo cabe que los esposos puedan regular en el convenio de separación no vivir juntos siempre que ambos estén de acuerdo y se deba a unas — circunstancias especiales. La obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos se deriva de que forman una comunidad dentro de la cual cumplen unos fines, pero parte de éstos dejan de tener sentido cuando las relaciones entre ellos dejan de ser normales. Entonces lo más conveniente es buscar una solución que les beneficie, como es la separación de hecho matrimonial, haciendo unos pactos en los cuales señalan domicilios diferentes. Ello se puede derivar del artículo 58 del Código Civil que se refiere al domicilio conyugal. Este precepto antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975 determinaba como hipótesis general — que la mujer estaba obligada a seguir a su marido donde quiera que fuera, excepto en unos casos concretos y determinados. Después de la Reforma de 1975 — fue modificado el artículo citado siguiendo el principio de igualdad jurídica del marido y la mujer, dejando abierta la posibilidad de que en algunos supuestos los que deciden son los Tribunales.

Algunos autores mantienen la posición que los acuerdos de separación de hecho matrimonial no están en contra del Orden Público y por lo tanto no son nulos a pesar que se pacte en ellos que los esposos a partir de ese momento — no vivirán juntos. Entre otros podemos citar a DE LA CAMARA (23) que afirma — que no es conveniente y es hasta cierto punto ilícito imponer a los cónyuges una convivencia que ninguno desea. Además, la obligación de convivir no es — una exigencia ligada al estado matrimonial, al contrario que la fidelidad. — Señala que el deber de convivencia no es absoluto, y que la separación no es una situación ilegal e inmoral, porque de ocurrir así también lo sería la separación judicial, y es admitida y se hace conforme a derecho.

(23)- DE LA CAMARA. " Ob.Cit". Pág. 17

También ZANON MASDEU (24) sostiene una postura similar a la de CAMARA, - pues cree que los convenios de separación no se oponen " per se " a la ley, - y concretamente, el artículo 56 del Código Civil, ya que en determinadas circunstancias no es lícito imponer a los esposos una convivencia patrimonial - en contra de su voluntad. La misma tesis es mantenida por OGAYAR (25). RICHARD SON no encuentra la diferencia que hay a efectos de Orden Público entre la separación judicial y la separación de hecho, porque los cónyuges que se encuentran en estas situaciones tienen una existencia igual de digna y una conducta seria.

En Francia, COLIN Y CAPITANT sostienen la misma postura, y STOLFI cree - que se confunde el Orden Público con el interés Público.

Además, hemos que recordar que una de las características del Derecho de Familia es la primacía del interés social sobre el individual, entendiendo por interés social el de la comunidad conyugal. Aquí pensamos que interés de dicha comunidad, en el caso de que el matrimonio esté separado de hecho, es que el marido y la mujer tengan domicilios distintos, esto es, que no vivan juntos.

B. Son contrarios a la Moral y a las buenas costumbres.

Las normas del Derecho de Familia tienen un carácter más bien moral que jurídico, debido a que, como dice RUGGIERO (26), está fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación. " En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre y la moral ".

(24)- L. ZANON MASDEU. " Ob. Cit." Pág. 31

(25)- T. OGAYAR. " Ob. Cit." Pág. 42

(26)- RUGGIERO. " Instituciones " Edición española T.II. Pág. 659

Se ha estimado por un sector de la doctrina, que los pactos de separación son inmorales porque es contrario a la naturaleza del hombre vivir solo y conduce fácilmente al adulterio. También se apoyan en el artículo 1255 del Código Civil, que dice: " Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios ... a la moral ". Basándose en este precepto, afirman que son nulos aquellos negocios que atentan contra la moral, y estos pactos consideran que van contra las buenas costumbres.

El Derecho Canónico considera lícita la falta de convivencia siempre que quede a salvo el " ius ad copulam ". Y la jurisprudencia francesa se pronunció en el sentido de que si dos esposos están separados deben prestarse el débito en su propio domicilio o " in locum honestum ".

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1905 dice: " De-
prevaler la doctrina que del recurso se deriva, se vendría a sancionar -
que los unidos por el vínculo del matrimonio podrían prescindir de él separándose por su propia voluntad, estableciendo en contra del artículo 56 del Código Civil un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo y perturbando la unidad de la familia en oposición a lo que la ley, de acuerdo con la moral, tiene establecido ".

Junto a estas opiniones, hay otras opuestas como la de RICHARDSON (27)- que estima inaplicable la nulidad de los pactos de separación por contravención de las " bonas mores ". Y argumenta que cuando dos esposos se dirigen a la justicia son adversarios, teniéndose que acusar mutuamente personas que -

(27)- RICHARDSON, " Les pactes de separation amiable entre epoux" Paris, 1930. Págs. 315 y ss.

han estado unidas y revelar públicamente sus asuntos más privados, buscando testigos entre aquellos que han vivido cerca de ellos. Aunque el matrimonio no sea disuelto por la ley, lo será en su corazón. Es mejor que los esposos que creen imposible una vida en común, fijen mediante un pacto las condiciones de su separación, haciendo concesiones y no exponiendo en público su vida íntima.

Tampoco consideramos que los convenios de separación vayan contra la moral y las buenas costumbres. Porque aunque sea contrario a la naturaleza del hombre el que éste viva solo, no significa que sea inmoral, ya que de hecho hay personas que viven solas y por ello no se oponen a las buenas costumbres. Hay que pensar que si fracasa un matrimonio, hay desunión entre los cónyuges a pesar de que sigan conviviendo, y ellos interiormente se encuentran solos. Nos preguntamos ¿no va esto en contra de la moral más que los pactos de separación hechos por los esposos en estas circunstancias?. Por el mismo razonamiento no creemos que una separación de hecho origine con más facilidad el adulterio, porque tanto lo puede causar ésta como la separación judicial o un matrimonio mal avenido. Pues tanto en unos supuestos como en otros, la situación es similar, y es la soledad que sienten y en la cual se encuentran lo que les puede llevar a éste.

Nos parecen totalmente inmorales e irresponsables las posturas sostenidas por el Derecho Canónico y la Jurisprudencia francesa, que atentan a la dignidad de la persona humana, al considerar el " ius ad copulam " como un acto totalmente aislado en el contexto de la separación de hecho matrimonial, y no en relación con el matrimonio en sí mismo y los fines de éste.

2. SU CAUSA ES ILICITA

Este argumento se basa en que los pactos de separación tienen una causa ilícita.

Antiguamente se tenía acción para obligar al cónyuge que se hubiera separado a regresar a su hogar, obligándole a convivir. Esta solución no sirve hoy en día; además, va contra la dignidad y libertad del cónyuge al obligarle a que viva con el otro. Por lo tanto a los esposos sólo se les puede obligar a convivir indirectamente, aunque de hecho hay sanciones civiles y penales cuando uno de ellos quiere separarse; por el contrario, no existe ninguna sanción cuando la intención parte de ambos.

Nuestro Código no se define respecto el acuerdo de los consortes a separarse, pero tampoco existe un precepto determinado que lo prohíba. Lo que no está permitido es llevar los mismos efectos jurídicos que se desprenden de la separación judicial a una separación de hecho, porque daría lugar a que los cónyuges constituyeran jurídicamente su propio destino, al mismo tiempo que se tomarían la justicia por su mano. Aunque tampoco se puede dictar la nulidad de estos pactos de separación.

Como en los demás argumentos, que hemos examinado, en contra de los pactos de separación, en éste también nos encontramos con que existe una corriente a favor y otra en contra.

Entre los autores que creen que los convenios de separación tienen una causa ilícita están: DABIN dice que todo contrato, que tenga por objeto regular las condiciones pactadas por los mismos cónyuges para su separación, es ilícito y no puede producir ningún efecto jurídico. Es el objeto ilícito de la obligación de una de las partes lo que constituye la causa ilícita de la contráida por la otra. La operación es ilícita y debido al vínculo sinalagmático que hay entre las obligaciones, éstas deben de ser anuladas. CAPITANT apoya también la misma teoría.

En la doctrina española está NUÑEZ LAGOS, que se muestra de acuerdo con los autores anteriores, y dice que la Jurisprudencia hace cada día mayor la aplicación de la causa ilícita.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo da un concepto de causa ilícita, diciendo que son aquellas convenciones que no encierran en sí ningún elemento de directa anti-juridicidad, sino que son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación, la sentencia de 2 de Abril de 1941 considera que: "El concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran amplitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no sólo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, sino también múltiples convenciones que, no encorriendo en sí ningún elemento de directa anti-juridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto". También la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 1959 dice que: "El incumplimiento de las obligaciones que impone a los cónyuges el artículo 56 del Código Civil, no puede ser objeto de contrato, por tener una causa ilícita y no precisa impugnación de parte, y estableciendo dicho artículo la comunidad de vida matrimonial sin distinciones ni delimitación alguna, ha de reputarse inmoral y de Orden Público todo pacto que contraríe este principio".

Como vemos, la Jurisprudencia tiende a considerar que el incumplimiento de las obligaciones que impone el artículo 56 del Código Civil a los cónyuges, no puede ser objeto de contrato por tener una causa ilícita. La ilicitud se deriva de la infracción de una norma imperativa, y ello hace que este razonamiento no tenga sustantividad propia, por estar subsimidos en él los acuerdos contrarios a la ley, dado que si se adoptan su nulidad vendría determinada por el antiguo artículo 4 del Código Civil, y no por tener los acuerdos causa ilícita.

Entre los autores que se muestran a favor de los convenios de separación y no creen que en ellos exista causa ilícita, figura decididamente CAMARA (28)

(28)- DE LA CAMARA. " Ob. Cit. " Págs. 21 y 22

3. QUE CONSTITUYEN UNA TRANSACCIÓN PROHIBIDA

El tercer argumento dado por parte de la doctrina en contra de los pactos de separación es que los convenios de separación matrimonial constituyen una transacción, y por ser hecha entre cónyuges está prohibida por nuestro ordenamiento.

El artículo 1809 del Código Civil dice que un contrato de transacción es aquel por el cual al dar, prometer o retener alguna cosa, se evita provocar un pleito o se pone fin al que había empezado.

El artículo 1814 del mismo Cuerpo Legal prohíbe la transacción sobre las cuestiones matrimoniales. Esto da lugar a que si se asemejan ambas figuras, los pactos de separación no estarían permitidos. Alguna sentencia del Tribunal Supremo fundamenta la nulidad de los acuerdos de separación en la infracción del artículo 1814 del Código Civil. Así la de 19 de Diciembre de 1932 - considera que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo por oponerse al deber consignado en el artículo 56 del Código Civil, y el relativo a la administración y gestión de los bienes conyugales está indudablemente incurso en la prohibición del artículo 1320 del Código Civil, por lo que en este caso se infringieron los artículos 59, 1809, 1814, 1458, 1413 y 1255 del mismo Cuerpo Legal. La misma sentencia en su tercer considerando manifiesta que: - " Todos estos pactos, si nulos como transacción, son además nulos bajo los demás aspectos ... ".

Sin embargo DE LA CAMARA (29) no mantiene la opinión de que los pactos de separación constituyan una transacción prohibida, porque la semejanza entre ambas figuras es más aparente que real.

(29)- DE LA CAMARA. " Ob. Cit. " Págs. 23 - 25

Estimamos, como DE LA CAMARA, que no hay porqué intentar igualar un convenio de separación con una transacción, pues el objeto de esta última es evitar un pleito y tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada. Aunque los convenios pactados en la separación de hecho matrimonial dan lugar a que de momento no se produzca una separación judicial, no excluyen la posibilidad de que en un futuro los esposos acudan a los Tribunales para una separación contenciosa. De esto se deriva que el requisito señalado como necesario para la transacción, en el artículo 1316 del Código Civil, no se cumpla en los pactos de separación, sino que por el contrario éstos dejan la puerta abierta para acudir a dicha vía.

Puede ocurrir que en algunos supuestos se pueda equiparar un acuerdo de separación a una transacción, y consiguientemente ésta sea nula. Hay que señalar que el terreno en el que más propiamente cabe pensar en la nulidad de un pacto de separación, si se equipara a una transacción, es el aspecto patrimonial, ya que los convenios de separación no modifican el status civil de los cónyuges ni rompen el vínculo matrimonial.

4. CONTRA EL PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD DEL REGIMEN ECONOMICO

A. Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975

El criterio del Código Civil, antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975, era contrario a la disolución de la sociedad de gananciales fundada en el simple acuerdo de los cónyuges. Porque el antiguo artículo 1315 sólo autorizaba que las capitulaciones matrimoniales se hicieran antes de contraer matrimonio; y el artículo 1319, que ha sido modificado, suscribía que la alteración de las mismas sólo cabía antes de celebrarlo, estando prohibido hacerlo posteriormente, antiguo artículo 1320 del Código Civil.

El artículo 1394 del Código Civil no permite renunciar a la sociedad de

gananciales durante el matrimonio, excepto en el caso de separación judicial. Y el precepto 1417 del mismo Cuerpo Legal en su número 1 dice: " La sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo", artículo que después de la Ley de 2 de Mayo de 1975 no ha sido modificado, y ha quedado incompleto, porque también concluye la sociedad de gananciales si ambos cónyuges están de acuerdo en modificar o hacer por primera vez capitulaciones matrimoniales constante el matrimonio con el objeto de cambiar su régimen económico matrimonial. Y como es la sociedad de gananciales el régimen económico legal en el Derecho Común, al modificarse éste da lugar a que concluya. Esto ha sido subsanado por el Proyecto-Ley de Régimen Económico matrimonial que en su artículo 1392 número 4 dice: " La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: ... 4º : cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código ". Y la forma que señala este Cuerpo Legal es a través de las capitulaciones matrimoniales.

Este mismo principio era mantenido por el Tribunal Supremo en reiterada Jurisprudencia: sentencia de 19 de Diciembre de 1932, que en su tercer considerando manifiesta: " Todos estos pactos, si nulos como transacción, son también nulos bajo los demás aspectos, pues partiendo de la separación, que es opuesta al deber que el artículo 56 del Código Civil impone a los cónyuges, los demás merman considerablemente o destruyen el carácter de administrador de los bienes de la sociedad conyugal que el artículo 59 del mismo Cuerpo Legal atribuye al marido, y están indudablemente incursos en la prohibición que para alterar las capitulaciones matrimoniales establece el artículo 132º del Código repetido.". También la sentencia de 18 de Noviembre de 1964 resolvió un supuesto en el que se había modificado el régimen económico durante el matrimonio y dice: " ... por lo que debe entenderse que esta prohibición no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal, por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de la mentada restricción legal, cual el que aquí se pretende por variar su ley personal, sin que para esta declaración

sea óbice el hecho de haber participado ambos litigantes, en concepto de otorgantes, en la impugnada escritura, pues ello iría en contra de la limitación que establece el artículo 1255, como contraria al Orden Público ". La Dirección Genral de los Registros y del Notariado adoptaba la misma posición; y la resolución de 1 de Julio de 1945, manifiesta en su quinto considerando que la obligación de vivir juntos los cónyuges está impuesta por el artículo 56 del Código Civil y confirmada en cierto modo por los Cánones 1016 y 1128 del Codex Iuris Canonici. Y aunque hay situaciones anómalas que no provocan separaciones judiciales definitivas o provisionales como la de los cánones 1130 y 1131, no hay que admitir que las manifestaciones de los cónyuges hechas en forma inadecuada en el acto de conciliación, sirvan para destruir la comunidad del matrimonio y alterar profundamente el régimen económico conyugal ".

Por el contrario, el Derecho Foral permite el otorgamiento de capitulaciones con posterioridad a la celebración del matrimonio, siendo posible que la separación convencional encuentre en ésto un cauce adecuado para surtir sus normales efectos en la esfera patrimonial.

La Compilación Catalana en su artículo 7 número 1, así lo manifiesta: "El régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo, necesariamente en escritura pública, y serán irrevocables salvo lo previsto en esta Compilación ".

De este artículo deducimos:

1º - La Capitulaciones matrimoniales se pueden hacer antes o constante matrimonio.

2º - Son irrevocables salvo lo dispuesto en la Compilación.

Este último principio, ha de ponerse en relación con el artículo 9 de la misma Ley Foral, que nos indica que los Capítulos pueden ser modificados o -

dejados sin efecto en los supuestos que se prevean en éstos o por acuerdo - unánime de las personas que hubieran concurrido en su otorgamiento. Se exceptúa de esto, las estipulaciones que por pacto expreso o por su naturaleza - sean revocables. Sacamos como consecuencia que los cónyuges pueden modificar su régimen económico conyugal durante el matrimonio si lo creyeran conveniente. Aunque, por lo general, los esposos catalanes están sujetos al régimen de separación de bienes, lo cual es una ventaja si se produce la separación de hecho matrimonial.

También los demás territorios del Derecho Foral mantienen el criterio de que las capitulaciones matrimoniales se pueden otorgar antes o después del matrimonio. Algunas Compilaciones lo señalan expresamente, como la de Aragón - en su artículo 26 y la de Navarra en la Ley 78. Otras no dicen nada al respecto; pero como tampoco lo prohíben siguen el criterio del Derecho Foral; en esta situación se encuentra el Derecho de Baleares, así como el de Ibiza y Formentera.

NAGORE Y ARNOZ (30) observa que uno de los problemas que se presentan - en el Derecho Común ante la inmutabilidad de las Capitulaciones matrimoniales, " es que las desavenencias matrimoniales no tienen más salida que la separación judicial. No cabe una organización estable de la separación de hecho". Continúa el mismo autor diciendo que los Derechos Forales dan solución al problema de la separación " dando eficacia en cuanto a los bienes a ciertas separaciones de hecho en el matrimonio ".

Hubo un sector de la doctrina que se pronunció, con anterioridad a la Ley de 2 de Mayo de 1975, ante el problema que suscitaba el principio de inmutabilidad de los capítulos en relación a la separación de hecho. Podemos distin-

(30)- NAGORE Y ARNOZ. " Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho Común y Foral " Estudios de Derecho Civil en honor - del Profesor Castán Tobeñas. V. II. Edic. Universidad de Navarra. Pamplona. 1969. Págs. 543 - 545

guir dos tendencias:

- una primera, en la que se muestran partidarios de la alteración de las capitulaciones matrimoniales. Entre ellos podemos citar a:

FAUS ESTEVE (31), que no considera que haya inconveniente en que se pudieran alterar las capitulaciones matrimoniales posteriormente a haber contraído matrimonio, siempre que se dejara a salvo el derecho a terceros y se tomaran las medidas oportunas para su publicidad y así evitar el fraude. CLEMENTE DE DIEGO (32) no se explica porqué no se admite la modificación de los pactos postnupciales cuando sea conveniente a los intereses de la familia y porqué no alcanza a la sociedad conyugal lo que se permite a otras sociedades como es alterar el estatuto y su régimen de vida. También mantiene la misma opinión FAUS CONDOMINES (33), para ello se funda en que se puede variar el estatuto familiar cuando se modifican las condiciones de existencia de la familia, y así se evitan las discordias entre los estados de hecho y el régimen económico conyugal. Apoya esta teoría GIMENEZ-ARNAU (34), DE LA CAMARA (35) que considera que dicho principio de inmutabilidad no tiene sólido fundamento, y LACRUZ (36)

- una segunda, defendida por BONET RAMON (37) que sostenía que la nulidad de este pacto proviene de que después de celebrado el matrimonio, la carta matrimonial es definitiva e intangible mientras subsiste éste, ya que tiene carácter permanente.

(31)- FAUS ESTEVE. "Ob. Cit." Pág. 328

(32)- CLEMENTE DE DIEGO. "Consulta publicada en la Revista de Derecho Privado. Noviembre, 1924

(33)- FAUS CONDOMINES. "Las Capitulaciones matrimoniales en la Comarca de Guissona (Lérida)" Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Barcelona, 1907

(34)- GIMENEZ-ARNAU. "Escrituras de Divorcio" Revista de Derecho Notarial. Julio-Diciembre, 1961 Págs. 435, 444, 445 y 446

(35)- CAMARA. "Ob. Cit." Pág. 32

(36)- LACRUZ. "Derecho de Familia. El matrimonio y su economía" Edit.- Bosch. Barcelona, 1963. Pág. 298

(37)- BONET RAMON. "Código Civil comentado" Madrid, 1962

B. Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975

La reforma de 2 de Mayo de 1975 dió lugar a que este argumento quedase sin valor, porque entre otros preceptos del Código Civil fueron modificados los artículos 1315 y siguientes, que se refieren a las capitulaciones matrimoniales. La nueva redacción del 1315 del Código Civil permite otorgar capitulaciones matrimoniales antes y después de la celebración del matrimonio, dando lugar a que se pueda modificar el régimen económico conyugal. Los artículos 1316 y siguientes amplían esto y dan normas para hacer o cambiar los capítulos matrimoniales.

La Exposición de Motivos que precedió a esta Ley dió dos razones para poder capitular después de celebrado el matrimonio, y son:

- 1º - Reconocimiento del cambio del régimen económico matrimonial en algunos Derechos Forales.
- 2º - Carece de vigencia el fundamento de que la mutabilidad ocasiona la posibilidad de maniobras captatorias entre los cónyuges, aprovechando la mayor intimidad que ofrece el matrimonio.

Estas razones tienen un fundamento lógico. Era contradictorio que el Derecho Foral permitiera la modificación de las capitulaciones matrimoniales, llevando consigo el cambio de régimen económico conyugal y que no se admitiera en el Derecho Común. Porque los inconvenientes que se señalaban para ello en el Derecho Civil común también podían existir en el Derecho catalán, aragonés, navarro y de baleares, y sin embargo en éstos no se señalaban obstáculos y sí que se apreciaban ventajas. Con ello se ha igualado un punto importante entre ambas clases de Derecho Civil, asemejándose el Derecho Común al Derecho Foral. Además, parece extraño que un argumento en contra de los pactos de separación no tuviera valor en todo el territorio nacional, debido a que el Derecho Foral sí permitía la mutabilidad.

Tampoco era una razón convincente el pensar que un cónyuge pudiera influir en el otro para poder cambiar el régimen económico, teniendo en cuenta que al hallarse separados de hecho o próximos a ello, ya no existe intimidad entre los esposos y falta la persuasión de uno sobre el otro; además, ninguno quiere salir perjudicado. Aunque sí podía servir este argumento en una situación normal entre los cónyuges, pero pensamos que en este supuesto no es necesario cambiar el régimen económico conyugal, y parece inverosímil que se produzca una separación de hecho con el único fin de modificarlo.

La modificación de los capítulos ha supuesto un avance para los pactos de separación, ya que así se puede solucionar el problema patrimonial que llevaba consigo la separación de hecho. Pues los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales y regular el aspecto económico por el régimen de separación de bienes u otro, siempre que no sea contrario a la ley, la costumbre y los fines del matrimonio. Aunque tiene el inconveniente de que es necesario el mutuo acuerdo de los esposos para modificar o hacer por primera vez capitulaciones. Pero a pesar de ello, esto ha supuesto una ventaja. El inconveniente que acabamos de mencionar dejará de tener relevancia una vez aprobado el Proyecto de Ley del régimen económico matrimonial, que en su artículo 1393 - número 3 señala:

" También concluirá por decisión judicial la sociedad legal de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, si el otro se encontrare en uno de los aspectos siguientes:

... 3º - Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar ".

Por lo tanto, el único requisito necesario para que en una separación de hecho los cónyuges puedan concluir la sociedad de gananciales es que lleven un año como mínimo en esta situación de facto. A esto se llegará cuando no se hayan puesto de acuerdo en modificar o hacer por primera vez las capitulaciones matrimoniales y consiguientemente cambiar el régimen económico matri-

mónial sin necesidad de ningún plazo. Anteriormente éste era uno de los puntos claves y más conflictivos que originaba la separación de hecho matrimonial, porque si a través de los convenios regulaban estos aspectos económicos y patrimoniales, no conseguían el mencionado cambio, pues iba en contra de la ley.

R. BERCOVITZ (38) dice que la posibilidad de hacer capitulaciones matrimoniales después de casarse permite adecuar el régimen económico de cada matrimonio a toda clase de contingencias que se produzcan en él. Esto suprime la subordinación de la mujer al marido, mejorando la situación de la primera en la separación de hecho. Mantienen la misma idea J.M. LETE DEL RIO y J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (39) al manifestar que una de las causas principales por las que se reformó el sistema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial era la indefensión de la mujer tras la separación de hecho de los cónyuges. Pero consideran la reforma insuficiente, ya que la inferioridad de la mujer casada continúa, debido a que el marido es el administrador de la sociedad conyugal, ejerce la patria potestad y la supresión de la licencia marital tiene escasa vigencia por la presunción del artículo 1407 del Código Civil y las de la Ley Hipotecaria. Continúan los mismos autores (40) diciendo que al otorgarse capitulaciones matrimoniales post-nupcias no se arregla el aspecto personal, con lo cual se beneficia al marido y se acude a la separación judicial. Consideran que se tenían que haber establecido un sistema de homologación de los capítulos para equilibrar la posición entre el marido y la mujer, ya que a pesar de haberse tomado como modelo el Derecho Foral, estas capitu-

(38)- R. BERCOVITZ. " Derecho de las personas " Edit, Montecorvo. Madrid, 1976. Pág. 70

(39)- J. M. LETE DEL RIO y J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ. "La mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho Común" Revista de Derecho Privado, Marzo, 1977. Págs. 170 - 172

(40)- J.M. LETE DEL RIO y J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ. "Ob. Cit." Págs. 175 y 176

tulaciones son más amplias que las del Derecho Común.

A juicio de A. GULLÓN BALLESTEROS (41) " El nuevo régimen que ahora se inaugura no merece más que alabanzas. Se viene 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 a las separaciones matrimoniales de hecho, que viven en una situación claudicante. Mientras llega la regulación jurídica de estos convenios de separación, que habrá de llegar necesariamente, no hay duda de que los cónyuges pueden y de una manera clara y abierta implantar un sistema económico a tono con las vicisitudes de su relación matrimonial, que de hecho no es otro que la disolución de la sociedad de gananciales y su sustitución por un régimen de separación absoluta de bienes. Claro está que si de facto se van a producir legalizaciones de las consecuencias económicas que lleva consigo la separación de hecho, hay que advertir que sobre ellas planean todavía los clásicos argumentos de la causa ilícita. Si las nuevas capitulaciones se hacen implícitamente como parte de la regulación de aquella situación, en el momento en que se declarase la ilicitud de la causa (pues sería tal la que subyace en los convenios de separación por oponerse a la obligación de vivir juntos que señala el artículo 56, salvo que medie una separación legal) podían anularse con sus consabidos efectos retroactivos. También planea, con los mismos efectos, la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales, que sienta el artículo 1814 del Código Civil."

(41)- A. GULLÓN BALLESTEROS. " Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de Mayo de 1973" -- Edit. Tecnos, Madrid, 1977. Pág. 1068

VI. CRITICAS A LOS PACTOS DE SEPARACION

Los pactos de separación, como hemos visto, es uno de los puntos que presenta más controversias en relación con la separación de hecho matrimonial.

No tenemos en nuestra legislación ninguna norma que se refiera directamente a los convenios de separación, bien para autorizarlos o para prohibirlos. En el Código Civil no existe ningún precepto como el artículo 84 de la Ley de Matrimonio civil de 1870 que decía: " Los cónyuges no podrán divorciarse, ni aún separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial ". Ya hemos observado que hay autores que manifiestan la nulidad de estos pactos porque van en contra del artículo 56 y del 1255 del Código Civil, aunque al mismo tiempo también hay un sector de la doctrina que piensa que son válidos.

Vamos a examinar si la doctrina está o no de acuerdo con estos convenios y qué significado tienen los mismos. También aquí tenemos que distinguir una corriente negativa y otra positiva.

Se han opuesto a la eficacia de los pactos de separación L. BELTRAN FUSTER (42) porque piensa que " el respeto a la familia y al matrimonio se manifiesta siempre que hay oportunidad de exteriorizarlo y se traduce en abierta hostilidad a los convenios de separación amistosa entre los cónyuges, tratados en tantos países." ALEMANY (43) es de la misma opinión, considerando nulos los pactos de separación, y justifica la necesidad de la separación judicial, porque no interesa sólo a los cónyuges, sino también a los hijos y -

(42)- L. BELTRAN FUSTER. " Los convenios contra el matrimonio o sus bienes fundamentales" Revista de Derecho Notarial. Enero-Marzo, 1959. Pág.85

(43)- ALEMANY. " La separación de hecho matrimonial" Revista Jurídica de Cataluña. 2. 1966. Pág. 402

afecta a toda la familia. Y para que puedan tener plena vigencia es necesaria la intervención de la autoridad competente. L. DEL AMO (44) opina que "conceder eficacia jurídica a la separación puramente privada, sería valorizar la trascendencia de la vida en común de los cónyuges y desatenderse de la naturaleza, propiedades y bienes del matrimonio. Tener la separación consensual o convenio privado como prueba plena de causa legítima que excuse de cohabitar, supondría la apreciación de todas las causas de separación al juicio de los interesados.". CASTAN (45) observa que: "la mera separación de hecho voluntaria e injustificada es ilícita; los pactos de separación amistosa son nulos". Y GARCIA CANTERO (46) dice: "Ningún órgano jurisdiccional podría en acto de jurisdicción voluntaria legalizar u homologar un acuerdo de los cónyuges con tal fin. Los acuerdos de separación amistosa producirán su efecto en tanto se cumplan voluntariamente, pero son incapaces de originar el status de separación legal":

La doctrina italiana tampoco mantiene una posición unánime, habiendo autores que se manifiestan contrarios a los pactos de separación; PISANELLI (47) afirma esto porque considera que con la misma ligereza que se hacen los convenios de separación, se deshacen, lo que origina una incertidumbre. VIGLIANI cree que no se puede abandonar al arbitraje de las partes el poder para destruir la vida en común, si para crearla se han basado en su voluntad, su destrucción se asienta sobre un interés de orden superior. CICU (48) mantiene la misma teoría y dice que el matrimonio es una institución de orden público

(44)- L. DEL AMO. Reflexión acerca de las causas matrimoniales en España" Pág. 178

(45)- CASTAN, " Derecho Civil español, común y foral " T. V. vol.1º. Madrid, 1976. Pág. 902

(46)- G. GARCIA CANTERO. " El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español" Consejo Superior de Investigaciones científicas.1959. Pág. 275

(47)- Citado por FAUS ESTEVE en " La separación de hecho en el matrimonio" Pág. 330

(48)- A. CICU. " El Derecho de familia" Traducción: Santiago Sentís. Edit. Ediar: Buenos Aires, 1947. Págs. 315 - 317

y las separaciones son incompatibles con este derecho.

Hay también autores franceses que siguen la misma línea, como PLANIOL, RIPERT y ROUAST (49) que estiman que si los esposos establecen de común acuerdo una separación de vida, este acuerdo no tiene relevancia jurídica. Uno de los cónyuges podrá exigir la reanudación de la vida en común y el deber de cohabitación permanece mientras no se disuelva el matrimonio.

Frente a este sector doctrinal, hay juristas que defienden la validez de los pactos de separación. Así izquierdo (50) se muestra favorable a la separación extrajudicial amistosa y considera que es el mejor camino para evitar la separación legal; " la solución más completa sería la exhaustiva regulación de la separación de hecho ". GIMENEZ-ARNAU (51) considera que cuando la vida en común de los esposos es insostenible y no se prevee ningún cambio, " mejor que la intervención del juez es intentar resolver la situación por la vía pacífica y extra-litigiosa, sin ruido y sin escándalo. Es beneficioso para los dos cónyuges interesados que se intente una mínima concordia amistosa para conseguir, sin atentar a la dignidad del vínculo sacramental, una separación estable en la separación de hecho ". LACRUZ (52) mantiene la opinión del autor anterior y comenta que hay que ver la moralidad y las ventajas de las vulgarmente llamadas escrituras de divorcio, que no entrañan un verdadero divorcio, sino que constituyen un convenio de cónyuges desavenidos en casi todas (o en las cosas más fundamentales), pero acordados en reglamentar pací-

(49)- PLANIOL; RIPERT y ROUAST. "Traite pratique de Droit civil français". T.II. La familia. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1952. Págs. 286 y 287

(50)- IZQUIERDO. "Ob. Cit." Pág. 804

(51)- GIMENEZ-ARNAU. "Ob. Cit." Pág. 437

(52)- J. L. LACRUZ VERDEJO. "Ob. Cit." Pág. 157. Nota 27

ficamente su futura situación económica de separación de bienes paralela a la separación de cuerpos.

Defiende SANTAMARIA (53) la necesidad de considerar lícita la separación amistosa con algunos efectos jurídicos y todos los económicos, hechos en escritura pública y ante notario. IZQUIERDO (54) mantiene la posición del autor anterior y considera que debe dotarse al documento de separación de unos efectos previstos por la Ley. Además de que el pacto es, en muchos casos, la única solución viable para resolver el grave problema de convivencia planteado.

Entiende CAREAGA (55) que: " no se puede atribuir ninguna eficacia jurídica a los convenios que los cónyuges particularmente suelen y pueden celebrar en España en orden a la separación ". Y a continuación afirma: " Válido o no, legítimo o ilegítimo, el acuerdo privado de separación se ha impuesto a las costumbres de este país, y nosotros, por anteponer el bien moral de la familia y la sociedad a las consideraciones jurídicas, nos resistimos a reprobar su práctica. Siempre será mejor el acuerdo de voluntades y la separación pacífica, aunque sufra un tanto el derecho estricto, que el desacuerdo y la lucha encarada dentro de la mayor legalidad ". J.M. LETE DEL RIO y J.A. ALVAREZ CAPEPOCHIPI (56) piensan que la solución es que las capitulaciones matrimoniales recojan aspectos más amplios como las del Derecho Foral, homologándolos judicialmente mediante un procedimiento especial y sencillo que evitara el fraude a terceros y el abuso de un esposo frente a otro, y esto evitaría el tener que acudir a la vía judicial.

Afirma VARELA DE LIMIA (57) que los obstáculos que impiden el reconoci

(53)- A. SANTAMARIA ROJAS. " La autoridad marital en la vida" A.A.M.M., Págs. 80 - 82

(54)- IZQUIERDO. " Ob. Cit." Págs. 807 - 810

(55)- I. CAREAGA. " La ruptura conyugal" I. Estatuto superatorio del matrimonio en España. Madrid, 1971. Pág. 53

(56)- J.M. LETE DEL RIO y J.A. ALVAREZ CAPEPOCHIPI. " Ob. Cit." Pág. 176

(57)- VARELA DE LIMIA. " Ob. Cit." Pág. 47

miento de los convenios de separación entre cónyuges son insalvables, y aun- que la doctrina ha sostenido la nulidad de dichos convenios, es más basada en el mantenimiento de unos criterios tradicionales, que llevan consigo una cie- ta inercia, que en los argumentos sólidos que constituyan una frontera infran- queable para su revisión. Tesis similar mantiene PUIG PEÑA porque aunque dice que es principio general de la doctrina que el citado acuerdo entre los espo- sós no tiene, ni pueda tener validez en Derecho, sin embargo, se va imponien- do poco a poco y aunque no existe en las legislaciones ningún principio afir- mativo de su validez, el camino iniciado por la jurisprudencia de no descono- cer los efectos jurídicos que se producen, es seguido en casos particulares - por el legislador, así la Ley de Contrato de Trabajo (58).

También OGAYAR (59) apoya esta postura y estima que al no atentar estos- convenios a la existencia y dignidad del vínculo sacramental, estima que el - reconocimiento de su eficacia es preferible al desconocimiento actual, aunque - ésto no impide que se produzcan los efectos, con lo que se origina la contra- dicción de lo que no existe para el Derecho produce efectos jurídicos.

Y SAVATIER cree que estos pactos no tienen nada de ilícitos, salvo la - cláusula que pretendiera perpetuar indefinidamente y de modo irrevocable, la - prohibición de uno de los esposos, de demandar al otro para reanudar la vida- conyugal (60).

Estos pactos de separación son admitidos en Brasil, Holanda, México, etc. El anterior Código Civil italiano los había aceptado y el nuevo no ve incon- veniente en su admisión; lo único que impone es la homologación del Tribu - nal.

(58)- PUIG PEÑA. " Compendio de Derecho Civil " T.IV. vol. 1º. Barcelona. 1966. Pág. 127

(59)- T. OGAYAR. " Ob. Cit. " Pág. 159

(60)- N. SAVATIER. " Les conventions de separation amiable entre epoux." Rev. Trimm. de Droit Civil. 1931. Pág. 537

Opinamos que se tienen que tener en cuenta los convenios de separación y dar eficacia jurídica a los efectos que de ellos se pueden derivar, porque la separación de hecho es un fenómeno que existe en la realidad y en nuestra sociedad. Además, el hecho de ignorarlos no nos conduce a ninguna solución, ni por ello van a desaparecer, sino que por el contrario nos llevan a una incertidumbre e inseguridad jurídica.

No mantenemos la opinión de DEL AMO, porque creemos que conceder eficacia jurídica a la separación de hecho, no significa quitar importancia a la vida en común de los cónyuges, sino que al dar a la convivencia la relevancia que se merece, es imprescindible que ésta sea verdadera y deseada por los esposos, ya que en la vida en unión y armonía es donde se pueden cumplir los fines del matrimonio. Si creemos que la vida en común hay que mantenerla a todo trance, lo único que se consigue es que el marido y la mujer sigan habiendo bajo el mismo techo, pero no que exista entre ellos una comunión que es lo que hay que tratar de conseguir en todo matrimonio. Sin olvidarnos que la convivencia impuesta por imperativo de la ley no trae consigo ninguna ventaja sino que, por el contrario, la presenta un sinnúmero de inconvenientes. Además la separación de hecho matrimonial no atenta contra las propiedades del matrimonio, que son la unidad e indisolubilidad, pues el vínculo matrimonial permanece y los esposos no pueden contraer un segundo matrimonio, con lo cual éste continúa siendo único e indisoluble.

Basándose en todo lo anterior, consideramos que se sitúa a la familia en el plano que tiene que estar y que todo ello lleva consigo un gran respeto al matrimonio y a los hijos, porque en el caso de que fueran nulos los pactos de separación, no arreglaríamos el conflicto matrimonial. Y como ya hemos dicho, una convivencia no querida por los esposos, ofrece más inconvenientes que ventajas a los hijos, porque en un clima de discordia no se lleva a cabo una verdadera vida familiar.

Tampoco nos parece acertada la postura defendida por PISANELLI y VIGLIANI, porque al negar los pactos de separación por considerar que implican una li

gereza, emplean un argumento poco sólido y estable, ya que lo mismo se podría opinar respecto a otras clases de contratos, y sin embargo nunca se ha apuñtado este argumento para menospreciarlos y no otorgarles efectos jurídicos. Quien llega a una separación de hecho y pacta unos convenios es porque desea cumplirlos, y que éstos sean cumplidos por la otra parte, además de que generalmente hay un motivo o causa que les lleva a doptar esta medida. Por lo tanto, no nos parece justo, aunque siempre puede existir la excepción, decir que los pactos de separación son fruto de una rápida e irreflexiva conducta.

Nos adherimos a los argumentos defendidos por los últimos autores que hemos examinado. Y la solución que mantienen J.M. LETE DEL RIO y J. A. ALVAREZ CAPEPOCHIPI opinamos que es acertada, puesto que las capitulaciones en el Derecho Foral son más amplias que las del Derecho Común, y no se limitan casi exclusivamente al régimen económico conyugal. Ello daría lugar a que se produjeran efectos jurídicos entre los esposos y frente a terceros, y si se homologaran éstas mediante un procedimiento sencillo, se lograría algo similar a lo regulado en el sistema italiano con respecto a la separación convencional.

También tenemos que pensar que si se regula la separación de hecho y los convenios de separación producen efectos jurídicos ello es preferible que dejar la situación tal y como está hoy en día basada en el libre albedrío de los cónyuges, pues esto puede ocasionar más obstáculos que los señalados por algunos autores que se muestran contrarios a los pactos de separación.

CAPITULO TERCERO

LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE HECHO

PARTE PRIMERA: Efectos personales.

PARTE SEGUNDA: Efectos patrimoniales.

DERECHO AL NOMBRE Y HONORES

El nombre de la persona viene a considerarse constituido por el conjunto de palabras con las que, jurídica, oficialmente, se individualiza, se identifica y designa a cada persona.

El nombre es un bien persona; de lo más propio de la persona. No bien exclusivo, ni esencial, sino con un claro matiz de bien social; unido íntimamente a la consideración social, al honor y a la fama. Carácter de bien de la personalidad, que se traduce en la peculiaridad de las acciones jurídicas para su protección.

En España, las personas son designadas por el nombre en sentido estricto y por dos apellidos, determinados por la filiación paterna y materna. El Reglamento impone en lo referente al uso de apellidos el orden corriente, esto es, primero el del padre y posteriormente el de la madre; recuerda el por qué la mujer casada utiliza el apellido del marido para excluirla de las menciones de identidad.

Los apellidos, a diferencia del nombre propio, están fuera del arbitrio individual. Se tienen apellidos impuestos o permitidos por la Ley.

También se debe a la Ley del Registro Civil, haber recogido la doctrina sobre el valor jurídico del nombre y haberle dado fuerza legal. Dice el artículo 53: " Las personas son designadas por su nombre y apellidos paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos ".

La pluralidad de facetas que ofrece el nombre a la consideración del Derecho privado, se refleja en la especial y diversificada naturaleza de las acciones ejercitables para su protección. Pueden legitimarse en base a un interés familiar o de un interés económico, como también en un daño al honor y fama; más incluso en los dos primeros supuestos, no pierde el nombre del todo su naturaleza de bien de la personalidad, por lo que tienen estas acciones, siempre un peculiar matiz (1).

(1)- F.DE CASTRO. "Temas de Derecho Civil" Edit. Rivadeneyra. Madrid, 1976 Págs. 25 - 33

I. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACION DE HECHO
EN CUANTO EL DERECHO AL NOMBRE

Nos podemos preguntar si la mujer separada de hecho sigue teniendo derecho a usar el apellido de su marido.

Este problema no ha sido tratado por la doctrina, a excepción de OGAYAR- (2), entre otras razones porque nuestro ordenamiento no regula la separación de hecho matrimonial. Pero creemos que no existe ninguna razón para que la mujer en esas circunstancias deje de tener derecho al apellido de su marido, pues no hay norma que se oponga a ello, y el matrimonio sigue existiendo, — siendo el derecho al nombre uno de los derechos que derivan de éste. Aunque opinamos que en España el problema no tiene tanta importancia como puede presentar en otros países (3), ya que aquí al contraer matrimonio la mujer no pierde su apellido de soltera, sino que añade a éste el de su marido separada por la partícula " de ". Además, si no se señala éste como uno de los efectos que lleva consigo la separación judicial (4), parece difícil poderlo aplicar a la separación de hecho.

Por lo tanto, estimamos que la mujer separada de hecho tiene derecho a conservar el apellido de su marido, y que éste no puede oponerse a ello —

(2)- T. OGAYAR, Dice que no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento que prohíba a la mujer separada de hecho seguir usando el apellido del marido. — En "Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce" Edit. Reus.- Madrid, 1971. Pág. 56

(3)- Que las mujeres cuando se casan pierden su apellido y adquieren el de su marido.

(4)- Así, los artículos 264 del Código Francés, que indirectamente establece que efecto de las sentencias de divorcio la mujer recupera su apellido, el párrafo 1355 del B. G. B. y el artículo 161 del Código Suizo. "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Vol. 2. Edit. Tecnos. Madrid, 1977. Pág. 950. Nota 7.

porque el matrimonio como vínculo permanece. No obstante, puede haber ocasiones en que existan razones determinadas y concretas, como puede ser el escándalo etc..., que originen que el marido niegue a su mujer separada de hecho el hacer uso de este derecho. En este sentido se pronunció una sentencia de 15 de Noviembre de 1897 del Tribunal de Sena (5), reconociendo al marido el derecho a prohibir a su mujer separada de hecho que usara su apellido para actuar como cantante en un lugar público.

A pesar de esto, creemos que es muy difícil llevar a la práctica esta solución, aunque lo más conveniente es dejar esta posibilidad por si hay algún motivo que de lugar a que el marido separado de hecho no esté de acuerdo en que su mujer continúe usando su apellido, pero como regla general estimamos que la mujer casada y separada de hecho tiene derecho a conservar, y como consecuencia, a usar el apellido de su marido, ya que éste lo adquirió por razón del vínculo matrimonial.

II. LAS CONSECUENCIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN CUANTO AL DERECHO A LOS HONORES

El derecho a gozar de los honores del otro cónyuge, está regulado en el artículo 64 del Código Civil, precepto que fue modificado por la Ley de 2 de Mayo de 1975, y del cual también trata en el artículo 72 el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Pero éste - Precepto únicamente ha sido regulado en el Proyecto de Ley originario, es decir, en el que el Gobierno remitió a las Cortes, habiéndose suprimido dicha norma del texto del Proyecto que quedó dictaminado por la Comisión de Justi-

(5)- T. OGAYAR. " Ob. Cit.". Pág. 56

cia del Congreso. Tampoco ha sido incluido por el Pleno del Congreso de los Diputados, una vez que ha sido aprobado, antes de pasar al Senado.

El análisis de ambas redacciones del artículo 64 del Código Civil nos — puede llevar a determinar la repercusión que alcanza dicho artículo en el ámbito de la separación de hecho matrimonial.

El texto anterior del artículo 64 confería únicamente a la mujer el derecho a gozar de los honores del marido, sin hacer alusión al caso opuesto; — ello se debía, sin duda, a que el origen de este precepto era el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, y la mujer, por lo general, en aquel — momento no tenía ni desempeñaba un papel dentro del contexto social, enten — diéndolo en el sentido intelectual y laboral, que es de donde se derivan la — mayoría de los honores; y conservaba los honores durante toda su vida mien — tras no contrajera nuevo matrimonio. El único supuesto en el cual no tenía — derecho a tales honores era si éstos eran estricta y exclusivamente persona — les debido al carácter personalísimo de los mismos.

La actual redacción de este precepto, después de la Ley de 2 de Mayo de 1975, concede tanto al marido como a la mujer el derecho a gozar de los honores del otro consorte. Ello se debe al principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, que fue la base de la Reforma de 2 de Mayo de 1975, expresán — dolo así la Exposición de Motivos y siendo recogido en el nuevo texto del — artículo 62, párrafo 1º del Código Civil. Permanece como en el texto antiguo, el que los honores personalísimos son únicamente del esposo al que se le hayan atribuido. Continúa la excepción de que el cónyuge, bien marido o mujer, que contraiga nuevo matrimonio pierde los honores que había adquirido de su anterior esposo. Junto a esta causa se añade: " En caso de separación legal — no los perderá el cónyuge inocente ".

Como se puede observar, este motivo no estaba recogido por la redacción anterior del artículo 64, ya que no mencionaba la separación. Con lo cual, con anterioridad a la Ley de 2 de Mayo de 1975, en la separación de hecho matrimonial la mujer separada seguía conservando los honores de su marido, no sólo porque el precepto no hacía ninguna referencia a la separación en términos generales y consecuentemente a la de hecho, sino porque sólo se perdían en el supuesto de contraer segundas o posteriores nupcias y ésto como es lógico no podía suceder como consecuencia de la separación de hecho. Tampoco estimamos que actualmente se produzca la pérdida del derecho a gozar de los honores del otro esposo, si se ha producido una separación de hecho, porque aunque se da en el caso de la separación judicial, es únicamente para el cónyuge al que se le declare culpable, y al no existir ninguna clase de procedimiento en la separación de hecho no se puede calificar a uno de culpable y al otro de inocente. Además, el artículo 64 hace alusión únicamente a la separación legal.

Nos podemos plantear la pregunta de qué ocurriría en el supuesto de que una vez producida una separación de hecho, bien el marido o la mujer usara indebidamente de los honores que se le habían atribuido por el otro cónyuge, y con ello perjudicar al titular de los mismos. La solución podía ser que los esposos pactaran este aspecto en el convenio de separación, dejando de usar cada uno aquellos honores que no hubieran obtenido por sí mismos. Pero el obstáculo sigue existiendo, ya que los acuerdos de separación no tienen ninguna fuerza coercitiva. Aunque no hay que olvidar que los honores que pueden dañar a su titular, si no se hace el uso adecuado de los mismos, son los personales, y éstos sólo los puede ostentar la persona a la cual se le hayan conferido.

El artículo 72 del Proyecto de Ley dice : " Constante matrimonio, cada cónyuge gozará de los honores de su consorte, excepto los que fueren estrictamente personales; los conservará en estado de viudez y los perderá en caso

de separación judicial, salvo acuerdo entre los cónyuges ".

Pero podemos observar que este precepto mantiene notables diferencias con el texto que se encuentra en vigor, con respecto a los supuestos en los que se pierde el derecho a gozar de los honores del otro consorte. Señala esta norma del Proyecto de Ley que la separación judicial impide a uno de los cónyuges gozar de los honores del otro, a no ser que los esposos pacten lo contrario, con lo cual se trata de evitar que un cónyuge pudiera poner en evidencia al otro y con ello perjudicarlo, aunque se deja la vía abierta para que pacten si así lo desean, el que no pierdan los honores. Por lo tanto, en virtud de la sentencia de separación legal se pierden entre otros derechos el de gozar de los honores, sin hacer distinción entre cónyuge inocente o culpable; ello se debe a que se ha querido desterrar de este Proyecto el concepto de culpabilidad o inocencia en los casos de separación matrimonial. Pero ¿qué ocurre en la separación de hecho? Como vemos, el precepto tampoco se plantea ese problema a pesar de que ya algunos artículos del Proyecto de Ley hacen alusión a la separación de hecho matrimonial. No creemos que se pueda pensar en un olvido o lapsus del legislador, sino más bien que al no estar regulada dicha clase de separación, se hace caso omiso de la misma. Con lo cual podríamos mantener la tesis de que no se pierden los honores del otro esposo en la separación de hecho matrimonial, pues sólo se produce en la separación judicial, excepto si los cónyuges así lo pactan en los convenios de separación de hecho, aunque ello no tendría fuerza para vincular a las partes, ya que no producen efectos jurídicos.

También hay que tener en cuenta que el artículo 72 del Proyecto comienza diciendo: " Constante matrimonio ... ", lo que significa que durante el matrimonio gozarán de estos derechos los cónyuges; esto lo podemos entender de dos formas, bien que hay que interpretar " constante matrimonio " en el sentido de que mientras exista el matrimonio como vínculo se tienen estos derechos, y se hace la salvedad del supuesto de separación judicial, puesto que

en este caso el vínculo matrimonial perdura. Por tanto no habría que incluir dentro de la excepción a la separación de hecho matrimonial, ya que no se hace ninguna referencia a la misma, con lo cual en esta situación cabe el que los cónyuges tengan derecho a gozar de los honores del otro. O bien, " constante matrimonio ... " viene a ser síndromo de durante el matrimonio, entendiéndolo en el sentido de convivencia de los esposos, esto es, mientras el marido y la mujer vivan juntos, y obviamente la separación legal no se encuentra dentro de este marco. Pero creemos que entonces la separación de hecho tampoco encuadra en el supuesto de " constante matrimonio ... " de lo que se deduce que también pueden perder el derecho a gozar de los honores los cónyuges separados de hecho, pues a pesar de que el matrimonio sigue existiendo como vínculo e institución, no se da en el mismo un estado de convivencia — pues una de las primeras medidas que se establecen por los cónyuges es vivir en diferentes domicilios.

El texto actual del Proyecto de Ley no recoge este artículo, aunque cabe la posibilidad de que el Senado lo vuelva a incluir. Esto nos hace pensar en dos hipótesis: una primera, que a pesar de que se haya omitido la redacción de este precepto, seguirá teniendo vigencia en el futuro como Derecho consuetudinario, ya que tiene una gran tradición histórica en nuestro país (6). Y una segunda, que se piense deshechar esta norma con el objetivo de que poco a poco vaya perdiendo vigencia y deje de hacerse uso de la misma, pues se considera el derecho a los honores una costumbre anacrónica y de escasa relevancia en la sociedad actual, teniendo únicamente importancia los honores de carácter personalísimo, es decir, los que tiene derecho a usar cada persona-

(6) — Fue recogido en las Partidas en Ley 4, Título 2, Partida 7. Y en la Novísima Recopilación 10, 2, 5. La Ley de Matrimonio Civil lo regula en su artículo 54; y en el Anteproyecto de 1882 - 1888 establece el derecho a gozar de los honores del otro cónyuge en el artículo 51, pasando posteriormente al artículo 64 del Código Civil. F. SANCHO REBULLIDA. " Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales ". I, II. Edit. Edersa. Pág. 159

porque le hayan sido concedidos a ella de forma directa, y no los que adquiere por derecho de consorte. Además, hay leyes especiales que hacen referencia a algunos honores en concreto, como pueden ser los títulos nobiliarios, con lo cual se puede considerar que no es necesario incluir este precepto dentro del capítulo V, del título IV, del Libro I del Código Civil, que hace referencia a los derechos y deberes de los cónyuges.

Tanto si nos inclinamos por una como por otra hipótesis, pensamos que si durante el matrimonio un cónyuge ha gozado de los honores del otro, consideramos que en la separación de hecho puede continuar en la misma posición, siempre que haga un uso adecuado y decoroso de los mismos, sin causar problemas al titular de éstos. Porque en caso contrario pensamos que el esposo que tenga derecho propio a los honores podría prohibirle el hacer uso de ellos, no sólo porque se le perjudica de forma indirecta, sino porque no hay ninguna norma que establezca que un cónyuge tiene derecho a gozar de los honores del otro, como señala el actual artículo 64 del Código Civil. Además estimamos que también es posible que en el convenio de separación se pacte que el cónyuge no titular de los honores deje de gozarlos, si es que había disfrutado de los mismos durante el matrimonio. De todas formas creemos que este aspecto de la separación de hecho no ocasionará problemas en la práctica y que seguirá desarrollándose de manera similar a como se viene haciendo actualmente.

EL DOMICILIO EN LA SEPARACION DE HECHO

Los cónyuges tienen que vivir juntos como consecuencia del artículo 56— del Código Civil; de aquí se deriva que el marido y la mujer tengan el mismo domicilio conyugal.

El artículo 4o del mismo cuerpo legal dice: " Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil". Esta Ley en su precepto 64 párrafo 1º expresa "El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan!"

De estos dos preceptos se desprende que el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente, es el lugar de la residencia de sus maridos. Principio que mantenía el texto anterior del artículo 58 del Código Civil: " La mujer está obligada a seguir al marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirle de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o país extranjero".

Este precepto ha sido modificado por la Ley de 2 de Mayo de 1.975, quedando de la siguiente manera: " Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiese hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos resolverán los Tribunales!"

Podemos establecer una serie de diferencias entre ambas redacciones:

- en primer lugar, el antiguo artículo 58 señalaba que la mujer tenía la

obligación de vivir en el mismo domicilio que eligiera su marido para-ambos. Ello era consecuencia de que el marido era el titular de la comunidad conyugal, así como del deber de obediencia al que estaba sometida la mujer casada, regulado en el antiguo artículo 57 del Código Civil.

Mientras que el nuevo precepto manifiesta que los cónyuges fijarán el lugar de su residencia. Este cambio se debe, a que la Ley de 2 de Mayo de 1975 se basa en la igualdad jurídica de los esposos, por lo tanto a la hora de fijar el domicilio intervienen tanto el marido como la mujer. Hay que señalar que esto se da en la teoría, porque en la práctica suele ser el marido el que designa el domicilio conyugal, pues continúa diciendo el artículo: "... si hubiese hijos comunes, prevalece la decisión de quien ejerza la patria potestad". Nuestro Derecho concede la patria potestad al padre y en su defecto a la madre, así que la elección del domicilio continúa siendo facultad del marido. "... sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia". Aparece por primera vez, en la regulación de esta institución, el principio del interés de la familia que ha sido consecuencia de la Ley de 2 de Mayo de 1.975, con lo cual existe la posibilidad de que ese interés sea el fijar dos domicilios diferentes, uno para el marido y otro para la mujer, si se producen circunstancias que así lo aconsejan.

- En segundo lugar, el artículo 58, antes de ser modificado, decía que los Tribunales podrán eximir a la mujer de seguir a su marido, si éste trasladaba su residencia a ultramar o país extranjero. Únicamente en el supuesto de que se dieran una de estas dos causas determinadas y concretas, intervenían los Tribunales, junto a lo cual la mujer tenía que alegar para ello una justa causa.

Sin embargo, el vigente artículo 58 del Código Civil dice en su últi-

mo párrafo: " ... en los demás casos resolverán los Tribunales", con lo cual vemos que no existen causas específicas para poder acudir a estos órganos, ya que el precepto no señala ninguna en particular.

Una vez examinadas las diferencias entre los dos textos, hay que objetar que el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil guardaba una perfecta congruencia con el artículo 58 del Código Civil, pero no ocurre lo mismo entre el citado artículo 64 de la Ley Procesal y el artículo 58 del Código Civil en la redacción hoy en día vigente. Y mantener el artículo 64 tal y como está redactado conduce a la paradoja de que un tercero pueda demandar legítimamente a la mujer en el domicilio marital, aunque ésta tenga también, en aquellas circunstancias, un domicilio distinto (1).

Pero a pesar de todo, la modificación del artículo 58 supone un avance que favorece la situación de la mujer casada, porque aunque generalmente es el marido el que fija la residencia conyugal, se han ampliado las facultades de la mujer casada en esta materia. Lo cual es lógico debido a la situación diferente en la que se encuentra la mujer, hoy en día, dentro de la sociedad, pues su función no se limita únicamente al ámbito doméstico, sino que actúa e interviene en el campo laboral. También con ello se mejoran los problemas que traen consigo las separaciones de hecho matrimoniales.

El Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Gobierno en materia de matrimonio y sus causas de disolución, se refiere en el artículo 70 al domicilio conyugal, y dice: " Los cónyuges fijarán de común acuerdo el hogar conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia". Este precepto se basa en dos principios; uno es la

(1) - "Comentarios a la Reforma del Código Civil" Vol. II. Madrid, 1977. - El Diario de Sesiones de las Comisiones de Cortes Españolas, Comisión de Justicia. X Legislatura. Pág. 905

igualdad jurídica de los cónyuges para determinar el domicilio sin que prevalezca el criterio del que ejerce la patria potestad. Esto se debe a que el Proyecto de Ley de patria potestad tiene como uno de sus objetivos el que la patria potestad sea una función ejercida conjuntamente por el padre y la madre. Una vez aprobado este proyecto no tiene ningún sentido mantener la redacción actual del artículo 58 del Código Civil, ya que no tendrá razón de ser. El segundo principio es que tiene que primar el interés de la familia, lo cual origina que en el caso de que el marido y la mujer no estén de acuerdo tengan que acudir al Juez, pudiéndoles éste señalar un domicilio conjunto o bien dos diferentes, teniendo en cuenta el interés familiar.

EL DOMICILIO EN LA SEPARACION DE HECHO

La primera consecuencia que produce la separación de hecho es que los esposos dejen de vivir juntos y tengan distintos domicilios. Con esto parece, en principio, que va en contra de lo regulado en el artículo 56 del Código Civil. También el artículo 68 del mismo cuerpo legal señala que admitidas las demandas de separación o nulidad, el juez durante el proceso adoptará "separar a los cónyuges en todo caso", entendiéndose por ello que los esposos vivan en diferentes domicilios, y lo mismo sucede a partir del momento en que se dicte sentencia de separación, artículo 73 del Código Civil. Si durante el procedimiento de separación o nulidad, los cónyuges tienen cada uno su domicilio sin haberse dictado todavía sentencia y no se considera que se vulnera el artículo 56 del Código Civil, creemos que la separación de hecho también puede producir este efecto, sin que por ello se esté en contra de esta norma. Además, como hemos señalado al referirnos a los convenios de separación de hecho (2), cabe que el artículo 56 del Código Civil sea una norma de carácter dispositivo, con lo cual no se vulnera ningún precepto imperativo al vi-

(2)- Capítulo de "Los pactos de separación" Pags.

vir el marido y la mujer separados de hecho en un domicilio cada uno.

Que el marido y la mujer vivan en distintos domicilios cuando están separados de hecho, no concuerda tampoco con el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo cual se debe a que la separación de hecho no está regulada en nuestro ordenamiento, y por consiguiente no produce efectos jurídicos. Pero tanto antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975 como posteriormente, los esposos que se encontraban en esta situación fijaban domicilios diferentes, bien pactándolo en el convenio de separación, bien admitiéndolo entre ellos. Además, el vigente artículo 58 del Código Civil es mucho más flexible en esta materia, teniendo como objetivo el interés de la familia, que puede ser designar dos domicilios diferentes en los supuestos de separación de hecho matrimonial.

El único problema que se puede plantear, es que a pesar de que los cónyuges hayan llegado al acuerdo de tener distintos domicilios en la separación de hecho matrimonial, uno de ellos quiera que vuelvan a vivir juntos. Puede suceder esto debido a que los pactos de separación no tienen fuerza coercitiva, por lo tanto no se puede obligar a los cónyuges a cumplirlos, sino que únicamente depende de la buena fe de ambos.

En un principio, la medida que se empleaba para cumplir este fin era la Fuerza Pública. Algunas sentencias del Tribunal de París estaban a favor de ello, así la de 7 de Diciembre de 1824; 7 de Enero de 1903; y del Tribunal de Casación de 20 de Enero de 1830 y de 20 de Enero de 1930 (3). Una sentencia de 25 de Octubre de 1927 considera el derecho del marido a reintegrarmanu militari a su mujer al domicilio conyugal, y así lo expone en el párrafo último del primer considerando: " y como el marido hoy requirente no hi

(3)- Vid. L. ZANON MASDEU. "La separación de hecho matrimonial" Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1974. Pág. 64. Nota 19

zo uso de su derecho impetrando el auxilio de la autoridad gubernativa para que su mujer no abandonase su domicilio, es lógico deducir a los efectos de-competencia, que residía en Bujalance con sus padres, con el consentimiento-tácito del marido". Pero hay que destacar que esta sentencia trata el problema de manera incidental, con lo cual no sirve de apoyo ni ejemplo.

Pero en la actualidad este método parece brutal, estando la opinión general en contra del mismo, ya que ataca el principio de la libertad individual. También hay sentencias francesas que apoyan esto, como la del Tribunal de Aix de 1881 y del Tribunal de Dijon de 29 de Enero de 1912 (4).

EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA

La doctrina jurisprudencial se ha mostrado tolerante y está de acuerdo - en que los cónyuges que se encuentran separados de hecho fijen domicilios - diferentes. Aunque en un principio el Tribunal Supremo mostró una cierta vacilación en las sentencias de 15 de Abril de 1891 y de 9 de Junio de 1894, - mantenedoras del principio: " Que debe estimarse que el domicilio de la esposa no separada legalmente es siempre el del marido, no pudiendo apreciarse - el que suceda otra cosa para los efectos que en derecho procedan"; puede afirmarse que ha triunfado en nuestra Jurisprudencia, en esta materia, el criterio del domicilio real sobre el domicilio legal, en los casos de separación-de hecho de los cónyuges, y siempre que exista alguna prueba de esa situación de hecho y de la equiescencia a la misma por parte del marido.

Por lo tanto, si la mujer separada de hecho reside en otro lugar con el consentimiento o autorización tácita o expresa de su marido, o sin su oposición, ha de reputarse que tiene domicilio propio e independiente para todos los efectos legales, ya que la residencia habitual es la base del concepto de

(4)- Vid. L. ZANON MASCEU, "Ob. Cit." Pág. 64

domicilio, y si el marido lo consiente ha de prevalecer el real y efectivo o de hecho que debe de tener preferencia sobre el legal. Así, el domicilio de la mujer separada con el consentimiento o no oposición del marido, se estima su domicilio real para el efecto de decidir las contiendas. Con lo cual podemos considerar que la separación de hecho de los cónyuges legaliza el domicilio de la mujer.

Refleja esta corriente dominante y casi unánime dentro de nuestra Jurisprudencia las sentencias de: 17 de Junio de 1887; 13 de Junio de 1896; 18 y 23 de Octubre de 1899; 28 de Diciembre de 1904; 14 de Octubre de 1905; 10 de Julio y 10 de Septiembre de 1908; 3 de Junio de 1909; 24 de Enero y 27 de Octubre de 1911; 17 de Junio de 1913; 21 de Enero, 3 de Febrero y 22 de Septiembre de 1916; 28 de Noviembre de 1919; 21 de Noviembre de 1923; 21 de Octubre de 1925; 22 de Octubre y 17 de Diciembre de 1926; 25 de Octubre de 1927; 31 de Marzo y 14 de Abril de 1928; 4 de Marzo de 1935, que en uno de sus considerandos dice: " Que si bien conforme establece el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio de las mujeres casadas no separadas legalmente de sus maridos será el que éstos tengan, como uno de los derechos más importantes de la autorización marital, este Tribunal Supremo, en reiterada y unánime jurisprudencia, contenida principalmente en las sentencias de 25 de Octubre de 1927 y 31 de Marzo de 1928, teniendo presentes las realidades de la vida ha establecido " que aquel artículo no tiene aplicación en los términos que su texto expresa, cuando la mujer reside habitualmente en otro lugar distinto de su consorte, por consentimiento del mismo, ya expresa, y tácitamente manifestado, si se ha de tener presente, a los efectos de decidir la cuestión de competencia..." pues en tal caso el domicilio de la mujer es aquel en que se encuentra, y la actual Constitución proclama el principio de igualdad de derechos para ambos cónyuges, que en la práctica, en lo posible, procede ir aplicando". También las sentencias de 20 de Marzo, 26 de Abril y 28 de Noviembre de 1940; 20 de Abril de 1942 que dice que la Jurisprudencia interpretando de manera espiritualista y humana el párrafo 1º

del artículo 64 de la Ley Procesal, " ha asimilado, para ese efecto, la separación de hecho a la separación legal, si aquella se consiente tácita o expresamente."

La de 1 de Julio de 1944, manifiesta que, según reiterada jurisprudencia, si bien el domicilio legal de las mujeres es el de sus maridos, se ha de reconocer para los efectos legales el que en realidad tengan, cuando con consentimiento expreso o tácito de aquellos residan habitualmente en lugar distinto.

Las sentencias de 17 de Octubre de 1944; 20 de Febrero de 1945; 17 de Mayo de 1945 que considera que cuando el marido, después de la separación de los cónyuges autorizó, por virtud de un documento privado, a la esposa para permanecer separada de él, la eficacia de tal autorización voluntariamente creada, que ha perdurado a través de los años, determina la aplicabilidad como pertinente, de la doctrina establecida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuyo tenor se asimila al supuesto de la separación legal de los esposos el caso de la separación de hecho de la mujer con expreso o tácito consentimiento del marido (sentencias de 26 de Abril, 28 de Noviembre de 1944; 20 de Febrero de 1945, entre otras).

La de 16 de Enero de 1946 expresa que: " considerando que contra la presunción establecida en el párrafo 1º del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre ser el domicilio de la mujer casada el mismo de su marido, la constante jurisprudencia de este Tribunal, admite la prueba de tenerle a la mujer distinto que su marido, aún en el caso de no estar separados legalmente, atendiendo a la realidad de su residencia habitual distinta, razón definitiva del domicilio de las personas naturales, según el artículo 4º del Código Civil.

Considerando que la destrucción de dicha presunción legal, requiere, según la jurisprudencia indicada, no sólo la prueba de la residencia habitual-

de la mujer fuera del domicilio conyugal, sino también que esta residencia ha sido autorizada por el marido o por lo menos éste no se opuso a ella".

La de 7 de Enero de 1947; 29 de Diciembre de 1948; 23 de Octubre de 1950; 26 de Junio de 1951 que dice: " aunque el domicilio legal de la mujer casada es, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el del marido, la Jurisprudencia de esta Sala viene en reiteración declarando que - si la mujer ha residido habitualmente, con autorización expresa o tácita de su marido, en lugar distinto, se ha de reconocer que éste es el domicilio para todos los efectos legales".

Sentencias de 25 de Abril de 1952; 29 de Diciembre de 1952 considera que: " cuando la mujer habita con carácter permanente en lugar distinto al de su - consorte, sin oposición, antes bien, con el consentimiento de éste, no puede menos de calificarse el último de residencia real, con sujeción al artículo 4o del Código Civil".

Sentencia de 31 de Marzo de 1964: " Considerando que entre los hechos que declara probados la resolución recurrida, de que desde el 16 de Julio de - 1953 los litigantes unidos por vínculo conyugal se separaron de hecho, sin - que el esposo requiriese a su consorte para que se restituyera al hogar familiar, a pesar de que ésta manifestó su deseo de abandonarlo por tiempo indefinido... el Tribunal deduce el consentimiento no sólo tácito sino incluso - expreso por parte del marido en cuanto a la separación...".

También las sentencias de 30 de Junio de 1978 y de 14 de Noviembre del - mismo año admiten el que los cónyuges separados de hecho tengan dos domicilios, aunque éste no es el tema objeto de las sentencias, que se refieren al mismo de una forma incidental.

CONCLUSION

Podemos señalar que a pesar de que la separación de hecho matrimonial no produce efectos en el ámbito jurídico, no significa que los cónyuges separados de hecho no puedan tener dos domicilios diferentes, bien porque lo hayan pactado en el convenio de separación, bien porque acudan al juez y fije dos domicilios en interés de la familia, si uno de los esposos no cumplía el pacto de separación. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este punto, mantiene una doctrina abierta y más de acuerdo con el momento actual, ya que en reiteradas sentencias afirma que los esposos separados de hecho pueden tener domicilios distintos. Por lo tanto el domicilio de la mujer separada de hecho será aquél en el que ella viva realmente, no el que tenga su marido; es decir, que prima el real sobre el legal.

LA NACIONALIDAD Y LA VECINDAD CIVIL EN LA SEPARACION DE HECHO

La nacionalidad al igual que la vecindad civil son estados civiles de las personas, pero no son excluyentes entre sí, sino complementarios.

La nacionalidad desde el punto de vista jurídico significa el vínculo que une a cada individuo con un Estado determinado; mientras que la vecindad civil es el vínculo de dependencia regional que lleva como consecuencia la sumisión a una u otra de las legislaciones vigentes en nuestra Nación; o como señala GARCIA AMIGO (1) se concreta en la relación entre la persona y el ordenamiento de la región o comunidad autónoma de que se trate.

La nacionalidad y la vecindad las estudiaremos únicamente desde el punto de vista relacionado con el matrimonio y los problemas que se pueden plantear en el supuesto de producirse una separación de hecho matrimonial. Aunque hay que señalar, desde este momento que la nacionalidad ha sufrido una evolución, que hay que calificar de óptima, desde la entrada en vigor del Código Civil hasta la actualidad. Hasta la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de Mayo de 1975, el principio básico que regía en materia de nacionalidad era el de unidad jurídica de la familia, con lo cual la mujer y los hijos sometidos a la patria potestad tenían que seguir la nacionalidad del marido y padre respectivamente. Fue la Ley de 2 de Mayo de 1975 la que dirimió este principio, indicando en su Exposición de Motivos que lo importante en la familia es su unidad interna, y no la externa y formal, por lo tanto la mujer casada ya no tiene porqué seguir de forma obligatoria la nacionalidad de su marido, sino que por el contrario puede mantener la suya propia. No obstante los hijos sometidos a patria potestad sí que tienen que tener la misma nacionalidad que la de la persona que ostente esta facultad, así, en cuanto a los hijos menores no emancipados, sí que rige el principio de la

(1)- M. GARCIA AMIGO. "Instituciones de Derecho Civil" I. Parte General Edit. Edersa. Madrid, 1979. Pág. 387.

unidad familiar con relación al padre, o en su defecto a la madre, si es que ésta ostenta la patria potestad.

Sin embargo la vecindad civil no ha seguido la orientación que ha guiado la reforma de los preceptos relativos a la nacionalidad, y podemos decir que sigue casi de igual forma regulada que lo fue en un principio, ya que únicamente se han suprimido unas palabras, pero la esencia continúa siendo idéntica. Hay que resaltar que tenía que haber sido modificado el criterio que se ha mantenido en relación a la vecindad civil, puesto que las circunstancias y situaciones de la sociedad actual, ya no tienen nada que ver con las que ésta tenía en la época de la promulgación del Código Civil, y por tanto se tenía que haber tenido más en cuenta al momento presente a la hora de redactar este precepto del Título Preliminar del Código Civil.

La nacionalidad de la mujer casada ha pasado por tres fases desde la promulgación del Código Civil hasta nuestros días:

- Una primera, en la cual la redacción originaria del Código Civil en su artículo 22 decía: "La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido.

La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior "

El criterio orientador de este precepto aplicaba rigurosamente el principio de unidad jurídica de la familia, lo que significaba que tanto la mujer española como la mujer extranjera que contrajeran matrimonio con persona de distinta nacionalidad, tenían que seguir la nacionalidad de su marido, perdiendo automáticamente la suya propia.

El párrafo segundo de este mismo artículo señalaba que la mujer española podría volver a recobrar su nacionalidad de origen, únicamente, en el caso de que el matrimonio se disolviera. No haciendo ninguna re

ferencia al caso de la mujer extranjera, por lo que parece que habría que aplicar las leyes del país de su nacionalidad anterior. El matrimonio se disuelve únicamente por muerte de uno de los cónyuges, y por el Privilegio Paulino. De ello podemos deducir que en los supuestos de separación judicial y separación de hecho, la mujer casada continúa con la nacionalidad de su marido, a pesar de que no viviera con él, ni siquiera en el país que le había conferido dicha nacionalidad.

- Una segunda, en la cual la Ley de 15 de Julio de 1934 hizo alguna leve modificación, y su Exposición de Motivos decía: "Tanto en el régimen de la adquisición como en el de la pérdida de la nacionalidad, se mantiene el principio de unidad de la familia como el más identificado con la tradición y los sentimientos de la Nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico. Por ello, la extranjera que contraiga matrimonio con español, adquiere la nacionalidad de éste. Igualmente la española que contraiga con extranjero adquiere la nacionalidad de su marido. Pero se ha ratificado el exagerado automatismo del Código Civil, tan propenso a facilitar la situación de apátrida; y a tal fin, la Ley establece que la española sólo perderá su nacionalidad de origen cuando le corresponda adquirir la del marido conforme a las leyes del país de donde sea nacional. Siendo el matrimonio el determinante de esta pérdida de la nacionalidad, es lógico que, disuelto o declarada la separación a perpetuidad, recobre la nacionalidad española quien la perdió por razón de lo que ya dejó de existir o de producir efectos".

Esta Ley manifestaba que la extranjera que se casara con español adquiría la nacionalidad de éste, artículo 21 del Código Civil. Sin embargo el artículo 23 apartado 3º del mismo Texto Legal expresaba que perderá la nacionalidad: "La española que contraiga matrimonio con extranjero si adquiere la nacionalidad de su marido".

De aquí se desprende una diferencia notable y era que la mujer ex

trajera que contrajera matrimonio con español adquiría automáticamente la nacionalidad española; mientras que la española que se casara con extranjero no adquiría su nacionalidad, sino que parecía que tendría la misma que su cónyuge si la pedía voluntariamente. La razón de ello puede radicar en que cada Estado quiere tener los máximos súbditos posibles.

Esta Ley también introducía un nuevo cambio y era que la mujer separada legalmente de su marido podía volver a recobrar su antigua nacionalidad, una vez declarada la separación judicial a perpetuidad, artículo 25 párrafo 1º del Código Civil. Y como ya hemos apuntado la redacción originaria sólo otorgaba esta facultad a la mujer, una vez que se hubiera disuelto el matrimonio.

" Al modificarse los preceptos del Título I, Capítulo 1 del Libro I del Código Civil por Ley de 15 de Julio de 1954, sin perjuicio de mantener en esencia el tradicional principio de unidad familiar, ya se permitió que en determinadas circunstancias ostentasen diversas nacionalidades los distintos miembros del grupo familiar. Así por ejemplo, acontecía el caso de mujer casada legalmente separada de su marido (artículos 19,3; 22,2 in fine, y 23,4) en que, subsistiendo el vínculo, ella no había dejado de pertenecer a la familia, lo que permitió opinar que, más que a la unidad jurídica de la familia, parecía atenderse a la convivencia conyugal " (2).

Esta Ley al igual que la primera redacción del Código Civil no tenían en cuenta el supuesto de la separación de hecho, por lo tanto no introducía en este aspecto ninguna modificación, sino que la mujer casada y posteriormente separada de hecho seguía conservando la naciona

(2)- M. GITRANA GONZALEZ. " En tema de adquisición de la vecindad civil"
Revista de Derecho Privado. Abril, 1975. Pág. 270

lidad de su marido, y sobre todo las mujeres extranjeras que se hubieran casado con español, ya que éstas siempre adquirían la nacionalidad de su marido. Y si, como se ha señalado anteriormente, parece que se tenía más en cuenta la convivencia conyugal, que la unidad familiar, es obvio que la mujer separada de hecho hubiera tenido derecho a adquirir su nacionalidad de soltera, puesto que se había roto la convivencia matrimonial ya que ambos esposos vivían independientemente.

- Y una tercera fase, que introdujo la Ley de 2 de Mayo de 1975 que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada, otorgando una mayor igualdad entre el marido y la mujer, que queda reflejada en diversos preceptos, originando un cambio en la figura de la nacionalidad. - Dice así su Exposición de Motivos: " En nuestro tiempo, sin embargo, la multiplicación de las relaciones internacionales, tanto a escala de los Estados como de las personas, y el decidido tránsito hacia comunidades más amplias que las nacionales, hacen que aquellas premisas se hayan alterado, de manera tal que no se ve ya razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades, al paso que la coherencia de la familia se manifiesta más en el orden afectivo, interno y substancial que en el externo y formal. ... La reforma consagra el criterio de que el matrimonio no incide por sí solo y de manera automática en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española. La pérdida de la nacionalidad española, para quien contrae matrimonio con extranjero, ha de ser siempre voluntaria. Como consecuencia, igualmente voluntaria ha de ser la adquisición de la nacionalidad española por la persona de condición extranjera que casa con español o española ".

Queda ello plasmado en el artículo 21 del Código Civil: " El matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera

de ellos con independencia del otro.

El cónyuge español sólo perderá su nacionalidad por razones de matrimonio con persona extranjera si adquiere voluntariamente la de ésta.

El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella, con aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 19 y en el último párrafo del artículo 20 ".

La disposición transitoria de dicha Ley dice: " La mujer española que hubiere perdido su nacionalidad por razón de matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, podrá recuperarla con arreglo a lo establecido en el artículo 24 del Código Civil en su nueva redacción.

El régimen establecido en la nueva redacción del artículo 21 del Código Civil será también aplicable a la mujer extranjera casada con español antes de la entrada en vigor de la presente Ley y, en consecuencia, podrá recuperar su anterior nacionalidad con arreglo a su Ley de origen ".

De ello se deduce que la mujer separada de hecho que se hubiere casado con anterioridad a la Ley de 2 de Mayo de 1975 puede volver a recobrar su nacionalidad de origen. Y aquellas que contraigan matrimonio después de Mayo de 1975 como no pierden su nacionalidad no se les presenta el problema, pero si alguien hubiere adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge al casarse, tendrá que aplicar el artículo 24 del Código Civil para recuperar la nacionalidad española.

Como se puede observar, actualmente no se plantea ningún problema con respecto a la nacionalidad en el supuesto de que exista una separación de hecho matrimonial, puesto que la mujer casada no pierde su nacionalidad por razón de su matrimonio; y si hubiera adquirido volunta-

riamente la nacionalidad de su marido, podrá recuperar la suya aplican-
do el artículo 24 del Código Civil.

La vecindad civil, sin embargo, no ha evolucionado de igual forma que -
la nacionalidad en lo referente a la situación de la mujer casada, " lo co -
rrecto hubiera sido aprovechar la reforma para dejar sin efectos la disposi-
ción del actual artículo 14, apartado 4º, con respecto a la vecindad civil -
de la mujer casada, y no mantener esta dualidad de soluciones que dejan al
legislador de los años 1974 y 1975 en una situación tan poco airosa " (3).

La redacción originaria del artículo 15, apartado 3º, párrafo tercero, que
hacia referencia a la vecindad civil decía: " En todo caso, la mujer seguirá
la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y, a fal-
ta de éste, la de su madre ". Y el artículo 14 del Texto vigente dice: " La
sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la
vecindad civil ". Y el apartado 4 del mismo precepto expresa: " La mujer -
casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la del -
padre, y, en defecto de éste, la de su madre ".

Ambas redacciones son muy similares, aunque el precepto actual ha omiti-
do " en todo caso ". Lo que podríamos interpretar en el sentido de que an-
tes era obligatorio que la mujer siguiera en todos los supuestos la vecindad
del marido, y actualmente caben algunas excepciones. Pero no creemos que es-
ta omisión tenga un sentido tan amplio. Sin embargo A. BERCOVITZ (4) piensa
que la supresión de esa expresión implica sin duda una mayor elasticidad a-
la hora de admitir excepciones a la regla de sumisión de la mujer a la vecin-
dad civil del marido.

(3)- L. PUIG FERRIOL, " Incidencia del nuevo Derecho Interegional en
el Derecho Civil de Cataluña". Conferencias sobre Derecho Foral, 1975-1976.
Edit. Itxaropena, 1973. Pág. 56

(4)- A. BERCOVITZ, " La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el
Nuevo Título Preliminar del Código Civil" Conferencias sobre Derecho Foral,
1975-1976. Edit. Itxaropena, 1973. Pág. 37

Si hacemos un estudio comparativo entre la nacionalidad y la vecindad — civil, hay que resaltar que la mujer casada no tiene porqué tener la misma nacionalidad que su marido; mientras que sí que tiene que seguir la misma vecindad que éste, esto es, en el primer supuesto no prima el principio de unidad familiar y sin embargo en el segundo sí, por lo tanto parece que hay una contradicción entre ambos preceptos que no fue subsanada por el legislador — del 75, por lo que marido y mujer pueden tener dos nacionalidades diferentes, pero tienen que seguir la misma vecindad.

" Alguien ha publicado que nuevamente en esta ocasión padeció olvido el legislador y que es simplemente tal amnesia la causa de la diferencia legal a que nos referimos. No nos atrevemos nosotros a inducir tamaño y tan reiterado descuido o desatención. Pensamos si se trata, más bien, de una deliberada abstención de manifestarse al respecto " (5).

M. ALBALADEJO (6) dice: " Ahora bien, suprimido por dicha Ley (2 de Mayo de 1975), por lo que toca a la mujer, el principio de unidad familiar en materia de nacionalidad ¿puede estimarse que sigue vigente en la vecindad?. Parece que la única respuesta lógica es la de que NO. Siendo la vecindad civil una nacionalidad menor —valga la expresión— debe de regirse —mutatis mutandis— por iguales reglas, y suprimida una —en el caso, la de la unidad familiar— para la nacionalidad, habría que estimarla suprimida también para la vecindad. ... Ahora bien, para mantener que el matrimonio no afecta a la vecindad, que la mujer al casarse conserva la que tuviese, y que los cónyuges pueden tener cada uno una distinta, es preciso decir que el nuevo artículo 21, 1º, introducido por la Ley de 2 de Mayo de 1975, que proclama eso en tema de nacionalidad, ha venido a derogar tácitamente el artículo 14, número 4, que, sin embargo, no ha sido tocado por el legislador de 1975, siendo así

(5)- M. GITRANA GONZALEZ. " En tema de adquisición de vecindad civil " - Revista de Derecho Privado, Abril, 1975. Pág. 271

(6)- M. ALBALADEJO. " Derecho Civil " I. Vol.I. 6ª edic. Edit. Bosch. Barcelona, 1970. Págs. 313 y 319

que éste, no sólo introdujo con su reforma, aquellos artículos del Código que resultaban afectados por ésta.

Pues bien, a la vista de eso, decir que el artículo 14, número 4, ha sido derogado tácitamente por el artículo 21, 1º, es algo muy duro, a lo que no me atrevo, aunque lo pienso".

M. GITRAMA (7) piensa que: " Pero ello no obstante, también estimamos — que en buena medida, en medida inadmisiblemente, sería violentar el precepto del artículo 14, 4, que ahí está, que ahí sigue estando, considerarlo condenado al ostracismo por la simple aparición del artículo 21 y por la justificación de éste en la parte expositiva de la Ley de 1975. (...) Y no nos atrevemos a sostener la derogación tácita del artículo 14, 4, por el nuevo 21, porque, habida cuenta de sus diversas esferas de aplicación, no resulta del todo evidente una abierta incompatibilidad entre ambos preceptos.

Lo que sí cabe preveer es un posible acomodo legal entre una y otra disposición en aras de una deseable coherencia interna de nuestra legislación, — coherencia que puede resentirse — hechos cantan — por mor de las reformas del Código Civil " a retazos ". Es previsible una nueva reforma de unificación de criterio. Y en ésta, si se produce, posiblemente prevalecerá el del artículo 21; fácil vaticinio no sólo por las razones apuntadas que han quedado, sino que también por el patente empuje del movimiento feminista que, obteniendo lo más (que el matrimonio no afecte ya necesariamente a la nacionalidad), aspirará a lograr lo menos (que también afecte a la vecindad civil).

El que los cónyuges tengan que tener la misma vecindad puede no presentar problemas cuando el matrimonio vive en unión y armonía. Pero en los casos de separación legal tampoco se permite el que la mujer separada legalmente de su marido pudiera recobrar su antigua vecindad, y sin embargo se había admitido esta excepción en materia de nacionalidad por la Ley de 15 de Ju-

(7) — M. GITRAMA GONZALEZ. " Ob. Cit. " Pág. 276

lio de 1954, pudiendo haber hecho uso de la misma la reforma que se hizo en el Título Preliminar en 1974. ¿Qué ocurre en el supuesto de una separación de hecho?

En principio, habría que decir que a pesar de todo la mujer por razón del matrimonio tiene la misma vecindad que su marido, pues así lo indica el artículo 14, número 4 del Código Civil. No obstante podemos decir que la mujer separada de hecho podría perder la vecindad civil que había adquirido por contraer matrimonio, y bien recuperar la suya de origen o adquirir otra diferente. Para ello se pueden aplicar dos tesis, una basada en la residencia y otra en la libre voluntad de la mujer.

La primera tesis es recogida por R. BERCOVITZ (8) que piensa: "La naturaleza excepcional de la norma que nos ocupa (artículo 14, apartado 4 del Código Civil) permite incluso tomar en consideración la existencia de una separación de facto para reconocer a la mujer la posibilidad de cambiar de vecindad cumpliendo con los requisitos de residencia continuada previstos en el apartado anterior del mismo artículo. En este sentido cabe pensar que el artículo 14, apartado 4, atiende al supuesto normal en que ambos cónyuges vivan juntos, por lo que en tal caso tiene un mayor sentido que tengan la misma vecindad civil; para lo que se recurre al procedimiento expeditivo de conceder prioridad al marido. Pero cuando esta convivencia común no se produce, entonces dicha norma carece completamente de sentido y cede al juego de la norma anterior: marido y mujer podrán cambiar de vecindad civil con independencia el uno del otro, respetando, claro está, los requisitos generales establecidos al efecto. A esta interpretación contribuye la tendencia juris

(8)- R. BERCOVITZ, "La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil" Conferencias sobre Derecho Foral, 1975; 1976. Edit. Itxaropena. Págs. 37 y 38. "Comentarios a las Reformas del Código Civil," Vol. I. Edit. Tecnos, Madrid, 1977, Pág. 715. Y en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" T.I. Edit. Edersa. Madrid, 1978. Págs. 499 y 500

prudencial favorable a valorar el domicilio de facto de la mujer, esto es, el lugar de su residencia habitual, así como la mayor independencia que la Ley de 2 de Mayo de 1975 reconoce en esta materia de domicilio conyugal a la mujer. Pues bien, puesto que el cambio de vecindad se basa en esa residencia habitual en un territorio, siempre que el interesado pueda regir legalmente su persona (artículo 255, párrafo 2º del Reglamento de la L.R.C.) y puesto que ciertamente la mujer casada tiene capacidad, no parece desacertado el permitir que su domicilio independiente le permita acceder a una vecindad civil distinta de la de su marido ".

Estamos de acuerdo en que la mujer separada de hecho vive en un domicilio diferente al de su marido, y que ello es admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en numerosas sentencias ha manifestado que si la mujer reside en domicilio distinto al de su esposo con consentimiento de éste, se ha de reconocer que éste es su domicilio para todos los efectos legales. Pero no creemos que de ello se pueda deducir que la mujer pueda adquirir una vecindad distinta de la de su cónyuge por el hecho de residir en otro territorio, porque el artículo 14 del Código Civil regula la vecindad civil señalando los diversos modos de adquirirla que son a través del ius sanguinis, ius soli, ius optionis, por residencia y por la unidad de familiar. La mujer casada sigue la vecindad de su marido como consecuencia de la unidad de familiar, así que en principio no podrá adquirirla por residencia. Aunque en el supuesto de la separación de hecho ya no existe la unidad familiar que es el fundamento que origina que el marido y la mujer tengan que tener la misma vecindad civil, por lo tanto, teniendo en cuenta esto, se podría decir que la mujer separada de hecho no tiene que seguir la misma vecindad que su esposo, y que podría adquirir otra por la residencia continuada en otro lugar, bien durante un plazo de dos años o de diez años, y siguiendo los requisitos que señala el Código Civil en el apartado 3º del artículo 14. Pero aquí existe un inconveniente que es que se exige un plazo para poder adquirir otra vecindad, con lo cual hasta que no transcurra el mismo, no puede ob

tenerse, y además, el hecho de tener que vivir en otro territorio para poder conseguir el plazo requerido.

Si el principio de unidad familiar no rige en materia de nacionalidad, parece lógico que tampoco tuviera relevancia en lo referente a la vecindad, porque si se puede lo más, esto es, que los esposos tengan diferentes nacionalidades, también se tendría que poder lo menos, es decir, que el marido y la mujer tengan distintas vecindades civiles.

La segunda hipótesis es que la mujer separada de hecho puede tener distinta vecindad que su marido, si esa es su voluntad. Para ello nos basamos en el artículo 14 de la Constitución Española que dice: " Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social ".

El artículo 14, apartado 4 del Código Civil diferencia la situación del marido y la de la mujer, originando una discriminación entre ellos, lo cual está prohibido por el precepto citado de la Constitución. Hay una contradicción entre ambos artículos, y creemos que el artículo 14, apartado 4 del Código Civil queda derogado aplicando los principios, ley posterior deroga la anterior, y en este caso la Constitución Española es de 1978 y la Ley que reformó este artículo del Código Civil es de 1974; y que Ley superior deroga Ley inferior, y la ley fundamental y con rango jerárquico mayor es la Constitución.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el artículo 14 de la Constitución, no puede existir una discriminación entre los españoles, y el artículo 14, 4 del Código Civil regula una diferencia entre el marido y la mujer. Así consideramos que el artículo 14 de la Constitución deroga tácitamente el artículo 14, 4 del Código Civil, por lo que la casada no tiene obligación de seguir o adoptar automáticamente la vecindad de su marido.

" Después de la vigencia de la Constitución el precepto (14, 4 del Código Civil) están en pugna con el principio de no discriminación por ningún motivo, entre ellos el sexo (artículo 14), y con la plena igualdad jurídica de los cónyuges (artículo 32, número 1), que la misma proclama " (9).

Y vamos más allá de la tesis de BERDOVITZ que considera que roto el principio de unidad familiar, puede la mujer separada adquirir una vecindad distinta de la del marido a tenor del artículo 14, 3 del Código Civil. Pues si entendemos derogado el artículo 14, 4 del mismo Texto Legal, la mujer por razón de matrimonio no tiene porqué seguir la condición de su marido; pero es que si además adquirió la vecindad de su esposo, por voluntad propia, puede recobrar su antigua vecindad o adquirir otra diferente, siempre que reúna los requisitos del artículo 14, 3 del Código Civil.

Además, si la vecindad civil es una cualidad necesaria, teniendo cada español una regionalidad, y según apunta GARCIA AMIGO (10), puede cambiarse de vecindad civil con toda libertad, siguiendo los requisitos legales de los artículos 14 y 15 del Código Civil, ya que según el artículo 139, 2º de la Constitución " ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas ... en todo el territorio nacional " , pensamos que en base a ello la mujer casada no tiene porqué seguir la condición civil de su marido, y si ha obtenido su vecindad puede modificarla, sobre todo en los supuestos de separación de hecho, si reside en territorio diferente al de su marido, y al tener domicilio distinto podrá adquirir otra vecindad siempre que cumpla los requisitos regulados en el artículo 14, 3 del Código Civil.

(9)- D. ESPIN. " Manual de Derecho Civil Español " Vol. I. Parte General. 7ª edic. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. Pág. 299.

(10) M. GARCIA AMIGO. " Instituciones de Derecho Civil " I. Parte General Edit. Edersa. Madrid, 1979. Pág. 368

Pero ésto puede plantear una serie de inconvenientes en la práctica, pues como señala GARCIA AMIGO (11) " el no tener la misma vecindad civil los cónyuges da lugar a graves problemas de todo tipo, especialmente en materia de relaciones matrimoniales económicas, enlazadas con cuestiones sucesorias, máxime teniendo en cuenta la escasa práctica de otorgamiento de capitulaciones y del distinto alcance de éstas en el Código Civil y en las Compilaciones. - Por lo demás, el posible choque con el principio de igualdad de los cónyuges se ve compensado porque salva el principio de interés familiar y la naturaleza de orden público presente en la normativa familiar. Aparte que se podría establecer la unidad en base a seguir el marido la condición de la mujer".

Estamos de acuerdo en que una vecindad distinta para cada esposo, puede ser causa de obstáculos, pero consideramos que lo mismo ocurre si el marido y la mujer tienen diferente nacionalidad, y también los problemas que en estos casos se presentan inciden generalmente en los aspectos económicos del matrimonio, y sin embargo tienen solución. Pensamos que la vía que hay que tener en cuenta para que se resuelvan es la misma que se aplica en materia de nacionalidad, con la única salvedad que el derecho que hay que aplicar es el interregional, que es el regulado en el artículo 16 del Código Civil.

Y si la Ley de 2 de Mayo de 1975 suprimió el principio de unidad familiar en cuanto a la nacionalidad, (principio que tenía profundas raíces en nuestro ordenamiento), creemos que también se tenía que haber reformado lo menos, esto es, la vecindad civil. Además, la vecindad está cobrando gran importancia como consecuencia de las autonomías, y ya no va a tener únicamente alcance en el plano civil estrictamente, sino también en el político, administrativo, cultural y sociológico, dependiendo de la amplitud con que cada Estatuto aborde estos temas en las diferentes nacionalidades. (12)

Y si la desigualdad de los cónyuges se ve compensada por el interés familiar con respecto a la vecindad, no entendemos porqué en materia de naciona-

(11)- M. GARCIA AMIGO. " Instituciones de ..." Ob. Cit. Pág. 393

(12) Mayor ampliación del tema en R. BERCOVIT. "La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades autónomas" Rv. Jur. de Cataluña. II. Abril-Junio. 1981. Págs. 364 y siguientes

lidad se sigue el principio de igualdad jurídica del marido y de la mujer, - y sin embargo, en el tema de la vecindad se elige el interés familiar, aunque creemos que más que preferirse este interés, se argumenta ésto para explicar la razón de la desigualdad de trato dado a la mujer casada en la nacionalidad y en la vecindad.

No nos parece acertada la hipótesis de que para mantener la unidad familiar, se podría acoger como solución la vecindad civil de la mujer, y que el marido tuviera que seguir ésta. Porque nos encontraríamos en la misma situación que se da hoy en día, solo que en sentido contrario, y por tanto seguiría existiendo una desigualdad jurídica entre los cónyuges, y consiguientemente no se aplicaría tampoco en toda su extensión el artículo 14, ni tampoco el 32, 1, ambos de la Constitución.

LA PATERNIDAD EN LA SEPARACION DE HECHO

Otra de las consecuencias de la ausencia de una regulación de la separación de hecho matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico es que la paternidad sea un problema entre los muchos que se plantean en esta institución, y a veces difícil de resolver.

La legitimidad, como sabemos, es el vínculo que procede de la generación dentro del matrimonio, y en la separación de hecho permanece el vínculo matrimonial.

Por ello se podría pensar que el hijo nacido durante la separación de hecho es legítimo, ya que su nacimiento se ha producido dentro del matrimonio como institución, pero al mismo tiempo hay que señalar que los cónyuges no viven juntos, esto es, que tienen distintos domicilios, ya que es una de las primeras medidas que se adoptan cuando se presentan estas situaciones, y por tanto no existe la cohabitación entre el marido y la mujer.

Aquí entra en juego la presunción de paternidad del artículo 108 del Código Civil. Porque si durante la separación de hecho la mujer tiene un hijo, nos podemos preguntar si éste es legítimo o no. El artículo 108 del Código Civil expresa: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos ... antes de los trescientos días siguientes a la disolución (la del matrimonio) o a la separación de los cónyuges".

Contra esta presunción no se admitía otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los ciento veinte días primeros de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

Al examinar el párrafo 1º del artículo 108 del Cfgo Civil, podemos deducir que los hijos nacidos después de los trescientos días de la separación - de los padres son ilegítimos, siempre que no se pruebe lo contrario. CASTAN(1) dice que los hijos nacidos después de transcurridos los trescientos días - siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, no tienen la cualidad de legítimos con arreglo a la norma general del artículo 108; pero pueden adquirirla conforme a la disposición del precepto 111 - del Código Civil.

La doctrina científica señala que el artículo 108 del Código Civil presupone la convivencia matrimonial, que se deduce de: " desde la celebración del matrimonio " o " desde la disolución o separación de los cónyuges". Al cesar la vida matrimonial generalmente no existe ocasión de que los esposos se unan carnalmente.

DIEZ PICAZO (2) piensa que una presunción de ilegitimidad no tiene base en nuestro Derecho positivo, ya que los hijos nacidos después de trescientos días desde la separación de los cónyuges no están comprendidos en los términos del artículo 108. Lo que quiere decir que no gozan de la presunción de - legitimidad, o más claro, que el ordenamiento no los presupone legítimos. Pero una cosa es no presumir que son legítimos, y otra bien distinta presumir que son ilegítimos. Continúa diciendo que sostener la legitimidad de los hijos nacidos después de los trescientos días contados desde la separación parece muy aventurado, teniendo en cuenta que quedan fuera de los términos en que el artículo 108 establece la presunción. Por lo tanto, la falta de presunción hace aplicables las reglas generales sobre la carga de la prueba. Esto-

(1)- CASTAN. " Derecho Civil español, común y foral " T. V. vol. 2º. - 8ª ed., Madrid, 1966. Pág. 22

(2)- L. DIEZ-PICAZO. " La situación jurídica del matrimonio separado " - Revista de Derecho Notarial. Enero-Marzo. 1961. Pág. 103

significa que el que afirme la legitimidad o ilegitimidad tiene que probarla. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir que la filiación regulada en nuestro Código Civil necesita una reforma, aspirándose a que en las situaciones anormales deben de ser flexibles las normas que las regulan, dando un amplio margen al arbitrio judicial del que se haría un uso prudente, para que las soluciones jurídicas lleguen a armonizar con las exigencias ético-sociales.

El párrafo 1º del precepto que antes hemos examinado, únicamente señala separación de los cónyuges. Creemos que al no decir expresamente el legislador separación legal, podemos interpretar que cabe dentro de este concepto la separación de hecho matrimonial. Del mismo modo que DIEZ PICAZO (3) dice: " No es obstáculo, a mi juicio, para que la expresión " separación de los cónyuges " del artículo 108 haya que entenderla no en el sentido de separación legal, sino en el sentido de separación judicialmente decretada, aunque lo haya sido con carácter provisional o incluso provisionálsimo ".

Si consideramos que el hijo nacido después de los trescientos días de la separación de los cónyuges no goza de la presunción de legitimidad, sino que ésta se tiene que probar, y que del artículo 108 párrafo 1º del Código Civil podemos interpretar que también cabe entender la separación de hecho matrimonial, nos preguntamos ¿qué ocurre con el hijo nacido después de los trescientos días de la separación de hecho de un matrimonio?. En un principio se puede estimar que el hijo es ilegítimo, a no ser que le madre demuestre lo contrario, ya que creemos que sobre ella recae la carga de la prueba. Pero aquí ya se presentan dos obstáculos que son:

- 1º ¿Cuál ha sido el momento de la separación de hecho, a partir del cual se cuentan los trescientos días ?

(3)- L. DIEZ-PICAZO. Ob. Cit. Pág. 100 y 101

2º ¿ Qué se entiende por imposibilidad física ?

Solucionar la primera cuestión presenta dificultades, porque al producirse la separación de hecho por mutuo acuerdo de los cónyuges, sin intervención de ningún órgano jurisdiccional, resulta difícil determinar el momento exacto de ésta. En algunos supuestos cabe acudir al convenio de separación, y teniendo en cuenta la fecha del mismo, contar, a partir de él, los trescientos días. Pero ello no resuelve el problema, porque hay muchos casos, en que existe separación de hecho, a pesar de que no hay ningún tipo de pacto o convenio de separación, o bien éste se ha hecho en momentos posteriores. Pensamos que la única medida que se puede tomar como punto de referencia es la fecha del pacto de separación, y en los casos en que no exista, los trescientos días siguientes se pueden contar a partir del momento en que los esposos vivan en domicilios diferentes, aunque esto puede presentar serias dificultades en la vida práctica. Así, DIEZ PICAZO (4) dice: " Parece sumamente difícil y carente de un fundamento serio colocar como momento decisivo la fecha de la sentencia que haya decretado la separación o, más todavía, el momento en que hubiese alcanzado firmeza. La razón de la norma radica en el hecho de la suspensión de la cohabitación ". Este autor se refiere a la separación judicial y si piensa que es difícil señalar en este caso el momento de dicha separación, a pesar de que la fecha de la sentencia sirve de guía, pero no indica todo, pensemos los problemas que se presentan en la separación de hecho.

En la separación legal, según sentencia de 18 de Junio de 1900 se tiene en cuenta la fecha de aquella.

(4)- L. DIEZ-PICAZO. Ob. Cit. Pág. 100

Respecto al segundo obstáculo, hay que probar que durante una determinada temporada, el marido estuvo imposibilitado físicamente, para tener acceso con su mujer; imposibilidad que se puede originar por diversas causas, ya que el término imposibilidad física es de una gran indeterminación. MANRESA (5) sostiene que dentro de la imposibilidad caben todos los hechos que pueden producirla, y que deberán probarse en la forma ordinaria. La misma línea es defendida por CASTAN (6) que manifiesta que no hay que entender como causas de imposibilidad únicamente la impotencia, sino también la ausencia de uno de los cónyuges, y cualquier otra de la que se pueda derivar la imposibilidad, ya que el Código no determina las causas de ésta. También RIVERO HERNANDEZ afirma que en nuestro ordenamiento jurídico serán causas de impugnación todas las que logren convencer al juzgador, siempre que se pueda probar que no fue posible la cohabitación sexual en el período legal de la concepción. Esta opinión es mantenida por VALVERDE, DE DIEGO, ESPIN, PUIG BRUTAU, que dicen que es admisible cualquiera causa de la que se pueda derivar la imposibilidad, porque el Código no determina nada, pero ha de ser imposibilidad física de cohabitación.

CASTRO PEREZ(7) cree que se debería sustituir el término " imposibilidad física de acceso " del artículo 108 del Código Civil, por el de imposibilidad de procreación o por imposibilidad absoluta en el impugnante de ser padre del hijo que desconoce.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado también, en diversas sentencias, lo que entiende por imposibilidad. Entre otras podemos citar la de 29 de Enero de 1930 que reconoció que la imposibilidad física más

(5)- J.M. MANRESA "Comentarios al Código Civil español" T.I. 7ª ed., Edit. Reus., Madrid, 1956. Pág. 649

(6)- J. CASTAN. Ob. Cit. Pág. 13

(7)- CASTRO PEREZ. "La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad" ;Madrid, 1950. Págs. 53, 107 y 156

frecuente es el alejamiento de los cónyuges, cuando sea continuado y en el tiempo que corresponda a la concepción y " no se demuestre la existencia de medios de transporte u otros que proporcionen una aproximación de los cónyuges, por momentánea que fuera ". La sentencia de 4 de Julio de 1914 quitó rigidez a la anterior y estimó la imposibilidad de cohabitación en la ausencia probada, con alejamiento no interrumpido. La de 24 de Enero de 1947 considera que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, autoriza el empleo y consiguiente apreciación de todos los medios que la Ley Procesal admite, si bien no cabría conceder ninguna a los de carácter biológico, por ser contrarias al criterio que preside la fijación de presunciones adoptadas por el legislador. El mismo criterio es mantenido por la sentencia de 10 de Abril de 1972, que afirma que la prueba de imposibilidad de acceso carnal del esposo ha de proceder, según la doctrina científica coincidente con el criterio de esta Sala, del alejamiento permanente del esposo en el extranjero o establecimiento de reclusión o impotencia probada.

Tal y como deducimos de la postura doctrinal y jurisprudencial, observamos que la primera es más amplia y admite toda clase de imposibilidad física debido a que el Código no determina en qué casos cabe y en cuáles no. Sin embargo el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia considera que por cualquier motivo o causa deja de existir la imposibilidad, es decir, por cualquier encuentro o contacto entre los esposos. Todo ello desfavorece al marido, ya que tiene que demostrar que en los ciento veinte días siguientes a la concepción no vió ni estuvo ningún momento con su mujer, y hoy en día es muy difícil un alejamiento no interrumpido, debido, entre otras causas, al avance que se ha producido en los medios de transporte y comunicación. Aunque podemos pensar que esta interpretación tan restrictiva se debe a que se trata de amparar al hijo nacido en esas circunstancias, ya que si se le considera ilegítimo supone para él una gran desventaja en cuanto a sus derechos y también en relación al entorno social en que vive. Esta posición se puede basar en que uno de los Principios Generales del Derecho proclama que en la du

da se ha de estar siempre a favor del posible perjudicado (ej.: in dubio pro reo, in dubio pro operario ...). Y en estos supuestos cabe siempre la duda debido a la complejidad de demostrar la imposibilidad física de acceso del marido a su mujer, pues ello supone un concepto muy amplio y además todavía no existe una ley para la investigación de la paternidad, si bien la Constitución admite esta última en su artículo 39.2 último inciso.

Nos parece acertada la opinión de CASTRO PEREZ, pues creemos que se suprimirían muchos inconvenientes si el Código Civil dijera " imposibilidad de procreación " en lugar de " imposibilidad física de acceso ". Así también, el Código Civil italiano en su artículo 235 nº 1 dice: " La acción para el desconocimiento de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio es consentida sólo en los siguientes casos:

- 1º - Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre el trecentésimo y el centotantésimo días antes del nacimiento ".

Esta hipótesis es más amplia que la precedente " imposibilidad física de cohabitar con la mujer por alejamiento u otro hecho " del antiguo artículo 235 nº 1 y comprende mejor en sus límites a la separación de hecho. La sentencia de casación de 2 de Agosto de 1975 (Italia) considera que: " Mien - tras, según la originaria redacción del artículo 235 nº 1, la acción de desconocimiento de la paternidad podía ser probada con éxito si el marido hubie se demostrado la imposibilidad física de cohabitar con la mujer al tiempo de la concepción, después de la entrada en vigor de la Ley de 19 de Mayo de — 1975 es suficiente la simple prueba de no cohabitación".

La separación de hecho y la " no cohabitación " del nuevo texto del artículo 235 nº 1 coinciden: la no cohabitación en efecto, para los fines de la acción de desconocimiento, importa objetivamente y comprende en sí toda - interrupción de la convivencia conyugal como quiera que sea verificada. Pero es verdad que la noción de no cohabitación como presupuesto de acción de des

conocimiento es más amplia, otro tanto es verdad que la separación de hecho en cada caso comprende y legitima en sí la acción de desconocimiento, facilitando en todo caso como se ha dicho, la prueba pedida del artículo 235 nº 1, esto es: en efecto no toda no cohabitación en sentido objetivo constituye separación de hecho, pero esta última lleva siempre consigo la no cohabitación(8).

Además, la sentencia de 29 de Enero de 1890 dice que es suficiente, para que no haya imposibilidad física, una aproximación de los cónyuges, por momentánea que sea. A pesar de que las demás sentencias restan algo de rigidez a ésta, no hay que olvidar que en cualquier caso apoyan la misma posición. Lo cual nos parece exagerado, ya que así siempre cabrá decir que el hijo es legítimo, porque si ambos esposos viven en la misma ciudad, probablemente el marido irá a ver a sus hijos, y si éstos viven con la madre, existiendo ya un contacto entre los cónyuges.

Creemos que en este punto tiene gran relevancia la investigación de la paternidad, admitida en otros países; aunque España no se encontraba entre ellos, pues el Código Civil y la Jurisprudencia no lo permitían. A pesar de ello ha habido un sector doctrinal que ha apoyado esta solución, sobre todo a raíz de la despenalización del adulterio por Ley de 26 de Mayo de 1978. La Constitución española de 1978, en su artículo 39 nº 2 inciso último, siguiendo esta orientación dice: " La ley posibilitará la investigación de la paternidad ". Tema que se trata en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuya Exposición de Motivos dice: " La regulación del Código vigente hasta hoy en materia de filiación, trasunto en buena parte del Código Civil francés de 1804, constituía uno de los mayores defectos en nuestro primer cuerpo legal, tan digno de alabanza en otros muchos aspectos. Acen -

(8)- V. FRANCESCHELLI. " La separazione di fatto " Edit. Giuffrè. Milán. 1978. Págs. 169-171

tuando el rigor en relación con nuestro Derecho Histórico, más consecuente con la verdad biológica en la determinación de la paternidad y más abierto - en cuanto a los deberes naturales de los progenitores, el legislador de la - codificación excluyó prácticamente dentro del matrimonio, la posibilidad de impugnar la paternidad del marido, aún contra la más clara evidencia, y fuera de él la investigación judicial de la paternidad, salvo en contados casos, delimitados con extraordinaria rigidez (...). También ciertas sentencias del Tribunal Supremo y numerosas resoluciones de la D. G.R.N. trataron de adecuar el rigor de los preceptos del Código a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado, tanto por los valores cuya prioridad se ha reconociendo e imponiendo como por los conocimientos biológicos alcanzados, que tan eficazmente pueden cooperar a la determinación de una paternidad cuestionada y a excluirla con certeza en algunos casos.

Finalmente, la reforma de los antiguos textos, aconsejada también por la que se observa en el Derecho Comparado, se ha hecho ineludible en estricto - cumplimiento del mandato constitucional que obliga ... a dar cauce a la investigación de la paternidad?

El Proyecto citado sigue uno de los Principios de la Constitución Española, artículo 36 nº 2 de la misma: " Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia - de su filiación... " Como consecuencia de ello, los preceptos relativos a la filiación están siendo modificados .

El artículo 116 de dicho Proyecto ha sufrido varios cambios. El texto que de este Proyecto remitió el Gobierno al Congreso de los Diputados decía: " Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su disolución o de la separación efectiva de los cónyuges ".

Se hicieron varias enmiendas a este artículo (9); hay que destacar entre ellas la presentada por el Grupo de Socialistas de Cataluña (10) que propone la sustitución del término "separación efectiva" por el de "separación de hecho". La motivación es que el término "separación de hecho" tiene mayor concreción que el sustituido.

Pero esta enmienda no se tuvo en cuenta en el texto dictaminado por la Comisión de Justicia, quedando el precepto redactado de la misma manera. Sin embargo el artículo ha quedado modificado tras la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, quedando de la siguiente forma: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Nos parece digna de alabanza esta última redacción, porque a pesar de que el texto primitivo decía: "separación efectiva", y pensamos que hubiera caído dentro de la misma separación de hecho, ya que se hacía uso de un término ambiguo y amplio, creemos que es mejor hacer la distinción entre la separación legal y la separación de hecho. No sólo porque sigue la misma línea que habíamos apuntado, esto es, que había que entender dentro de la denominación "separación" del artículo 108 del Código Civil la separación de hecho, y trae como consecuencia reconocer una serie de efectos a esta clase de separación. Sino también porque se empieza ya a tratar la figura de la separación de hecho junto a la separación legal, reconociendo la importancia de esta institución.

También hay que establecer otra diferencia notable entre el artículo 108 del Código Civil y el 116 del Proyecto de Ley, y es que el primero hace referencia a la presunción de los hijos legítimos, mientras que el segundo recoge la presunción de hijos del marido. Pensamos que la diferencia estriba en-

(9)-"Enmiendas al Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de Filiación,"... Enmiendas 181 y 182. Pág. 51; y nº 469 Pág. 131

(10)-" Enmienda nº 182 Pág, 51

que el Código Civil, siguiendo la tradición de nuestro Derecho y en concordancia con la época, recoge la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos; - sin embargo, el segundo, sigue el principio de igualdad jurídica de los hijos, dividiéndolos en matrimoniales y no matrimoniales, pero señalando que - tanto una filiación como otra surte los mismos efectos, artículo 108 del Proyecto de Ley. Por eso el artículo 116 del Proyecto dice que serán hijos del marido los nacidos antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho de los cónyuges.

De este precepto se deduce, que los hijos nacidos después de haber transcurrido trescientos días desde la separación de hecho, se presume que no son hijos del marido de la madre, puesto que no ha habido cohabitación entre los esposos. No obstante, a tenor del artículo 118 del Proyecto, aunque falte - la presunción del artículo 116, se puede inscribir la filiación como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Pero para que éste se pueda llevar a cabo es necesario que el marido esté de acuerdo en reconocer, a través de la inscripción, que el hijo de su mujer nacido en esas circunstancias, es suyo. Por lo tanto a priori, si no se manifiesta en contra el marido, el hijo nacido después de los trescientos días desde la separación de hecho es no matrimonial. Mientras que según lo que indica el Código Civil, - el hijo es siempre del marido, a no ser que pueda probar la presunción del artículo 108 párrafo 2º del Código Civil; presunción que como ya hemos señalado era difícil de demostrar tanto por el criterio doctrinal como por la postura de la jurisprudencia.

El artículo 127 del Proyecto dice: " En los pleitos sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas". A pesar de que este precepto - menciona la investigación de la paternidad en relación con los pleitos de filiación, podemos hacerlo extensible a cualquier supuesto en que se presente una duda o sospecha, teniendo en cuenta lo que dice la Exposición de Motivos y poniéndolo en relación con el artículo 116 del Proyecto, y por lo tanto -

también para los casos de separación de hecho matrimonial. Además este Proyecto modifica el artículo 108 del Código Civil y queda suprimido el párrafo último de dicho precepto legal que dice: " no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer ... "

Esto supone una medida justa, lógica, y que se adapta a la sociedad en que vivimos, que beneficia al marido en todos aquellos casos en que exista duda respecto a la paternidad, y que puede resolver muchos problemas que se plantean alrededor de ello en la separación de hecho matrimonial; porque, aunque el desfavorecido sea el hijo, el Proyecto de filiación tiende a la equiparación entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, y así se dice en la Exposición de Motivos del mismo: " La regulación del Código, vigente hasta hoy en materia de filiación ... puso asimismo trabas y limitaciones a la investigación del reconocimiento, y estableció profundas diferencias de trato entre los hijos llamados legítimos y los ilegítimos, haciendo así sufrir injustamente a los nacidos fuera del matrimonio las consecuencias de un comportamiento de sus padres del que, en momento alguno, podían ser responsables ". Y el artículo 108 del Proyecto citado en su párrafo último dice: " La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

La investigación de la paternidad que se lleva a cabo a través del examen de los grupos sanguíneos, es un método absolutamente seguro cuando desmiente la paternidad y sólo muy probable cuando contesta afirmativamente a ésta. Además el Derecho positivo está obligado a defender a quien no cooperó en el acto procreador no se le atribuya una legitimidad y se le impongan unas obligaciones materiales y morales.

Parece que cabe llegar a la conclusión de que será la mujer separada de hecho quien tenga que probar siempre que tenga un hijo después de haber transcurrido trescientos días desde la separación, que el hijo es de su marido.

rido, y consecuentemente legítimo.

II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias respecto al tema de la paternidad en relación con la separación de hecho matrimonial. Podemos destacar la de 19 de Junio de 1958 que deniega la impugnación de la legitimidad, porque al interrumpir el marido el alejamiento voluntario de la esposa, presentándose en el lugar de residencia de ésta donde fueron vistos juntos, no hubo alejamiento efectivo de los esposos.

La Sentencia de 7 de Marzo de 1963 considera que el artículo 108 del Código Civil al hablar de la "separación de los cónyuges" se refiere únicamente a la jurídica, que es la que recoge y tiene importancia para el Derecho, mientras que la separación de hecho solamente se tiene en cuenta como medio de prueba para acreditar la imposibilidad física del acceso en el período que señala el artículo. Para que la presunción de legitimidad desaparezca es necesaria la separación legal de los cónyuges, que traslada a la madre la carga de probar la paternidad del marido en relación al hijo nacido en el matrimonio, si bien es cierto que existe un cuerpo de doctrina legal que asimila el supuesto de separación legal al caso de la separación de hecho de la mujer con expreso o tácito consentimiento del marido.

La Sentencia de 16 de Febrero de 1968 declara que: "El artículo 108 se limita a establecer una presunción de legitimidad, contra la cual no puede accionarse sino probando la imposibilidad física de acceso a que se refiere, afecta, pues, al objeto de la prueba, pero no a los medios que pueden emplearse para justificar el hecho único que, para contrarrestar la fuerza de la presunción admite".

La Sentencia de fecha 16 de Abril de 1969 señala: " ... El artículo 111 del Código Civil autoriza al marido a desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges, sin que esté obligado a ejercer toda una impugnación contra una legitimidad inexistente, ni a probar la falta de una paternidad tal vez inverosímil de por sí." Aunque el artículo 108 del Código Civil sólo se refiere a la separación legal y no a la separación de hecho, ya que ésta no es reconocida por la Ley. Pero la sentencia que estamos comentando también se refiere a la separación de hecho al decir: " La separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de la paternidad, pero como ésta puede destruirse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, exigida en el párrafo 2º del artículo 108 del Código Civil, no cabe duda de que si después de separados convencionalmente y transcurridos los plazos legales, ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación que impedía de hecho el débito conyugal, y la mujer sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido ".

Esta sentencia tiene un carácter progresivo con respecto a las demás, e inicia una nueva orientación en torno a los efectos que produce la separación de hecho en la presunción de la paternidad.

1º - La separación de hecho en teoría sigue siendo inexistente para el Derecho, aunque en la realidad si se prueba su existencia, por ser un hecho necesitado de justificación, surte efectos en cuanto a la presunción de legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días de dicha separación.

2º - Los artículos 108 y 109 del Código Civil que sólo se refieren a la separación legal, deben de ser aplicados cuando existe convivencia ma

rimonial; si ésta cesa, la presunción carece de justificación.

3º - Acreditada la separación de hecho impide, al no existir convivencia, el débito conyugal, y constituye la imposibilidad física de acceso por lo que al marido le basta probar la realidad de esa no convivencia para destruir la presunción, dado que faltaría uno de los presupuestos de la misma.

4º - Si la mujer quiere defender la legitimidad, tendría obligación de probar el acceso carnal con su esposo, hecho de difícil justificación, pero que podría suponerse si la mujer acredita que, después de separados han sido vistos juntos, pues ese acercamiento, aunque sea momentáneo puede facilitar la cohabitación, o por lo menos no la impide. (11).

PERE Y RAUJI (12) hace una crítica de la sentencia que acabamos de examinar y dice: " se trata de una sentencia interesantísima, acertada, en cuanto a la conclusión, aunque la fundamentación deje mucho que desear, decir que la separación a que se refiere el artículo 108 es sólo la legal y no la de hecho y admitir luego que cuando hay separación de hecho la misma impide el débito matrimonial e invierte la carga de la prueba, es sentar una tesis de muy poca consistencia; en realidad, el camino para llegar a la conclusión sin violentar el segundo párrafo del artículo 108 es admitir que la separación a que se refiere este precepto es tanto la separación legal como la de hecho. Tal admisión es perfectamente viable por cuanto el artículo 108 del Código Civil no distingue y no habla, como el artículo 111 del Código Civil, de la separación legal efectiva. Interpretando de tal modo el artículo 108, es claro que cuando hay separación de hecho se invierte la carga de la prueba

(11)- T. OGAYAR, "La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce". Edit. Reus. Madrid, 1971. Págs. 94 y 95

(12)- PERE Y RAUJI. "Panorama del estado civil y del registro civil desde 1966 a 1969". Preter 3. 1970. Págs. 59 y 60 Nota 23

ba y es la madre del hijo nacido después de los trescientos días de la separación (el hijo o el representante legal) el que en su caso deberá probar que el marido es realmente el padre. Carece en cambio de lógica pretender - que la separación de hecho supone la imposibilidad física a que se refiere el párrafo 2º del artículo 108 del Código Civil, como sostiene la sentencia, acertado, repito, en su criterio jurisprudencial, pero no en su fundamento".

VARELA DE LIMIA (13) está de acuerdo con la crítica que el autor anterior hace de dicha sentencia.

La Sentencia de 21 de Abril de 1970 expresa que si después de separados convencionalmente y transcurridos los plazos legales ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad, probando la separación que impedía el débito conyugal, y la mujer sustentadora de la legitimidad habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido, a cuya conclusión ha llegado nuestra Jurisprudencia con un cierto criterio progresivo. Establece que deben aducirse: " cuantos hechos de demostrada certeza resulte la imposibilidad de que el marido haya tenido relación casual con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente para que sirva de base a la presunción". La imposibilidad no es sólo la física, sino que la Jurisprudencia también entiende que se extiende a la que se da y se origina por ausencia del marido o por cualquier otra causa que lleve consigo el alejamiento efectivo-voluntario o impuesto de los esposos.

CONCLUSION

Como conclusión podemos deducir que a pesar de que la separación de hecho

(13)- F. VARELA DE LIMIA. " Separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español " Edit. Universidad de Navarra. Pamplona, 1972. Pág.6. Nota33

no impide de por sí la presunción de paternidad, hasta que se apruebe el Proyecto de Ley, ésta se puede alegar como causa de imposibilidad física de tener el marido acceso con su mujer. Lo que da lugar a que si la mujer separada de hecho tiene un hijo, después de los trescientos días de dicha separación, es ella la que tiene que probar que durante ese período de tiempo cohabitó con su marido, y por tanto que el hijo que tuvo es de él; en caso contrario el hijo es ilegítimo. Por lo tanto, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo ésta a la mujer, siempre que el hijo nazca después de transcurrido el plazo legal desde la separación de hecho.

Pero a partir de que se apruebe el Proyecto de Ley, y en base al artículo 116 los hijos nacidos después de haber transcurrido trescientos días desde la separación de hecho, se presumen que no son del marido, excepto si se inscribe el hijo como matrimonial con el consentimiento de ambos cónyuges, según el artículo 118 del Proyecto de Ley. A pesar de que el hijo sea no matrimonial, hay que señalar que en este Proyecto de Ley desaparecen las diferencias que existen en la actual redacción del Código Civil, puesto que el artículo 108, último apartado del Proyecto de Ley, regula: " La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código ". Y si a pesar de todo, queda algún precepto sin modificar que exprese alguna discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, ese artículo estará en contra de las normas reguladas en la Constitución en los artículos 14 y 39, nº 2.

Es admisible como consecuencia del último inciso del artículo 39, nº 2 - de la Constitución, la investigación de la paternidad.

LA PATRIA POTESTAD EN LA SEPARACION DE HECHO

I. LA PATRIA POTESTAD EN LA SEPARACION DE HECHO

La separación de hecho no produce por sí misma ningún cambio respecto al ejercicio de la patria potestad, lo que supone que sigue ostentándola el padre, ya que éste es el titular de la misma, según el artículo 154 del Código Civil. Este precepto es de orden público, como todos aquellos que hacen referencia al Derecho de Familia; y la patria potestad es un derecho personal, irrenunciable e intransferible, lo que origina que el titular del mismo no puede renunciar voluntariamente a esta facultad, además está prohibido en el artículo 6 apartado 2º del Código Civil que dice: " La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros ".

Al no estar la separación de hecho regulada en el Código Civil, sino que se basa en el acuerdo de los cónyuges, éstos no pueden pactar en el convenio ninguna cláusula que vaya en contra de una norma de ius cogens, puesto que daría lugar a la nulidad del mismo.

Creemos que la patria potestad tendría que ser conjunta, esto es compartida por los esposos, pues consideramos que tanto derecho tiene a acceder a ella la madre como el padre. Esta postura tiene gran arraigo, manteniéndola parte de la doctrina, y es la que está más de acuerdo con el momento actual, así como con el Derecho Comparado. El Proyecto de Ley en materia de patria potestad manifiesta en la Exposición de Motivos: " Estructurando la patria potestad como una función dual, mientras hasta ahora se atribuía a uno solo de los progenitores, y preferentemente al padre, con evidente subordinación de la madre, cuando, en la vida real, es ella quien está más directa e inten

samente en contacto con los hijos ". Y está regulado en los artículos 154 y siguientes de dicho Proyecto.

Actualmente se plantean problemas cuando surge una separación de hecho matrimonial porque es el padre el que tiene la patria potestad, y ello puede ocasionar perjuicio a los hijos y a la madre, si los primeros viven con ésta.

Se pueden plantear distintos supuestos en la separación de hecho con respecto a la patria potestad:

1º - Si la separación de hecho ha sido consecuencia del abandono por parte de uno de los esposos sin justa causa, hay que distinguir cuál de ellos lo ha efectuado.

A. Si ha sido la mujer la que ha abandonado la vida conyugal originando con ello una separación de hecho, no se plantea ningún problema, porque el padre es el titular de la patria potestad y el que tiene que desempeñar las funciones que ésta lleva consigo.

B. Si ha sido el marido el que ha abandonado la vida conyugal, estimamos que tendría que ser la madre la que ostentara la patria potestad, puesto que el padre no solo ha abandonado a su mujer, sino también a sus hijos. Pero el titular de la patria potestad es el padre, y es éste un derecho irrenunciable, además esta causa no se encuentra dentro de las que el Código Civil señala para la pérdida de la patria potestad, con lo cual sigue siendo el padre el que ejerce la patria potestad, aunque sus intereses se contrapongan a los de sus hijos, y la solución para esto es nombrarles un defensor judicial. Así, no se puede pactar en el convenio de separación el cambio de titularidad de la patria potestad, puesto que el acuerdo sería nulo porque iría en contra de la ley, artículo 1255 del Código Civil.

Si se quiere privar al padre del ejercicio de la patria - potestad hay que acudir a los Tribunales teniendo en cuenta - el artículo 171 del Código Civil, o bien interponer una denuncia o querrela criminal por el delito de abandono de familia, y el Tribunal sentenciador podrá acordar la privación del derecho de patria potestad.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo como las de 23 de Junio de 1905; 30 de Noviembre de 1930 y 24 de Junio de 1931 - expresan que si la mujer es abandonada por su marido sin justa causa, el padre es indigno de ejercer la patria potestad sobre sus hijos. menores.

2º - La separación de hecho es consentida por ambos cónyuges. Aquí también es nulo todo pacto que atienda a alterar el ejercicio de la patria - potestad por parte del padre respecto de los hijos menores no emancipados y se le transfiera a la madre. Aunque puede haber ciertos casos en que sea más beneficioso que ejerza la madre la patria potestad, debido a la conducta licenciosa de su marido.

Consideramos que al haberse producido la separación de hecho por mutuo acuerdo de los esposos, la patria potestad la debe seguir teniendo el padre, aunque algunas de las facultades que se derivan de ésta las puede desempeñar la madre si los hijos o alguno de los hijos viven con ésta, siempre que lo hayan pactado los cónyuges en los convenios de separación, no obstante cabe modificarlos en el futuro. Esto no daría lugar a la nulidad del pacto, puesto que no se infringe ningún precepto imperativo.

La Resolución de lo de Marzo de 1944 de la Dirección General - de los Registros y del Notariado dice que dentro de los supuestos que abarca el Código Civil que extinguen la patria potestad no se encuentra el aquí planteado, " ... ni ha sido pedida la declaración (de ausencia) por las personas que tienen derecho a ello, surge un obstáculo legal que impide a esa situación producir, respecto del ins-

tituto de la patria potestad, el apeteuido efecto de derivar en la madre su total contenido.

Considerando que no obstante las razones antedichas, los precedentes que podrian ponerse de relieve en un atento examen de los artículos 1441 y siguientes del Código Civil, la necesidad perentoria de proveer a un hogar pasajeramente privado de su legitimo representante, la utilidad de buscar soluciones amplias y flexibles que puedan hacer frente a problemas económicos graves y de carácter acuciante, y la conveniencia de que los hijos sean atendidos por la persona más obligada, como es la madre, son razones todas que justifican la tesis de reputar a esta legitima representante en casos como el discutido ".

L. DIEZ - PICAZO (1) hace una comparación entre la separación legal y la separación de hecho, de lo que se deduce:

1º - Según el artículo 67 del Código Civil: " La mujer que se proponga mandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir ... que se le confien, con igual carácter, los hijos menores de siete años.."

Llevando este precepto a la separación de hecho, la mujer separada de hecho que tenga buena conducta se queda con los hijos menores de siete años. La separación de hecho influye en el ejercicio de la patria potestad, se altera el criterio del Código, convirtiendo la patria potestad de supletoria en principal para la mujer.

2º - El artículo 68 del Código Civil hace referencia a las medidas que se adoptan durante el proceso de nulidad o separación; y en su párrafo 3º, primer inciso dice: " Fijar discrecionalmente en poder de cual de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos y quién-

(1)- L. DIEZ - PICAZO, " La situación jurídica del matrimonio separado" Revista de Derecho Notarial. Enero-Marzo, 1961. XXXI. Págs. 33-39 y 105-106

de aquellos ejercerá la patria potestad."

Este precepto va en contra del artículo 169 del Código Civil que regula la pérdida de la patria potestad, y en su segundo apartado dice: " Cuando por sentencia firme en pleito de separación personal así se declare, mientras duren los efectos de la misma ". Y conforme al artículo 170 del mismo Texto Legal se suspende la patria potestad en los casos de incapacidad o ausencia declaradas judicialmente y por - interdicción civil.

Esto origina que un cónyuge pueda ejercer la patria potestad sobre unos hijos, y el otro sobre los otros.

Actualmente los cónyuges separados de hecho que deseen hacer convenios de separación no pueden pactar sobre la titularidad de la patria potestad, porque es éste un derecho que corresponde al padre y no se puede modificar, ya que es una norma de ius cogens, y cualquier acuerdo que sea contrario es nulo, prohibiéndolo el artículo 1255 del Código Civil. Por lo tanto, a pesar de que la separación de hecho matrimonial es una situación anómala, no se puede acordar nada en este aspecto que vaya en contra de la ley.

Pero hay un Proyecto de Ley en materia de patria potestad, y otro por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que modifican esta figura jurídica.

El artículo 154 del Proyecto de Ley de patria potestad regula esta institución como una facultad de ambos esposos, lo que supone que el padre y la madre la ejercerán conjuntamente. Esta modificación es digna de alabanza puesto que culmina las aspiraciones de un gran sector de la doctrina.

Pero el problema se plantea cuando se presentan situaciones excepcionales, entre las cuales podemos incluir la separación de hecho, ya que no es lógico, ni en la mayoría de los supuestos conduce a resultados positivos, el que la patria potestad continúe siendo una facultad de ambos cónyuges, puesto que mu

chas veces los perjudicados pueden ser los hijos si los padres no se ponen de acuerdo al tomar una decisión. La solución más acertada es que a partir de ese momento la patria potestad sea ejercida por uno solo de los esposos, y creemos que ésto no infringe ningún precepto legal. Los cónyuges, por tanto, tendrán que pactar este punto en su convenio de separación; convenios que tienen gran relevancia en lo concerniente a las separaciones de hecho, ya que marcan las directrices que han de seguir los esposos en su nueva situación.

El Proyecto de Ley en materia de patria potestad en el primer apartado, - parte primera del artículo 155 establece que: " La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro ". Consideramos que este precepto tiene un ámbito general, siguiendo la línea del Proyecto que indica que la patria potestad es una facultad dual, aunque admite que este derecho podrá ser desempeñado por uno de los cónyuges si el otro presta su consentimiento. Así, si en la separación de hecho los esposos acuerdan en su convenio que la patria potestad va a ser desempeñada por uno de ellos, ésto es válido puesto que lo han estipulado y por lo tanto también consentido, y no irá en contra de ninguna norma legal.

No obstante, el criterio que tiene que primar a la hora de pactar sobre este punto es el interés de los hijos, pues así lo indica el artículo 90, - apartado 2º del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que está inserto en el capítulo IX que se ocupa de regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y dice: " Los acuerdos de los cónyuges ..., adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges... ".

Como vemos, este precepto concede relevancia a la autonomía de la voluntad de las partes, pero siempre que se tenga en cuenta el interés familiar, -

con lo que se apartan del criterio que mantienen los actuales artículos 67, 68, 70 y 73 del Código Civil que determinan las medidas provisionales, provisionales y definitivas de la separación judicial y nulidad del matrimonio, pues éstas se basan en la ley y en su defecto en el criterio discrecional del juez. Pensamos que si los esposos pueden estipular acuerdos para regular la patria potestad en los casos de separación legal, divorcio y nulidad del matrimonio, también consideramos que ello es factible en la separación de hecho. Aunque aquí puede surgir un inconveniente, y es que en los primeros interviene la autoridad judicial, mientras que en los segundos esto no sucede, pues una de las características de la separación de hecho es la ausencia de órgano jurisdiccional. Lo que puede llevar a criticar los acuerdos de separación de hecho porque falta una autoridad competente que les conceda validez, sobre todo teniendo en cuenta que la materia sobre al que versan es de suma importancia. Pero como creemos que los acuerdos de separación de hecho no tienen un carácter definitivo, sino que por el contrario pueden ser revisados si las partes lo consideran pertinente, y además la patria potestad se otorgaría a un esposo con el consentimiento del otro, según indica el artículo 156, no son nulos a pesar de que no sean aprobados por el juez. Sin embargo, consideramos imprescindible que junto al consentimiento del cónyuge que no va a tener la patria potestad, se tenga en cuenta el interés de los hijos menores no emancipados, que son sobre los que recae la patria potestad.

Si los esposos separados de hecho no han pactado ningún acuerdo de separación, no hay por qué entender que la patria potestad continúe siendo una facultad conjunta, ya que se produciría una situación extraña que originaría grandes inconvenientes no sólo para los cónyuges, sino también para sus hijos. Estimamos que en este supuesto hay que aplicar el artículo 156, último apartado del Proyecto sobre patria potestad que regula: " Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel que viva

permanentemente con el hijo " (2).

Al analizar este apartado, observamos que hace referencia a los cónyuges que viven separados; al decir vivir en lugar de estar, cabe interpretarlo en un sentido más amplio, pues tanto en la separación legal como en la separación de hecho, la primera medida que se adopta es que los cónyuges dejen de convivir. Además dice únicamente separados sin matizar más esta situación, lo que da lugar a que se pueda incluir ambas clases de separación, porque si el legislador hubiera querido hacer referencia exclusivamente a la judicial, lo habría señalado en el precepto.

Consideramos que si los cónyuges no han realizado ningún convenio de separación de hecho o bien si lo han hecho y no han pactado nada sobre la patria potestad, hay que tener en cuenta el apartado último del artículo 156 del Proyecto de Ley.

II. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

Entre los deberes que se derivan de la patria potestad hay que señalar la guarda y dirección de los hijos.

La guarda de los hijos corresponde al titular de la patria potestad, que es el padre y en su defecto la madre; por lo tanto, en principio, la guarda de los hijos menores no emancipados corresponde al padre en la separación de

(2)- Este apartado no existía en el Texto del Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes, sino que ha sido fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, cuya justificación se basa en que: "Es una laguna legal que conviene llenar, pues podría perjudicar a los hijos". Esta enmienda ha sido introducida en el Proyecto de Ley después de Dictamen emitido por la comisión de Justicia, y ha sido mantenida en el Texto que se ha remitido por el Congreso de los Diputados al Senado.

Enmiendas sobre el Proyecto de Ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, Congreso de los Diputados. Enmienda nº 453. Pág. 127

hecho.

No obstante nos podemos preguntar si la madre puede tener el cuidado de los hijos, sin que ello suponga que el padre pierda la patria potestad. Hay que contestar afirmativamente, porque los derechos y deberes de la patria potestad se pueden desglosar, y así el legislador ha previsto que ante situaciones anómalas del matrimonio, la guarda y custodia de los hijos pertenezca a la madre, sin que el padre deje de ser el titular de la patria potestad. - También la madre podrá acudir al Tribunal Tutelar de Menores competente para solicitar la suspensión del ejercicio del derecho de guarda y educación de los hijos menores por parte del padre, si éste lo lleva a cabo de manera indigna; sin necesidad de instar una demanda de separación conyugal.

Para VIVES VILLAMAZARES (3) la solución más adecuada es que los hijos menores de siete años estén al cuidado de la madre, y los mayores de esta edad a la del padre. Esta solución fue también mantenida por una Resolución del Tribunal Tutelar de Menores de 19 de Junio de 1954.

Los pactos estipulados por los cónyuges separados de hecho pueden contener todo lo que afecte a la guarda, custodia y educación de los hijos, lo que ocasiona el que se plantee la cuestión de la validez o nulidad de los mismos.

Debido a que la patria potestad es un derecho irrenunciable, intransmisible e imprescindible, los pactos no pueden versar sobre la misma, porque queda fuera del ámbito de autonomía de la voluntad, ya que el régimen familiar está separado en nuestro Derecho de la esfera de disposición privada, porque se hace referencia a una tutela de intereses superiores a los contractuales.

En una separación de hecho, un sector de la doctrina opina que tampoco son válidos los pactos que establezcan que el derecho de guarda y custodia de

(3)- VIVES VILLAMAZARES. " La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho ". Anales de la Universidad de Valencia. Vol. XXXIX. Curso - 1955 - 1956. Fasc. II. Derecho. Pág. 28

los hijos menores corresponde a la madre, porque es un derecho imperativo e inherente a los Tribunales Tutelares de Menores. De lo que se desprende que el convenio que hagan los esposos al separarse, respecto a la guarda y custodia de los hijos, no produce efecto alguno y no se puede exigir coactivamente su cumplimiento. Cabe que los cónyuges cumplan lo que han convenido y por tanto surta efectos el pacto, siempre que no vaya en contra del Derecho y la Moral.

Por el contrario, estimamos que los convenios de separación que pacten sobre la guarda y cuidado de los hijos, sí son válidos. Porque la guarda e instrucción de los hijos no hay que confundirla con la patria potestad, no siendo por tanto estos derechos irrenunciables, ni intransferibles, y puede desempeñarlos una persona diferente a la que es titular de la patria potestad, sobre todo en aquellos supuestos en que se presentan situaciones excepcionales en el matrimonio, como es la separación de hecho matrimonial.

Además el artículo 9o apartado a) del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, dice: " El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá versar, al menos, sobre los siguientes extremos:

- a) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos; el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos ".

El apartado expresa con claridad que se puede deslindar la patria potestad del cuidado de los hijos.

El cuidado de los hijos no tiene porqué tener un carácter permanente, sino que éste puede ser bien temporal o definitivo, teniendo siempre en cuenta el beneficio de los mismos. Así se puede acordar que el cuidado será facultad de uno de los padres, y posteriormente otorgar el derecho al otro cónyuge, si el primero no lo desempeña con la diligencia necesaria, o bien si se alegan otros motivos o circunstancias. Lo que da lugar a que el cuidado de -

los hijos sea un aspecto que se podrá pactar sin que se plantee ningún problema en los acuerdos de la separación de hecho matrimonial.

Pero si los padres separados no han estipulado en el convenio regulador de su situación, cual de ellos tendrá el cuidado de sus hijos, pensamos que corresponde al que viva con el hijo, que es al mismo tiempo el que ejerce la patria potestad, según lo indica el párrafo último del artículo 156 del Proyecto de Ley. En su defecto, consideramos que habrá que aplicar el artículo 159 de dicho Proyecto que establece que si los padres viven separados, los hijos e hijas menores de siete años estarán al cuidado de la madre.

El inconveniente que puede presentarse es que una vez realizado el pacto de separación, los esposos no cumplan lo que en él han convenido, perjudicando con ello a terceras personas, en este supuesto, los hijos.

Pero vamos esto difícil, una vez que se apruebe el Proyecto de Ley, debido a que éste regula claramente que la patria potestad es una facultad dual, pero que por situaciones determinadas o porque así lo quieran los padres podrá ejercerla uno sólo de ellos. Si los progenitores viven separados, incluyendo en este término también la separación de hecho, la patria potestad será de aquel que viva con los hijos permanentemente, teniendo al mismo tiempo la patria potestad y la guarda y cuidado de los hijos. Y en el supuesto de que los cónyuges no hayan acordado nada, los hijos e hijas menores de siete años estarán al cuidado de la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyera de otro modo.

III. COMUNICACION ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS EN LA SEPARACION DE HECHO.

Tiene gran importancia conocer si el cónyuge que no vive con sus hijos tiene facultad para visitarlos y poder comunicarse con ellos.

Pensamos que es éste un derecho que tiene tanto el padre como la madre que estén privados de la compañía de sus hijos. El artículo 68, apartado 3º,

párrafo 3º del Código Civil dice: " El juez discrecionalmente determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos y tenerlos en su compañía ". También el artículo - 94 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio, establece: " El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarlos con ellos, y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran circunstancias que así lo aconsejen, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial."

El fondo de ambos preceptos es similar, ya que los dos tienen como finalidad que el cónyuge que no viva con sus hijos goce del derecho de poderlos visitar. Y la función del juez se limita a determinar el tiempo, modo y lugar de las visitas.

No obstante, el primer artículo hace referencia a las medidas que se adoptan durante los procesos de separación judicial y nulidad; mientras que el segundo precepto, una vez que sea aprobado, tendrá eficacia cuando ya se haya efectuado la separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

Si en estas situaciones se otorga al progenitor que no conviva con sus hijos el derecho a visitarlos, consideramos que por la misma razón tiene que existir este derecho en la separación de hecho matrimonial, además no ha mediado ningún litigio entre los cónyuges, que declare la inocencia o culpabilidad de ninguno de ellos, o bien la buena o mala fe de los mismos. Notivo que tiene gran importancia actualmente en las declaraciones de separación, aunque desaparecerá con la modificación de esta parte del Código Civil, puesto que no siempre tiene porqué existir un cónyuge culpable, pues puede tener lugar una separación sin que se llegue a esta declaración.

Hay que señalar, que aunque el Código Civil no recoja expresamente el de

recho de comunicación entre padres e hijos para estos casos, se debe a que la separación de hecho matrimonial no está regulada en el Ordenamiento, pero ello no impide aplicarlo por analogía. Además esto no influye en ningún sentido en el ejercicio de la patria potestad; y únicamente creemos que se podría denegar este derecho si ello fuera perjudicial para los hijos.

El artículo 161 del Proyecto de Ley sobre patria potestad adopta esta posición al manifestar: " El padre y la madre aunque no ejerzan la patria potestad tienen la facultad de relacionarse con los hijos menores, excepto con los adoptados por el otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor o del pariente o allegado, regulará las relaciones, atendidas las circunstancias ".

Como podemos observar este precepto expresa de manera muy clara, que no existe ninguna incompatibilidad para que la persona que no tenga la patria potestad esté facultada para visitar a sus hijos menores no emancipados, puesto que es un derecho que tiene el padre y la madre, y del cual no se les puede privar.

Este artículo no hace ninguna distinción entre ambas clases de separación, esto es, la judicial y la de hecho, con lo cual hay que admitir que los cónyuges separados de hecho pueden pactar en sus convenios la forma, el lugar y el tiempo que los hijos menores pasen en su compañía, y estos acuerdos no son nulos ya que no infringen ninguna norma legal, sino que por el contrario está dentro del ordenamiento el que ello se lleve a cabo. Nos parecería antinatural no conceder esta facultad a los padres con respecto a sus hijos, porque, aunque es la unidad familiar en sentido estricto, la que se ha roto, consideramos que es beneficioso esta medida tanto para unos como para otros.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ACTOS DE LOS HIJOS MENORES
EN LA SEPARACION DE HECHO

Otro de los problemas que se presenta respecto a la patria potestad en la separación de hecho, es la responsabilidad de los padres por los actos de los hijos menores de edad o incapaces.

El artículo 1903 párrafos 1º y 2º del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual indirecta, y establece: " La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, si no por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre y, por muerte o incapacidad de éste la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía ".

El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de patria potestad, cambia el párrafo 2º de este precepto, quedando redactado de la siguiente forma: " Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda ".

De lo que se deduce que la responsabilidad de los actos realizados por menores o incapaces según el actual artículo 1903 párrafo 2º del Código Civil, corresponde al padre, puesto que es el titular de la patria potestad. Mientras que a partir de la aprobación del Proyecto de Ley, señalará el mismo artículo, que la responsabilidad se compartirá entre los progenitores, ya que ambos serán titulares de la patria potestad.

Actualmente, en las situaciones de separación de hecho, la responsabilidad es por tanto del titular de la patria potestad, que es generalmente el padre. Aunque puede presentar inconvenientes si los menores o incapaces viven con la madre, porque se puede pensar que si están bajo su cuidado, tiene que prestar la diligencia debida y por tanto es responsable de sus actos. Además el marido puede alegar la imposibilidad de evitar el mal, ya que sería injusto que respondiera de la negligencia o culpa de su mujer, ya que no tiene a-

sus hijos en su compañía.

Sin embargo, la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 1903, evitará estos problemas, porque es responsable de los actos de los menores o incapaces, el progenitor que los tenga en su guarda, es decir, el que viva con ellos, que será también lógicamente el que ostente la patria potestad, en base al artículo 156 apartado último del Proyecto de Ley sobre patria potestad.

ALIMENTOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

I. LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN DE HECHO EN MATERIA DE ALIMENTOS

Una de las puntos más importantes que tienen que tratar los cónyuges en los convenios o pactos de separación es el referente a los alimentos. A pesar de que las consecuencias de la separación de hecho no son jurídicamente protegibles, no por ello se priva a los cónyuges de recibir alimentos de su cónyuge, ya que el artículo 143, número 1 del Código Civil no exige que haya separación judicial (1). Como advierte MANRESA la obligación de vivir juntos es independiente de la de guardarse fidelidad y socorrerse el uno al otro en sus necesidades.

Algunos tratadistas no admiten que en el convenio de separación de hecho se pacte sobre los alimentos, porque estiman que hay una correlación entre la vida en común y la obligación alimenticia. Se basan en que los cónyuges están sujetos a obligaciones recíprocas por razón del vínculo matrimonial, y ningún puede reclamar al otro el cumplimiento de su obligación si el reclamante no se presta a cumplir el suyo. Así, L. GÓMEZ (2) cree que en los supuestos de separación de hecho entre los cónyuges no existe derecho de alimentos, digbiendo, antes bien, los esposos reanudar su vida en común.

No nos parece que la obligación de darse alimentos entre los cónyuges sea consecuencia de que los esposos vivan juntos, ya que no cabe interpretar en este sentido el artículo 143 del Código Civil, que dice en su apartado primero: "Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la exten-

(1)- J. A. DOVAL. "Pactos en materia de alimentos". Anuario de Derecho Civil. Abril-Junio. 1971. Págs. 335 y 336

(2)- Citado por E. TAULET en "Las separaciones de hecho y la situación de la mujer" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero. 1980 Pág. 56.

sión que señala el artículo precedente: 1º los cónyuges". Este precepto no hace ninguna alusión a que los cónyuges tengan que vivir juntos, ni señala-ésto como condición para tener derecho a recibir alimentos.

Los artículos 67 y 68 del mismo Cuerpo Legal al determinar las medidas provisionales y provisionales de la separación legal, señalan la obligación de alimentos entre los esposos, a pesar de que no vivan juntos, lo cual significa que dicha obligación se deriva del vínculo matrimonial, y no de la convivencia. También los artículos 90 y 97 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hacen referencia a la pensión alimenticia entre los esposos en los casos de separación y divorcio, para el cónyuge que se encuentre en una situación de desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Como es obvio, no se exige que el marido y la mujer tengan que vivir juntos, puesto que el divorcio rompe el vínculo matrimonial; y si a pesar de ello existe la obligación de alimentos entre los que fueron cónyuges, pensamos que esta misma obligación existe en los casos de separación de hecho matrimonial con respecto al esposo que se encuentre en una situación económica más desfavorecida.

Tradicionalmente se ha considerado que era obligación del marido pasar una pensión alimenticia a su mujer, siempre que se hubiera producido una - producido una separación de hecho sin que existiera culpa por parte de los - cónyuges, porque se estimaba que la mujer casada era la que salía más perjudicada debido a que por lo general se dedicaba a las labores del hogar, y sólo en casos excepcionales desempeñaba un trabajo fuera de la casa. Ello originaba que si se producía una separación de hecho, al ser la mujer la parte económica más débil, el marido estuviera obligado a sostener a su mujer y el domicilio conyugal, a pesar de que ésta poseyera bienes suficientes que le permitieran vivir con absoluta independencia económica.

Pero ésto ha evolucionado, y consideramos que ya no se puede mantener a ultranza esta tesis, sino que por el contrario debe de pasar una pensión alimenticia el cónyuge que se encuentre en una posición económica y social superior al otro, si es que éste lo necesita, pero con independencia de distinguir entre el marido y la mujer.

Así dice ALBALADEJO (3) con respecto a los alimentos de los cónyuges: "Si se trata del derecho a alimentos del marido, no parece que haya duda de que en la mente de nuestra actual sociedad española y en la práctica de nuestros Tribunales se puede afirmar que se considera normal rechazar una petición de alimentos que hubiese de suministrar la mujer de sus bienes a un esposo que " pudiendo y debiendo " no gana el sustento para sí.

En cuanto a si es la mujer quien ha de ser alimentada, parece como si - la mentalidad de la calle y los fallos de los Tribunales, por lo menos examinados a primera vista, diesen la impresión de entender que la Ley obliga al marido a alimentarla aunque, pudiendo ella, no cubra sus necesidades por sí misma.

Tal impresión es, sin embargo, equivocada. El marido, sí, ha de alimentar de sus bienes a la mujer, pero no cuando " aun pudiendo y debiendo " trabajar ésta para mantenerse, no lo haga, sino sólo cuando, para tomar un trabajo que la sustente, habría la mujer de dejar el tipo de vida de hogar que llevase, y que es el más frecuente en nuestra sociedad. Tipo de vida que no produce ingresos (porque el matrimonio suele mantenerse de los del marido y de los bienes de ambos esposos). Y si la mujer carece de ellos y el marido no le pasase alimentos porque ella, en abstracto, podría trabajar para ganarlos, sería forzarla a un trabajo inusual e inadecuado al caso. Trabajo que no es el que la Ley pide para negar alimentos a quien, por no querer realizarlo, no puede mantenerse con él ".

(3)- M. ALBALADEJO GARCIA. " Manual de Derecho de Familia y Sucesiones". Edit. Bosch. Barcelona, 1974. Pag. 22

Estimamos que la pensión alimenticia entre cónyuges, es un deber que - tiene tanto un esposo como el otro en relación al que se encuentre en una posición económica más desfavorable. No tiene porqué constituir únicamente una obligación del marido con respecto a su mujer, porque ello contradice el artículo 62 apartado 1º del Código Civil, y la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de Mayo de 1975 que tiende a igualar jurídicamente a los cónyuges. También el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, regula en el artículo 66: " El marido y la - mujer son iguales en derechos y deberes ". Y el precepto 68 señala: " Los - cónyuges están obligados a ... socorrerse mutuamente ".

De todo ello se desprende la igualdad jurídica de los cónyuges, y que ésta afecta tanto a los derechos o facultades, como a los deberes u obligaciones.

Además, el artículo 14 de la Constitución Española dice: " Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social ". Por consiguiente no cabe ninguna discriminación que traiga como consecuencia un trato desfavorable a un cónyuge respecto del otro, siempre que se encuentren en igualdad de condiciones. Por tanto creemos que sería anticonstitucional el que el marido tuviera siempre la obligación de pasar alimentos a la mujer, a pesar de que ésta poseyera bienes propios y suficientes para vivir, o tuviera un trabajo remunerado que le permitiera desenvolverse en la vida cotidiana con holgura. Caso distinto sería, por supuesto, si la mujer casada no se encontrara en alguna de las hipótesis que acabamos de señalar, o que los medios que obtuviera no cubrieran todas sus necesidades, porque aquí sí que creemos que el marido tiene que - ayudarla a través de una pensión alimenticia, pero no porque sea mujer y se considere que existe el deber de protegerla, sino porque hay una necesidad - y por lo tanto se aplican los artículos del Código Civil respecto a alimentos. De la misma forma pensamos que si es el marido el que necesita ayuda de su-

mujer, en el aspecto económico, ésta tiene obligación de proporcionársela.

La jurisprudencia italiana ha variado su orientación a partir de la sentencia del Tribunal de La Spezia de 19 de Mayo de 1966, en materia de alimentos en los supuestos de separación convencional y de separación de hecho.

Con anterioridad a esta sentencia, la jurisprudencia sostuvo tradicionalmente que el marido tenía obligación de mantener a su mujer con independencia de la mejor o peor fortuna de ésta, puesto que la cuantía de la obligación de mantenimiento se fija en relación con la posición económica y social del marido, prescindiendo de la de la mujer (4).

La postura del Tribunal de La Spezia ha sido confirmada, al ser elevada a examen por la Corte Constitucional, que en sentencia de 23 de Mayo de 1966, declaró que contradice al artículo 29 de la Constitución, lo dispuesto por el artículo 156 del Código Civil italiano, en la parte en que haya separación sin culpa de los cónyuges, y se imponga al marido proveer de todo lo que se considera necesario a las exigencias de la vida de la mujer, sin ninguna consideración a los medios de que ésta disponga. Este mismo criterio ha sido mantenido por el Tribunal de Turín en la sentencia de 27 de Febrero de 1970 y también lo ha adoptado la sentencia de la Corte Constitucional de 13 de Julio de 1970 (5).

La doctrina italiana más reciente también se ha sumado a la posición mantenida por la jurisprudencia de su país, modificando por ello la postura científica que había sido defendida hasta entonces.

Por todo ello consideramos que en la separación de hecho matrimonial — sigue subsistiendo la obligación alimenticia entre los cónyuges, ya que el—

(4)- F. VARELA DE LIMIA, "La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español" Edit. Eunsa. Pamplona, 1972. Págs. 113 y 114

(5)- F. VARELA DE LIMIA, "La separación ..." Ob. Cit. Págs. 114 y 116

matrimonio permanece, y que es admisible y válido el convenio de separación que estipule ésto, pues el artículo 1255 del Código Civil expresa: " los con-
tratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan -
por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni -
al orden público ". Y la obligación de darse alimentos entre los cónyuges se
parados no contraría nada de ésto, pues esta obligación tiene carácter legal,
como se deriva de los artículos 143 y siguientes del Código Civil. En este
sentido se pronuncia CAMARA (6) que considera que el artículo 146 del Cód-
igo Civil no se opone a que el alimentante y el alimentista fijen " a priori"
la cuantía de la pensión, lo que impide es que con el pacto se cierre la -
puerta a la revisión judicial, y la separación de hecho no suprime el dere-
cho de cada cónyuge a exigir el retorno a la vida en común y que el marido -
lo puede ejercitar; y la actitud de la mujer se reduce a tres posturas se -
gún este autor:

- 1º - Acceder a las exigencias del esposo, con lo cual se restablece la -
vida en común, y todos los pactos de separación quedan sin efecto.
- 2º - Plantear la separación judicial, entrando en juego los artículos -
67 y 68 del Código Civil, y la pensión que se pasa a la mujer será
la que fije el juez, pudiendo ratificar la cuantía de lo previamen-
te pactado por los esposos o sancionar los acuerdos de éstos.
- 3º - Negarse a reanudar la convivencia; se expone a que el marido actúe
coactivamente, o a que considere revocados todos los acuerdos cele-
brados al tiempo de separarse.

No estamos de acuerdo con la tercera postura señalada por CAMARA, porque
pensamos que en el supuesto de una separación de hecho, si un cónyuge coaccio-
na al otro para reanudar la vida en común, y éste se niega a ello, a pesar de

(6)- M. DE LA CAMARA. " La separación de hecho y la sociedad de ganancia-
les " Anuario de Derecho Civil. 1969. Págs. 107 - 109

que el convenio de separación puede dejar de cumplirse por las partes, ya que estos pactos carecen de obligatoriedad, puede el esposo que recibía alimentos del otro entablar un procedimiento para reclamar alimentos provisionales siempre que los necesite, bien porque no tenga medios suficientes para subsistir, bien porque no pueda ejercer oficio o profesión, o lo que obtenga de ésto no cubra sus necesidades; pero este procedimiento no tiene porqué ir unido a un juicio de separación legal, sino que se puede promover independientemente. Según opinión de TAULET (7) el pacto sobre alimentos no podrá ser exigido coactivamente en base del convenio, mas según la jurisprudencia, se admite el derecho a reclamar los alimentos no obstante de tratarse de una simple separación de hecho".

ZANON MASDEU (8) opina que en la separación de hecho, el pacto de alimentos es válido siempre que no esté en desacuerdo con los alimentos en sentido restringido, por constituir una norma de ius cogens.

Algún sector de la doctrina piensa que pactar sobre la pensión alimenticia equivale a una transacción; en cambio no faltan opiniones distintas, ya que la transacción está definida en el artículo 1809 del Código Civil como: " Un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habia comenzado ". Aunque el pacto de separación prevea lo referente a alimentos futuros no es ninguna transacción porque con ello no se evita un pleito, pues cabe acudir siempre a éste y no hay porqué excluir esa posibilidad. Así ZANON MASDEU (9) opina que los cónyuges pueden señalar la cuantía de la pensión alimenticia, sin acudir a un pleito y sin que signifique una transacción.

(7)- E. TAULET. " La separación de hecho en el matrimonio" Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 15 de Septiembre de 1978. Madrid, Pág.11

(8)- L. ZANON MASDEU. " La separación matrimonial de hecho" Edit. Hispano Europea, Barcelona, 1974, Pág. 49

(9)- L. ZANON MASDEU. " Ob. Cit." Pág. 9

CAMARA (10) considera que aunque existiera una transacción, el artículo 1814 del Código Civil no postula una nulidad total y absoluta del convenio, sino sólo la imposibilidad de que con él se obtenga el efecto típico transaccional, que consiste en renunciar al derecho alimenticio mediante el pago de una contraprestación. Lo que prohíbe el artículo 1814 es renunciar a los alimentos futuros mediante el pago de una contraprestación, pero no prohíbe que una litis iniciada sobre la cuantía de la pensión alimenticia pueda concluir merced a una transacción. Continúa diciendo que si las pensiones alimenticias se hubieran estipulado en escritura pública, las devengadas serán exigibles incluso por vía ejecutiva, y aunque luego se reduzcan judicialmente, no podrá repetirse la diferencia en cuanto a lo ya satisfecho. La validez de la escritura y la procedencia de modificar la pensión no son cosas que puedan discutirse en el juicio ejecutivo, ni siquiera al amparo del artículo 1467 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que aquella haya sido declarada ineficaz en el juicio declarativo correspondiente.

Tampoco consideramos que el convenio de separación que haga referencia a esta materia sea nulo, porque es un pacto temporal que se tiene que revisar cada cierto tiempo por los esposos, ya que la pensión alimenticia tiene que ser modificada de acuerdo con el coste de la vida y con la posición económica del cónyuge que la pasa y del que la recibe, lo cual podemos deducir del artículo 147 del Código Civil.

Y pensamos que incluso también cabe acudir a un procedimiento judicial para pedir una pensión alimenticia superior, si no se quiere pactar a través de un convenio, y el alimentista tiene necesidades mayores. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido esta posición en diversas sentencias, entre otras podemos citar las de 21 de Diciembre de 1951 y 5 Octubre de 1972, que recoge el supuesto de un matrimonio separado de hecho, el marido se -

(10)- M. DE LA CAMARA. " Ob. Cit " Pág. 108

compromete a ayudar económicamente a su mujer, pero no lo hizo. Más tarde la mujer interpuso demanda de alimentos, siendo condenado el marido al pago de los mismos. Y esta sentencia plantea un nuevo procedimiento para aumentar la cuantía de los alimentos, dadas las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del alimentante; factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo, han de poder concordarse, según la letra del artículo 147 del Código Civil y así lo que reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias de 21 de Marzo de 1966 y 14 de Febrero de 1976.

Pero estimamos que para que esto se pueda llevar a la práctica es necesario que se produzca el supuesto recogido por el artículo 147 del Código Civil, y así lo expresa la sentencia de 16 de Noviembre de 1978 que considera: - " que en materia de alimentos, y en orden a su incremento o disminución, no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valor dinerario en sí sólo apreciables, sino la norma específica sancionada por el artículo 147 del Código Civil, que en cuanto previene que los alimentos " ... se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos ", lo que está proclamado, sin duda alguna, que hay que tener en cuenta al respecto no es meramente las alteraciones del valor monetario, sino el de las necesidades del que los reciba y del que haya de abonarlos, de conformidad con las alteraciones que al respecto periódicamente se produzcan, no obstante lo expuesto también con carácter fundamental, han de tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, las que puedan emanar de actualizaciones que provengan de estabilizaciones y devaluaciones monetarias ".

Sin embargo si no se han producido variaciones en las posiciones del cónyuge alimentante y alimentista, no cabe el que se aumente la pensión alimenticia a través de un procedimiento judicial, aunque las partes voluntariamente se estén de acuerdo y si así lo desean pueden subir la cuantía alimenticia, porque no hay precepto legal que determine esto, y ésta es también la postura

ra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de Noviembre de 1978 que expresa: " Al no darse como probado en la Sentencia variación alguna en los medios económicos del obligado a la prestación de alimentos y en las necesidades de la beneficiaria, el Juzgado de Instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 del Código Civil desestima las pretensiones de aumento de la pensión señalada, por lo que no puede decirse haya sido violado el artículo 146 de dicho Código, que se refiere a la fijación inicial de los alimentos, y que no es de aplicación al supuesto que la sentencia contempla ".

A pesar de que ambas sentencias tratan de separaciones judiciales, creemos que lo mismo, y con mayor razón se puede aplicar a las separaciones de hecho.

Sin embargo estimamos que el precepto que no tiene que seguirse en estos convenios es el 149 del Código Civil en su último apartado, pues el cónyuge que presta alimentos no podrá elegir la opción de mantener en su propia casa al cónyuge que los recibe. Ello se debe a que no se tendría en cuenta la primera medida que se adopta en toda separación de hecho, que es que los esposos vivan en domicilios diferentes. Si se diera este supuesto ya no habría una separación de hecho como tal, y estaríamos ante una obligación de manutención, pero no de alimentos entre los cónyuges. Además sería un medio indirecto para lograr que un esposo viviera en el domicilio del otro y se reanudara la convivencia entre los mismos sin que el consentimiento fuera libre, sino a través de una coacción.

Además, la segunda opción señalada por este artículo supone un peligro para el cónyuge, pues va en contra de su tranquilidad e independencia. La jurisprudencia ha solucionado esto, porque si se aplica el artículo 149 del Código Civil de una forma rígida, daría lugar a la destrucción del fundamento que concede alimentos basándose en la separación.

Así la sentencia de 21 de Diciembre de 1953 en su sexto considerando dice: " ... ni cabe duda de que someter a la esposa demandante (separada de hg

cho por consentimiento del marido) a la autoridad inmediata y continua del marido sería resolver algo más que una petición de auxilios materiales, pues se resolvería una cuestión de fondo moral, como es la convivencia entre los cónyuges, y la situación anómala determinada por desavenencias conyugales, - cuestión que podría tal vez encajar en el artículo 56 del propio Código, pero que rebasa el ámbito y la finalidad del artículo 149 y cuya solución, en el sentido que el recurrente pretende, podría producir a la demandante una situación incómoda y en cierto modo violenta que le hiciera amargos los alimentos recibidos, si acaso éstos no eran prestados con los sentimientos de cordialidad y afectión que los antecedentes no garantizan plenamente, o con una insuficiencia que sería tan real como difícilmente comprobable ...".

En su tercer considerando, la sentencia de 27 de Abril de 1956 expresa - que: " ... porque aún siendo cierto, conforme a reiterada jurisprudencia, que la obligación de prestar alimentos está normalmente subordinada, cuando de cónyuges se trata, a la convivencia en el hogar común, y también que excepcionalmente puede nacer como derivación de resoluciones judiciales, no es menos exacto que cuando por " mutuo consensu " existe una separación de hecho que se engendró y ha perdurado a través de los años sin que el marido haga uso de los poderes que le asisten después de abandonar a la mujer, ..., la denegación de alimentos al cónyuge que en esa situación se encuentra, cuando esté evidenciado que carece de medios para procurar a su subsistencia, y consta, además, que el marido los tiene en la medida prudencial que determina el artículo 146 del Código Civil, pugna en el sentido de que la obligación alimenticia, que sólo es excusable cuando esta situación es atribuible a la mujer, - y puede, con razón, calificarse de ilegal y contraria a derecho, tal como se declaró por este Tribunal en su sentencia de 16 de Octubre de 1903; sin que tampoco tenga consistencia alguna el argumento derivado del ejercicio del derecho de opción que consagra al artículo 149 del Código Civil, porque su aplicación en casos como el que ahora se contempla constituiría una contradicción " in terminis ", desde el momento en que el deber de prestar alimentos-

fuera del domicilio originario que el marido se impone, en este caso nace - precisamente el rompimiento de la vida común, que sólo puede restablecerse - con todas sus consecuencias, cuando cese el hecho de la obligada y justificada separación, causa próxima y determinante de la obligación que se reconoce." Y la Sentencia de la Audiencia territorial de Oviedo de 18 de Enero de 1977 (11) considera que: " en el mismo se condena al hoy recurrente a prestar alimentos a su esposa, pues, si bien, es verdad que esa obligación, cuando de cónyuges se trata, está normalmente subordinada a la convivencia en el hogar común, no es menos cierto que -como tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 27 de Abril de 1956; 28 de Febrero de 1969 y 23 de Octubre de 1972-, cuando por mutuo consenso existe una separación de hecho que se engendró y ha perdurado a través de los años, y no existen motivos para estimar que quien solicita los alimentos haga derivar su pretensión de una situación ilícita provocada por su propia iniciativa, la obligación de satisfacer la deuda alimenticia subsiste, por imperativo de - lo dispuesto en el artículo 56, en relación con el número primero del 143, ambos del Código Civil y, hallándose igualmente probado que la demandante, dado su estado de salud y situación económica, carece de medios para procurar su subsistencia, es calro que la sentencia apelada estimó con acierto la - pretensión actora; sin que, por último pueda admitirse en este caso la opción que autoriza el artículo 149 del Cuerpo Legal citado, ya que como afirma la antes mencionada sentencia de 27 de Abril de 1956, su aplicación constituiría una contradicción "in terminis", desde el momento en que el deber de prestar alimentos que al marido se impone nace precisamente del rompimiento de la vida en común, que sólo puede restablecerse cuando cese el hecho de la separación, causa próxima y determinante de la obligación que se reconoce".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 de Noviembre de 1977 (12) estima que: " los alimentos... con respecto a los

(11)- Revista General de Derecho" Marzo, 1978 . Pág. 261

(12)- Revista General de Derecho" Enero-Febrero, 1978. Pág. 139

cónyuges, cuando media entre estos una separación de hecho mutuamente consentida, sin méritos suficientes, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1957, para estimar que quien solicita los alimentos los haga derivar de una situación ilícita y contraria a derecho en que se haya constituido, de donde al hallarse separados los esposos litigantes no por capricho, veleidad o comodidad de la esposa actora, sino por "ser imposible la vida en común", según expresamente reconoce la demanda al contestar afirmativamente a la posición tercera, debido a los excesos que comete en la bebida y según los términos que convinieron en acto de conciliación, es visto que, no demostrada la existencia de medios de vida propios de la demandante, asiste a ésta el derecho de obtener alimentos de su esposo para sí y para el hijo de seis años que ha quedado en su compañía.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la segunda cuestión es claro que la opción concedida al alimentante por el artículo 149 del Código Civil... no puede ejercitarse cuando a ello se oponga una situación legal, física o moral existente que resulte incompatible con el establecimiento de una convivencia entre el obligado y el alimentista, porque en tales circunstancias prima el interés de esta última que, en definitiva, es el beneficiario de la institución y en el caso presente las razones que han determinado la separación de hecho de ambos esposos, según lo anteriormente expresado, en tanto subsistan, son suficientes para que no proceda imponer la convivencia entre ellos.

La Jurisprudencia, en un principio, declaraba nulo el pacto de alimentos en la separación de hecho, porque infringía el deber de los cónyuges de vivir juntos que postula el artículo 56 del Código Civil e iba en contra de la inmutabilidad del régimen económico conyugal que prescribía el artículo 132o del Código Civil antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975. Criterio que ha desaparecido a partir de la citada Ley, porque han sido reformados diversos preceptos entre los que se encuentran los que hacían referencia a la inmutabilidad de

dicho régimen. A partir de esta fecha cabe hacer capitulaciones matrimoniales antes y después de celebrado el matrimonio, así como modificarlas, siempre - que los cónyuges estén de acuerdo, constante matrimonio. De lo cual se deduce que ya no es válido esgrimir la inmutabilidad del régimen económico matrimonial para declarar nulo el pacto de alimentos en los convenios de separación de hecho matrimonial.

Estimamos, como CONCLUSION, que los pactos sobre el pago de una pensión alimenticia son válidos. Serán ineficaces cuando concluya la separación de hecho, pero en este supuesto cabe acudir a un juicio de prestación de alimentos, o cuando se incoe una separación legal

II. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LOS ALIMENTOS

EN LA SEPARACION DE HECHO

El Tribunal Supremo ha sentado doctrina en reiterada jurisprudencia - en materia de alimentos en relación a los supuestos de separación de hecho matrimonial (13)

(13)- PLANIOL, RIPERT y ROUAST. " Tratado práctico de Derecho Civil francés " T.II. Traducido por M. Díaz Cruz. Edit. Cultural. Habana, 1946. Págs.- 261 y 262. Dicen que la Jurisprudencia francesa es partidaria de una pensión alimenticia en el caso de la separación de hecho, aunque la mayoría de las sentencias están dictadas en beneficio de la mujer ya que cuando el marido no es culpable de la separación, no suele reclamar alimentos a su cónyuge, pues le basta con los ingresos que le proporciona su trabajo. Pero si el marido carece de recursos económicos y no puede trabajar, bien por su edad o incapacidad, se encuentra facultado para reclamar a su mujer una pensión alimenticia, si la separación de hecho tiene como causas directas la imposibilidad del marido de convivir con la esposa. (cont...)

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1906, en su cuarto, quinto y sexto considerandos dice: " Considerando que, la prescripción del artículo 143 número 1 del Código Civil, de que los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos, no puede menos de estar subordinada a las demás disposiciones de dicho Cuerpo Legal, que regulan la organización de la familia y los deberes de los esposos no separados legalmente, entre los que se hallan los de vivir juntos y socorrerse mutuamente, como previene el artículo 56 del Código Civil, y que este supuesto, la obligación de suministrar alimentos el cónyuge que tenga bienes al que carezca de ellos y lo necesite para subsistir, se ha de entender limitado al caso en que con arreglo a derecho se haya decretado la separación de los mismos, bien de manera interina, bien definitivamente caso que con respecto al marido no puede llegar hasta que se dicte sentencia dando lugar al divorcio, ya que hasta entonces, si es culpable, no se le separa de la administración de los bienes dotales y del producto de los demás pertenecientes a la sociedad conyugal.

Considerando que de prevalecer la doctrina que del recurso deriva se vendría a sancionar que los unidos por el vínculo del matrimonio podrían prescindir de él, separándose por su propia voluntad, estableciendo en contra del precepto legal contenido en el artículo citado, 56 del Código Civil, un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo y perturbando la unidad de la familia en oposición de lo que la Ley, de acuerdo con la moral,

(cont. nota 13)...ILDA DI MARINO. "La separation de fait des époux" Aix-en-Provence, 1957. Pág. 17. Opina que la jurisprudencia francesa es muy intransigente respecto al esposo culpable en la separación de hecho. La mujer que abandona al esposo sin razón justificada, no puede exigirle una pensión alimenticia. La misma jurisprudencia anterior a la Ley de 2 de Septiembre de 1942, reconoció el derecho de esposa a reclamar una pensión alimenticia al esposo culpable de la separación de hecho y sin necesidad de una resolución judicial para que la mujer viviera en un domicilio independiente.

tiene establecido.

Considerando que, no hallándose legalmente separados los cónyuges, deber de ambos es el vivir juntos y socorrerse mutuamente, y por ello no puede sostenerse que el marido tenga necesidad de que su esposa le suministre alimentos para vivir separado de ella fuera del domicilio conyugal donde tiene su puesto, y la facultad de disponer de los frutos de los bienes de su esposa para atender con ellos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y por lo mismo a su propio mantenimiento sin necesidad de acudir a su mujer ".

La Jurisprudencia se inclina cada vez más a conceder alimentos en las situaciones de separación de hecho, pero tanto la mujer como el marido pierden su derecho a alimentos cuando incurrn en alguna causa que puede dar lugar al divorcio (14).

Haremos una división de la sentencias del Tribunal Supremo teniendo en cuenta si los esposos han abandonado el domicilio con o sin justa causa, o bien si la separación de hecho se ha producido amistosamente o por mutuo consentimiento.

1. Mujer que abandona el domicilio conyugal sin justa causa

Sentencia de 5 de Febrero de 1912 considera que la mujer que abandona el domicilio conyugal siendo culpable, no puede pedir pensión alimenticia al marido.

La sentencia de 17 de Noviembre de 1916, no dio lugar a la pretensión de la esposa que reclamaba alimentos de su marido, porque vivía de hecho y por su voluntad separada de éste, sin justificar que fuera culpable.

La sentencia de 7 de Enero de 1927 dice en el primer considerando " que el artículo 143 del Código Civil, que impone a los cónyuges la obligación de suministrarse mutuamente alimentos, está expresa -

(14)-B. PIÑAR, "La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Julio-Agosto. 1955, Pág. 30

mente subordinado a lo establecido en el 152 del mismo Cuerpo Legal, el cual, atendiendo a elevadas consideraciones de orden moral y jurídico, dispone que dicha obligación desaparece cuando el alimentista comete alguna falta grave de las que dan lugar a la desheredación que le haga indigno de obtenerlos, siendo una de ellas el adulterio, según el artículo 855 del Código en relación con el 105 del mismo."

Y habiéndose declarado el adulterio por sentencia firme de un Tribunal eclesiástico, y constado que el marido devolvió la dote, según afirma el Tribunal de instancia, no hay lugar a alimentos por parte del marido para la mujer.

La sentencia de 17 de Marzo de 1960 dice que carece de acción para reclamar alimentos la mujer casada que vive de hecho y por su voluntad fuera del domicilio conyugal, sin tener solicitado su depósito, ni la intervención judicial, circunstancias que concurren en la recurrente según declara la sentencia impugnada, y sin que en el recurso se haya combatido en forma tal declaración; sin que pueda prosperar tampoco la alegación referente a que el esposo le hacía imposible la convivencia y fue echada del domicilio, en tanto en cuanto aquello fuera cierto, que no se ha probado, no se libera de instar el depósito antes o inmediatamente de abandonar la casa-familiar.

Las sentencias de 11 de Abril de 1964 y 28 de Febrero de 1969, reiteran la doctrina de que no existe derecho de alimentos cuando la separación es por la exclusiva voluntad del reclamante, y que carece de acción la esposa que vive de hecho y por su voluntad separada del marido, contra el deseo de éste, sin haberse solicitado - autorización judicial o justificando debidamente que sea el marido el culpable de la ilegal situación; e idéntico criterio al expuesto, mantiene la sentencia de 10 de Diciembre de 1959 que señala -

que no procede la solicitud de alimentos cuando el que lo pide - ha roto de un modo voluntario el vínculo y no justificó ni intentó justificar viviese fuera del hogar legítimo por culpa o abandono del otro.

La sentencia de 23 de Octubre de 1972 considera que si bien la separación de hecho implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código Civil impone, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles (sentencias de 19 de Diciembre de 1932; 17 de Junio de 1949 y 30 de Septiembre de 1959) no por ello les priva a los cónyuges de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto del derecho a recibir alimentos de su consorte, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pero si cuando en lugar de haber sido libremente consentida entre los esposos, vivieran separados del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (sentencias de 5 de Febrero de 1912; 17 de Noviembre de 1916; 17 de Marzo de 1960, 28 de Febrero de 1969) como resulta plenamente probado, no proceden los alimentos.

La sentencia de 17 de Abril de 1974 expresa que el derecho a alimentos que, con carácter recíproco para los cónyuges se establece en el artículo 143 del Código Civil constituye a su vez uno de los derechos que como efectos comunes del matrimonio se señala en el artículo 56 del Código Civil, en el que los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente, término que fue interpretado por la doctrina científica y la Jurisprudencia en sentido amplio y comprensivo no sólo de lo que materialmente viene a entenderse como alimentación, sino toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo que puedan contribuir al desarrollo de la comunidad de vida que tiene por finalidad el matrimonio que se completa con los

de fidelidad y convivencia, y esta última se da en el domicilio - que precisamente por ello se llama conyugal, y que por mandato del del artículo 58 del Código civil será el designado por el marido - al que la mujer tiene obligación de seguir, todo lo cual es incompatible con la posibilidad de reclamación del derecho que es objeto - de examen por parte del cónyuge que voluntaria y unilateralmente deja el mencionado domicilio provocando una separación de hecho, por que significaría tanto como permitir la ruptura de la unidad orgánica del matrimonio incumpliendo uno de sus deberes a quien individualmente pretende en cambio la exigencia de uno de sus derechos.

La sentencia de 7 de Mayo de 1976 de la Audiencia Territorial de Oviedo considera: " Que nuestro Código Civil al hacer en su artículo 143, aplicación en el orden legal, del precepto de naturaleza moral, consecuencia de la organización de la familia, de la exigencia de prestarse alimentos, recíprocamente los esposos, ya que viven obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse en forma mutua -artículo 56- , obligación que por entrañar ante la facultad de pedirlo uno y recibirlo otro, un verdadero derecho en aquel y un necesario deber en éste, que no es consecuencia de una -mera liberalidad, ha de entenderse que tal expresión en cuanto significa principio general admite la excepción de no tenerse que facilitar cuando uno de ellos voluntariamente, vulnere alguna de las mencionadas obligaciones que son al otro debidos, en forma injustificada, contraviniendo la esencia del vínculo matrimonial, en perjuicio evidente de la organización familiar, institución ésta, reconocida y amparada por el Estado como fundamento de la sociedad; de ahí que como enseña la sentencia de 13 de Octubre de 1956 el derecho de alimentos entre parientes no autoriza a entender que produ

ce el efecto de que, en todo caso, está obligado a prestarlos a la mujer por cuanto esta obligación, lo mismo que aquel derecho, no son absolutos, sino que están subordinados al cumplimiento por la mujer de los fundamentales deberes que el matrimonio impone, siendo uno de ellos el de convivencia en el lugar de residencia de común acuerdo fijado -artículo 56 y 58- y como en el caso debatido- la esposa reconoce el hecho segundo de su demanda, que desde su matrimonio, voluntariamente y siguiendo a su esposo, ha venido conviviendo en el domicilio de los padres de éste en B. domicilio que voluntariamente abandonó, por cuanto su estado de necesidad, de existir, proviene de actos suyos contrarios a los principios éticos que rigen la organización moral y legal de la familia".

Esta normativa general ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como hemos visto, y solamente puede hacer excepción cuando existe una situación de separación legal de los cónyuges, que precisamente lleva consigo la cesación del deber de vida en común, en cuyo caso es la autoridad judicial la que determina y fija la prestación y cuantía de los alimentos.

2. Marido que abandona el domicilio conyugal sin justa causa:

La sentencia de 16 de Octubre de 1903 considera que en una separación de hecho matrimonial se le concede a la mujer alimentos, -ya que su marido ha abandonado el domicilio conyugal porque: " uno de los deberes más fundamentales impuestos por la ley a los cónyuges consiste en el socorrerse mutuamente en todos los casos en que este socorro sea necesario, cualquiera que sea la situación legal del matrimonio, a no ser que la necesidad del cónyuge sea proveniente de actos por él mismo realizados que le constituyan en una situación ilegal y contraria a derecho ".

La Resolución de 30 de Noviembre de 1917 de la Dirección General de los Registros y del Notariado dice que el marido que abandona - el domicilio conyugal sin justa causa, tiene la obligación de prestar alimentos a su mujer.

3. Mujer que abandona el domicilio conyugal por justa causa.

La sentencia de 27 de Abril de 1956 considera que la mujer que abandona el domicilio con justa causa, puede reclamar alimentos al marido.

4. Marido que abandona el domicilio conyugal por justa causa

La sentencia de 16 de Octubre de 1903, a sensu contrario, dice que el marido que abandona de forma justificada el hogar conyugal, puede reclamar a su mujer una pensión alimenticia, siempre que no tenga la administración sobre los bienes de su esposa y que demuestre que no tiene profesión u oficio.

La sentencia de 12 de Febrero de 1912, establece que si bien - están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, respecto del marido es necesario que demuestre que carece por completo de bienes propios, o que no puede en absoluto ejercer un oficio, profesión o industria que le proporcione lo necesario para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, para que esta obligación se haga efectiva a los bienes parafernales.

La sentencia de 24 de Octubre de 1951, dice que el marido que abandona de forma justificada el hogar conyugal, puede reclamar a su mujer una pensión alimenticia, siempre que no tenga la administración sobre los bienes de su esposa y demuestre que no puede ejercer profesión u oficio.

5. Separación de hecho por mutuo consentimiento de los conyuges

La sentencia de 14 de Enero de 1956 reconoce que un cónyuge separado de hecho tiene derecho a reclamar una pensión alimenticia al otro.

La sentencia de 9 de Noviembre de 1957 dice que como no se reanudó la convivencia conyugal y el marido no ejerció acción alguna para obtener o reintegrar a su esposa en su compañía, es indudable que se creó una separación de hecho mutuamente consentida, que no obstante perdurar a través del tiempo, constituye al marido en el deber de socorrerla, pero le impone el artículo 56 en relación con el número 1 del 143, ambos del Código Civil, deber que implícitamente reconoce el marido demandado, de forma que al existir la separación de hecho de los esposos mutuamente consentida, sin méritos suficientes para estimar que, quien solicita los alimentos los haga derivar de una situación ilícita y contraria a derecho en que se haya constituido, es pertinente otorgarlos en la cuantía que proceda, como enseña este Tribunal en numerosas sentencias.

La sentencia de 4 de Diciembre de 1959, señala que, siempre que se pruebe la necesidad, incluso en caso de separación, será procedente la acción solicitando la prestación alimenticia.

La sentencia de 28 de Febrero de 1969 determina que la separación de hecho, libremente consentida por los cónyuges, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56 del Código Civil, lo que origina el que sus consecuencias no están jurídicamente protegibles (sentencias de 19 de Diciembre de 1932; 17 de Junio de 1949 y 30 de Septiembre de 1959) no por ello les priva de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto del derecho a recibir alimentos de su consorte, conforme a

las normas contenidas en los artículos 152 y siguientes del Código mencionado:

- 1º - Porque ni el citado artículo 56 que establece el deber de so correrse mutuamente, ni el número 1 del 143 relativo a la pre gación de la deuda, condicionan su exigibilidad al cumplimien to de la obligación de vivir juntos a que se refiere el número 1 de dichos preceptos, o el supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente, por lo que cualquier limitación que al interpelarlos se adoptare en tal sentido, sería opuesta no sólo al principio general del Derecho " ubi lex non distin güt, nic non distingere debemus ", sino también a lo que se pre viene en los Cánones 1130 y 1131 del Codes Iuris Canonici que permiten en determinados casos la separación " por autoridad- propia ", y en el artículo 1434 párrafo 2º del Código Civil que no supedita a la circunstancia contraria la percepción de este derecho, aparte de que siempre podría el alimentante poner - fin a semejante anomalía sin más que hacer uso de la facul tad que le confiere el artículo 149 del referido Cuerpo Legal.
- 2º - Porque si la culpabilidad de uno de los consortes, unida a su residencia en distinto domicilio, es lo que le priva de los - derechos sucesorios sobre la herencia del otro (artículos 834, 855 y 913 del Código Civil) y de la posibilidad de elegir ali mentos después de declarada la inexistencia de la unión conyu gal (artículo 75 regla 5) resultaría absurdo prescindir del primero de estos requisitos para negar los últimos al cónyug e inocente que viviera separado del otro miembro persistiera vivo el vínculo con el que estaban ligados y se reconocieran al marido los derechos que se contraen los artículos 59, 60, 61, 1357, 1361 y 1387 del Cuerpo Legal indicado.

- 3º - Porque la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio, no justifica por sí sola la pérdida del derecho conferido por el número 1 del artículo 143, al poder ser debida a razones tan encomiables como el deseo de evitar el escándalo y perjuicios familiares a que la intervención de los Tribunales pudiera dar lugar.
- 4º - Porque si bien en casos de cierta analogía con el presente, - la Jurisprudencia de esta Sala ha negado el derecho a percibir tal prestación a los esposos que hubieran incurrido en adulterio (sentencia de 10 de Diciembre de 1959) o causa de divorcio (sentencia de 11 de Abril de 1946) o vivieran separados del otro sin consentimiento de éste o por su exclusiva voluntad (sentencia de 5 de Febrero de 1912, 17 de Noviembre de 1916 y 17 de Marzo de 1960) e incluso a los que no acreditaran la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes (sentencia de 3 de Noviembre de 1905), en cambio, se ha reconocido expresamente cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita los hace derivar de una situación ilícita y contraria a Derecho provocando por su exclusiva iniciativa (sentencias de 16 de Octubre de 1903; 27 de Abril de 1956 y 9 de Noviembre de 1957).

La sentencia de 30 de Octubre de 1974 sienta que manteniéndose dicha separación no desaparece la obligación por parte del marido de prestar alimentos a la esposa e hijos - que le fueran confiados y con ella conviven, al no haber probado que por su parte ha hecho todo lo necesario para esa reinstauración ".

La sentencia de 26 de Septiembre de 1976 de la Audiencia Territorial de Zaragoza (16) manifiesta que: " La separación-

de hecho libremente aceptada por los esposos, si bien implica una situación ilícita, no por ello les priva de un modo genérico del derecho de recibir alimentos de su consorte, conforme dispone el artículo 142 y concordantes del Código Civil, porque ni el artículo 65 ni el 143,1, relativo a la prestación de la deuda alimenticia condicionan su exigibilidad a la obligación de vivir juntos o al supuesto de separación conyugal de derecho, por lo que cualquier interpretación restrictiva iría contra el espíritu de la Ley; y la circunstancia de no acudir al procedimiento judicial para obtener la separación del matrimonio no justifica la pérdida del derecho concedido por el artículo 143,1 como disponen las sentencias de 27 de Abril de 1956, 28 de Febrero de 1969; 17 de Junio de 1972, que admiten la obligación de prestar alimentos cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos para estimar que la persona que los solicita hace derivar de una situación ilícita o contraria a derecho".

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 20 de Junio de 1979 (17) que considera: "... si bien la separación de hecho implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código Civil impone, lo que origina el que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles (sentencias de 19 de Diciembre de 1932, 17 de Junio de 1940 y 30 de Setiembre de 1959), no por ello priva a los cónyuges de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto del derecho a recibir alimentos de su consorte conforme a -

las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código mencionado, pues cuando la separación es mutuamente consentida y no se hace derivar de una situación ilícita, subsiste el derecho de cada cónyuge de recibirlos del otro (sentencias de 16 de Octubre de 1903, 27 de Abril de 1956, 9 de Noviembre de 1957 y 28 de Febrero de 1969)".

Y la Sentencia de 14 de Noviembre de 1979 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (18) que declara: " Que si bien la demandante se halla separada de hecho de su esposo, el demandado, sin tener descendencia, en virtud de acuerdo entre ambos, esta situación, por sí sola, no dispensa a los cónyuges de prestarse alimentos, siempre que se den los supuestos que condicionan el nacimiento y subsistencia de esa obligación, tal como se deducen de los artículos 143 y 152 del Código Civil, concretados en la necesidad de recibirlos que afecte a quien los solicite y la posibilidad de satisfacer esa situación, por parte del obligado a darlos, requisitos que se cumplen en el caso de estas situaciones si se tiene en cuenta que la posibilidad de ejercer un oficio o profesión por parte del alimentista, como causa que hace cesar esa obligación - número 3º del artículo 152 citado- no ha de entenderse, según declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de Diciembre de 1942, " como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias ", de tal suerte que si no se ejercita haya de atribuirse a la mera voluntad del interesado, y éste no parece ser el caso de la demandante, puesto que si bien admite no hallarse enferma, ni tener defecto físico que le imposibilite para el-

(18)- Revista General de Derecho" Marzo, 1980. Pág. 310

trabajo -reconocimiento de una capacidad abstracta- también- lo es que , al contestar la misma posición 2, manifestó tener a su madre y hermana enferma, queriendo significar que la atención a las mismas le impide trabajar -obstáculo a la actuación concreta de esa capacidad- , y esta circunstancia u otra de -análogo alcance obstativo al trabajo de la esposa, fue la que motivó que al separarse ambos cónyuges concordadamente, otorgaran un documento, que no se ha aportado al proceso, pero cuya existencia y contenido los dos admiten, por el que el marido se comprometió a pasar una pensión alimenticia a la esposa de forma incondicionada ..."

III. CONCLUSIONES

La doctrina jurisprudencial española dicta sentencias en favor de la mujer separada de hecho, ya que tiene derecho a pedir alimentos a su esposo siempre que abandone el hogar conyugal con justa causa o en el supuesto de que lo abandone el marido. No tiene obligación de prestar alimentos a su marido si ella abandonó injustificadamente el hogar, pero tampoco tiene derecho a reclamarlos a éste.

Sin embargo, el marido sólo puede recibir alimentos de su esposa cuando no administre los bienes parafernales, y no tenga o no pueda realizar un trabajo u oficio, siempre que abandonara el domicilio conyugal con justa causa.

Ello se debe a que en virtud del artículo 59 del Código Civil, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales; y al producirse la separación de hecho continúa siéndolo, excepto si se disuelve la sociedad conyugal a través de capitulaciones matrimoniales, por lo cual pensamos que es lógico que tenga que dar una pensión alimenticia a su mujer en el caso de

producirse una separación de hecho.

Esto ha sido consecuencia de que el marido debía proteger a su mujer y - era el representante legal de la misma. Pero ya no es así a partir de la Reforma del Código Civil por Ley de 2 de Mayo de 1975, que ha dado lugar a que - los cónyuges sean iguales jurídicamente, y la representación entre los esposos tenga carácter voluntario (artículo 63 del Código Civil)

Se pueden deducir varias conclusiones de la doctrina jurisprudencial:

- 1º - La prestación alimenticia procede cuando la separación de hecho es consentida por ambos cónyuges; lo cual hay que acreditarlo porque en caso contrario se carece de acción para reclamar los alimentos y hay que acudir a la separación legal.
- 2º - No es necesario que esté regularizada la separación de hecho, ya que si existe se concede la pensión alimenticia.
- 3º - La acción para reclamar el derecho de alimentos es imprescindible.

Sentencia de 7 de Octubre de 1970

Tras la promulgación de la Ley de 2 de Mayo de 1975 se puede disolver la sociedad de gananciales constante matrimonio, y, por consiguiente, al tener lugar la separación de hecho matrimonial, modificar el régimen económico conyugal pasando de la sociedad de gananciales a la separación de bienes. Con lo cual cada cónyuge administra la parte que le corresponda de los bienes - comunes así como sus bienes privativos, sin ser ya tan necesario en la mayoría de los casos la pensión alimenticia.

Teniendo esto en cuenta, creemos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no tendría que tratar con tanto rigor y dureza al marido, debido:

- 1º - A la modificación de los artículos del Código Civil referentes a las capitulaciones matrimoniales. Consiguientemente se disuelve la soci

dad conyugal entre los esposos, administrando cada uno su parte correspondiente, con lo cual la mujer ya no necesita que su marido le pase una pensión alimenticia.

2º - Hoy en día, por lo general, la mujer trabaja fuera del hogar conyugal, obteniendo un sueldo al igual que su marido. Durante el matrimonio el dinero que gana es un bien ganancial, a tenor del artículo 1401 número 2 del Código civil. Pero al originarse una separación de hecho y disolverse la sociedad de gananciales, el dinero que percibe por su trabajo será un bien privativo. Con lo cual no es necesario que su marido le pase una pensión alimenticia, siempre que su sueldo sea suficiente, ya que ella tiene su propio dinero.

Como consecuencia, si se dan estas dos circunstancias, es decir, disolución de la sociedad de gananciales y que la mujer trabaje ganando un sueldo, no tiene porqué tener derecho a pedir alimentos a su esposo, a no ser que lo que obtenga sea insuficiente. Únicamente cabría la obligación de alimentos entre los cónyuges en el caso de que uno tuviera necesidad de ellos.

Consideramos que la Jurisprudencia tendría que modificar y no favorecer tanto a la mujer, excepto en el supuesto de que no se cumplan estos requisitos. Con ello se llegaría a una mayor igualdad jurídica entre el marido y la mujer, y por tanto tener derecho a la pensión alimenticia tanto un cónyuge como el otro, siempre que se estime que no tiene medios suficientes para vivir.

EL CONSENTIMIENTO UXORIO

La separación de hecho matrimonial presenta entre otros obstáculos el del consentimiento uxorio regulado en el artículo 1413 del Código Civil.

Hasta la reforma del Código Civil de 24 de Abril de 1958 este problema prácticamente no existía, pues el marido separado de hecho conservaba intactas sus potestades sobre el patrimonio común, pudiendo realizar toda clase de actos de administración e incluso de disposición a título oneroso. El artículo 1413 en su párrafo 2º prohibía que el marido obrase en fraude de la mujer o en contravención de lo dispuesto en el Código, aunque esto desaparecía por la interpretación que la jurisprudencia hacía de este precepto.

La antigua redacción del artículo 1413 del Código Civil fue objeto de numerosas críticas, porque debido a la amplitud de facultades otorgadas al marido, cabía que existiese abuso en detrimento de la mujer. Y la opinión generalizada entre los juristas era que la perfección del régimen de la sociedad de gananciales exigía una limitación de las facultades concedidas al marido, siendo necesario el consentimiento de la mujer para los actos de disposición de determinados bienes que afectasen a la comunidad conyugal.

La Ley de 24 de Abril de 1958 abordó este problema atribuyendo a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravámen de los bienes gananciales durante el matrimonio, sin perjuicio de que la dirección y administración de la sociedad de gananciales correspondiera normalmente al marido. El preámbulo de esta Ley dice: " Los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales quedan, sin mengua del sistema, más protegidos al exigirse el consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles o establecimientos mercantiles y al preverse posibles cauciones judiciales que los defien - dan frente a una imprudente actuación marital " .

El texto vigente del artículo 1413 del Código Civil exige al marido el consentimiento de la mujer para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles; lo cual en principio supuso una modificación en la estructura de esta clase de régimen conyugal, al mismo tiempo que una garantía para la mujer casada.

Sobre la reforma de este precepto la doctrina científica no ha mantenido un criterio unánime. Un sector (1) considera que la redacción actual del artículo 1413 no es todo lo favorable que se esperaba, no obstante ha supuesto un progreso en la protección económica de la mujer, pero no ha llegado a la perfección absoluta, aunque no hay que olvidar que es una reforma fragmentaria.

Opinamos que la reforma del artículo 1413 del Código Civil fue muy limitada no haciéndose en toda su extensión. Porque aunque a partir de la misma es necesario el consentimiento de la mujer casada para que el marido pueda realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles, se deja abierto el camino para que en su defecto se pueda acudir a la autoridad judicial. Esta posibilidad atende la relevancia que pudiera haber adquirido este precepto, ya que en caso de discrepancia entre el marido y la mujer, el primero puede pedir autorización judicial. Consideramos que aunque en la teoría se intenta paliar el problema, en la práctica no se salva el obstáculo; y por tanto los intereses de la mujer casada no quedan tan protegidos. Además, pensamos que tendría que ser necesario también el consentimiento uxorio para aquellos actos que afecten a los bienes muebles, porque

(1)- BATLLE. "Observaciones sobre la Reforma del Código Civil" (La Ley de 24 de Abril de 1958) Rev. General de Legislación y Jurisprudencia. Octubre, 1958. Pág. 433; COSSIO y GULLÓN. En la nueva edición de "Instituciones de Derecho Civil". de DE DIEGO. T. II. Madrid, 1959. Pág. 559; J. CASTAN. "Derecho Civil Español, común y foral" T. V. vol. 1º, 9ª ed. Madrid, 1976. Pág. 387; CONDOMINES. "La reciente reforma del Código Civil" Rev. Jurídica de Cataluña. Mayo - Junio 1959. Pág. 311

éstos han adquirido gran importancia, y muchas veces el valor económico es mayor, pudiendo ello causar en ocasiones un perjuicio de mayor envergadura para la mujer que el pueda producirle la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o establecimientos mercantiles, a pesar de que el Preámbulo de la Ley dice que no se ha llevado a cabo esto con el " propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición ".

Otro sector doctrinal (2) cree que la exigencia del consentimiento uxorio es innecesaria, ineficaz, injusta, perturbadora y perniciosa.

Con posterioridad a la Reforma del Código Civil de 1958, el artículo 1413 puede causar problemas a los maridos que se dediquen con mayor o menor intensidad al tráfico inmobiliario. Por ello, le interesa al marido obtener un consentimiento general, que le permita prescindir de la obligada intervención de su mujer en cada acto que le sea necesario.

Algunos autores piensan que la mujer puede conceder al marido un consentimiento general, por las mismas razones que justifican la licencia general del marido a la mujer.

Pero la mujer puede limitar su consentimiento a ciertos bienes inmuebles, reservándose la facultad de consentir o no para la enajenación de los demás inmuebles. Cabe también que el consentimiento se otorgue de forma condicionada, aunque esto no impida que el marido acuda al juez en demanda de autorización, si las exigencias de la mujer llegan a parecerle inaceptables (3).

(2)- RODRIGUEZ ADRADOS. "Disposición onerosa de inmuebles gananciales"- Rev. De Derecho Notarial. Julio - Diciembre, 1958. Págs. 221 - 228

(3)- M. DE LA CAMARA. "El nuevo artículo 1413 del Código Civil" Anuario de Derecho Civil. Julio - Septiembre, 1959. Pág. 892

Nos preguntamos si el consentimiento uxorio es o no revocable. Consideramos en principio, que hay que contestar afirmativamente, porque la base del consentimiento uxorio es la confianza que el marido inspira a la mujer, y si se pierde la confianza puede retirarse una autorización que descansaba en ella. Pero no hay que desconocer que la revocabilidad es peligrosa y perjudicial para terceros, y CAMARA (4) opina que cuando el marido se ha obligado a realizar uno o varios actos dispositivos, en el consentimiento inicial de su mujer, va implícito el consentimiento para los actos posteriores. Y este consentimiento debe estimarse irrevocable porque la revocación no conduce a ningún fin práctico, ya que la obligación válidamente contraída sería exigible, y por tanto si se necesita nuevo consentimiento de la mujer ésta tendría que prestarlo o ser suplido por la declaración del órgano jurisdiccional; la revocación sería contraria al artículo 1256 del Código Civil, y también es contraria al postulado de que nadie puede ir contra sus propios actos. Por lo tanto la revocabilidad del consentimiento uxorio queda excluida no sólo cuando la obligación de realizar el acto dispositivo se haya asumido en favor del futuro adquirente, sino también cuando la disposición deba realizarse en favor de un tercero que no sea parte en la relación jurídica inicial. Así el consentimiento uxorio es generalmente revocable, pero puede devenir irrevocable en algunos casos.

¿ Puede la mujer renunciar al consentimiento uxorio revocatorio y concederlo con carácter irrevocable ? CAMARA (5) se opone, porque aunque señala una similitud entre el consentimiento uxorio y la licencia marital, ésta es sólo respecto a su naturaleza jurídica y a la mecánica de su funcionamiento, pero no respecto al tratamiento jurídico. Continúa diciendo que: " El marido no puede pues, pretender que su mujer, al tiempo de separarse, preste irrevg

(4)- M. DE LA CAMARA. " Ob. Cit." Págs. 893 - 896

(5)- M. DE LA CAMARA. " La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil. 1969. Págs. 126 y 127

cablemente su consentimiento a los futuros actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, que pretendan otorgar en lo sucesivo. Lo único que cabe es condicionar la subsistencia de los demás pactos que integren el convenio de separación a la circunstancia de que la mujer no retire el consentimiento que confiere ".

Considera RODRIGUEZ ADRADOS (6) que no hay paralelismo entre la licencia marital y el consentimiento uxorio; paralelismo que ha sido resaltado por un sector doctrinal y por la jurisprudencia. Porque " el consentimiento del marido no supondría el levantamiento de la limitación impuesta al poder dispositivo de la mujer, carente de él, sino el ejercicio de sus propias facultades de administrador; no sería limitativo de las facultades de la mujer, que no las tiene; y menos estaría fundado en la protección de los intereses privados del marido, sino en su carácter de administrador de la sociedad de gananciales.

Pero hay, además, y como consecuencia de ello, otra diferencia esencial; la jurisprudencia ha insistido en la analogía entre licencia marital y consentimiento uxorio derivada de la posibilidad, en ambos casos, de la autorización judicial supletoria (Ss. de 13 de Marzo de 1964; 3 de Marzo de 1969; 7 de Junio de 1972), y esta posibilidad falta por completo en nuestro caso, no solamente por el hecho de haber sido derogados, con la licencia marital, todos los preceptos que la regulaban, sino porque el consentimiento del cónyuge administrador no puede configurarse como un asentimiento a la disposición ajena, sino como ejercicio de facultades propias, como resulta paladinamente del mismo artículo 1413, que prevé " a solicitud fundada del marido " , la autorización judicial supletoria del consentimiento de la esposa, pero no una autorización judicial, a solicitud de la esposa, supletoria del consentimiento del marido administrado ".

(6)- A. RODRIGUEZ ADRADOS. " Las compras de la mujer casada ". Revista de Derecho Notarial. Abril - Junio 1975. Pág. 524

El consentimiento uxorio es personalísimo, por lo cual lo tiene que conceder la persona, sin que ésta pueda delegar en otra diferente. DIEZ PICAZO (7) sostiene que en los negocios familiares no cabe el representante, sino sólo el nuncio. Se apoya en los artículos 87 del Código Civil que regula la representación para contraer matrimonio, 300 del mismo Texto Legal para la constitución del consejo de familia, y por analogía estima que al conferirse poder para los demás actos del Derecho de Familia habrá de hacerse en forma de nuncio y no como representante (8).

Critica esto M. MUÑOZ DE DIOS (9), ya que considera que en ambos casos se exige un poder especial por dos razones:

1º - Porque se refiere al cambio de status, que es un acto personalísimo que debe de ser decidido por el propio interesado y transmitida su voluntad por medio de un nuncio.

2º - Porque se refiere a la constitución de un organismo deliberante y consultivo de la tutela que requiere un conocimiento de los miembros que habrán de integrarlo. (No puede dejarse este acto a la libre decisión de un representante dada la enorme trascendencia, las cualidades de los miembros que integran el organismo).

De aquí que estime que cuando se trate de cambio de status y funciones personales cabrá el nuncio, pero cuando sean funciones patrimoniales habrá de designar un representante, con poder general cuando se trate de actos de administración, y con poder especial cuando se refiera a actos de disposición.

(7)- L. DIEZ PICAZO. "(V. infra)

(8)- El representante forma su propia voluntad y la declara en nombre del representado; pronuncia sus propias palabras y se estima que las ha pronunciado el representado.

El nuncio se limita a transmitir la voluntad que ha formado su representado. El representado le confiere el encargo de trasladar a una persona determinada su voluntad, y el nuncio se limita a cumplir estrictamente su misión - sin añadir ni quitar nada, (utilizando las mismas palabras del representado).

(9)- Explicaciones del Prof. MUÑOZ DE DIOS en clase.

(7)- DIEZ PICAZO. "El negocio jurídico del Derecho de Familia" Rev. de Legislación y Jurisprudencia. Junio. 1962. Págs. 783 y 784

Hay que conocer cuál es la naturaleza de los actos realizados por el marido sin el consentimiento uxorio. La doctrina no está de acuerdo sobre la clase de ineficacia con que debe sancionarse el acto dispositivo del marido sin consentimiento de la mujer, o sin la subsidiaria autorización judicial.- Unos sostienen la nulidad radical del acto dispositivo, otros que es ineficaz en sentido estricto, otro sector que sólo concede una mera impugnabilidad, y finalmente aquellos que dicen que se trata de una anulabilidad relativa o especial.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 1964 y de 3 de Marzo de 1969, considera que el acto es anulable y válido mientras no se declare su nulidad porque " como los actos realizados por el marido sin consentimiento uxorio o autorización judicial no alteran ni modifican derechos de las personas, excepto los de la mujer, que justamente por eso es titular de la acción de impugnación encaminada a que frente a ella se repunte el acto ineficaz, tal impugnación no puede ejercitarla el que contrató con el marido".

La consecuencia de estas declaraciones jurisprudenciales es que procede la interpretación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Si son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia marital, aunque se haga constar en éste, por la misma razón lo son la disposición onerosa de inmuebles o establecimientos mercantiles por el marido sin el consentimiento de la mujer. Esto ha sido aceptado plenamente por la Resolución de 28 de Marzo de 1969 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero no lo comparte la Resolución de 15 de Marzo de 1972 que declara que no son inscribibles los actos dispositivos realizados por el marido sin el consentimiento de la mujer en contravención del artículo 1413 del Código Civil. Mientras que la Sentencia de 7 de Junio de 1972 ratifica la doctrina de las sentencias de 7 de Febrero, 13 de Marzo, 21 de Abril de 1964; 3 de Marzo y 6 de Mayo de 1969 y 26 de Diciembre de 1970, y considera: " Es viable la aplicación por analogía de las soluciones elaboradas por la doctrina, para llenar aquellas lagunas que la reglamentación del consentimiento uxoris origine ", y declara que " esta doctrina no

autoriza la limitación establecida por la Resolución de 15 de Marzo de 1972, a efectos registrales, prohibitiva de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos realizados en contravención del artículo 1413 del Código Civil (10).

Pensamos que en estos supuestos hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 65 del Código Civil, que regula: " Cuando la Ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos ".

" ... la jurisprudencia primero, más atenta a las consecuencias prácticas, y luego el legislador, reconducen la invalidez del negocio sin consentimiento uxorio al género de la nulabilidad: el acto celebrado sin consentimiento conyugal es eficaz, pero impugnabile, si bien la posibilidad de impugnación dura un plazo extraordinariamente más largo que en otros eventos de nulidad relativa " (11).

I. EL CONSENTIMIENTO UXORIS EN LA SEPARACION DE HECHO

Los derechos de la mujer son escasos en la sociedad de gananciales, y no tienen porqué verse afectados por la separación de hecho, pero son en estos casos cuando los intereses de la mujer corren mayor peligro, ya que pueden surgir situaciones que conduzcan al fraude, puesto que ha dejado de haber unión y comunidad de vida entre los esposos.

(10)- Mayor ampliación del tema ver " Las compras de la mujer casada" de A. RODRIGUEZ ABRADOS en Revista de Derecho Notarial. Abril - Junio, 1975. - Págs. 521 y ss.

(11)- J. L. LACRUZ. " El nuevo Derecho Civil de la mujer casada" Edit. Civitas. Cuadernos Civitas. Madrid, 1975. Pág. 81.

La separación de hecho matrimonial da lugar a que el consentimiento uxorio sea un obstáculo para el marido en la esfera patrimonial, porque si la mujer le niega el consentimiento tiene que acudir a la autoridad judicial. No obstante el acto de disposición sin el consentimiento uxorio o sin la autorización del juez no presenta demasiadas dificultades al marido en la vida práctica.

La necesidad de armonizar la licencia marital con el consentimiento uxorio daba lugar a que se hiciera un pacto o convenio entre los esposos, suprimiendo ambos cónyuges las limitaciones dispositivas que tenían sobre el otro, siguiendo el principio de ut des. El convenio era ilegal pero posible, dado que el acto otorgado por la mujer sin licencia marital será válido en principio, y sólo podía ser impugnado por el marido o sus herederos. Y el acto dispositivo realizado por el marido sin consentimiento de su esposa, será válido hasta que la mujer lo impugne. Por lo tanto ambos esposos podían hacer un acuerdo de separación, bien otorgando la licencia o consentimiento, bien guardando silencio, es decir, sin impugnar el acto dispositivo del otro, lo que equivalía a una autorización tácita pero válida.

Con motivo de la Reforma de 2 de Mayo de 1975 se suprimió la licencia marital, en base a la gran desigualdad que existía entre el marido y la mujer, a pesar de la introducción del consentimiento uxorio del artículo 1413 del Código Civil, por Ley de 24 de Abril de 1968.

La existencia de ambas figuras, licencia marital y consentimiento uxorio, daba lugar a una contraprestación entre los cónyuges al originarse la separación de hecho matrimonial. Al no existir ya la licencia marital, se puede pensar que el consentimiento uxorio causa al marido un grave perjuicio. Pero esto no es así, no sólo por las reiteradas manifestaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino también porque el marido puede recurrir al juez en cualquier momento para que revoque el consentimiento otorgado por su

esposa. No obstante es un inconveniente que tiene que salvar el marido, y - que a pesar de todo limita sus facultades en cuanto administrador de la sociedad de gananciales. De todas formas, es éste un aspecto que se trata en todo pacto de separación de hecho, para que así al marido no se le presenten obstáculos.

Aunque opinamos que como consecuencia de poder hacer por primera vez o - modificar las capitulaciones durante el matrimonio, la solución más rápida, - fácil y eficaz es cambiar el régimen económico conyugal, siempre que se produzca una separación de hecho, pactando a partir de esa fecha la separación de bienes. Con ello la solución es sencilla, dado que a cada esposo le pertenecen la mitad de los bienes comunes, pudiendo administrar, gravar y enajenar sin que necesite ningún tipo de consentimiento o autorización. Además, de - esta forma no se ocasiona un posible fraude al otro cónyuge o a la sociedad de gananciales, que era lo que trataba de evitar la licencia marital, y lo - que todavía pretende el consentimiento uxorio.

II. EL PROYECTO DE LEY DE REGIMEN ECONOMICO CONYUGAL

El Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio establece que la - disposición y administración de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges.

Esto da lugar a que deje de existir el consentimiento uxorio, debido a - que el marido no será el único administrador de la sociedad de gananciales, - sino que esta función la compartirá con su mujer. No será necesario que permanezca esta figura jurídica, ya que no tendrá objeto su existencia, puesto - que su fundamento o razón de ser radica en que sirve de freno al marido como único administrador de la sociedad de gananciales. Como consecuencia de ello desaparecerá el artículo 1413 del Código Civil; en su lugar el artículo 1376 del Proyecto dice que en aquellos actos de administración en que sea necesari-

rio el consentimiento de ambos esposos, y uno de ellos no lo preste, podrá el juez suplirlo si le parece fundada la petición. Y el artículo 1377 señala que: " Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime conveniente " .

Tanto para actos de administración como de disposición será fundamental el consentimiento del marido o de la mujer, y si uno de ellos no lo presta se acudirá al juez, el cual podrá autorizar que se realice el acto si lo considera pertinente.

El Proyecto de Ley de régimen económico conyugal resolverá una serie de inconvenientes que presenta el Código Civil, pues tiende a una justa equiparación entre los cónyuges. Concede el Proyecto una mayor preponderancia a la mujer casada tanto en el aspecto patrimonial, como en el personal. Como consecuencia de ello la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde a ambos esposos; no obstante las ventajas que ello podrá suponer, también hay que señalar que presentará inconvenientes en la vida práctica. Porque desde el momento en el que se apruebe el Proyecto de Ley, se requerirá el consentimiento de los cónyuges para los actos de administración y disposición de los bienes gananciales; en los supuestos en que uno se negare a ello o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez suplirlo si encontrare fundada la petición o lo considere de interés para la familia. Ello ocasionará una mayor lentitud para la realización de aquellos actos en que uno de los cónyuges no preste su consentimiento, porque hay que acudir a la autoridad judicial; por lo cual, aunque ofrece una serie de ventajas, no hay que olvidar este inconveniente, esto es la menor rapidez y economía procesal que ofrecerán en un futuro todos estos actos. Porque los preceptos afectan a —

toda la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y como señala LACRUZ (12) " La administración es una situación habitual, al contrario del acto de disposición, que es actual, cabe preguntarse cómo es posible llevar una gestión normal de la propia economía o la del consorcio si en cada momento, para cualquier movimiento, es preciso solicitar el asenso de personas. Ciertamente parece presumible aquí que en este asenso se preste de modo general, para cualesquiera actos de administración en lo sucesivo, o para una serie de ellos o un modo de llevar la administración. Mas cuando no se haga así, la gestión de los bienes tropezará con dificultades, pues el asenso se requiere para todos los episodios de ella: no sólo para negocios jurídicos, sino para decisiones fácticas: cambiar un cultivo, regar un campo, hacer el trabajo con tal o cual máquina, engrasarlo no, con tal o cual producto, etc."

La diferencia entre los artículos del Proyecto de Ley y el artículo 1413 del Código Civil es notable, beneficiando los primeros a la mujer casada, ya que la sitúa en el mismo plano que a su marido, debido a la igualdad jurídica entre los cónyuges, que este Proyecto lleva a sus últimas consecuencias, una vez iniciada esta Reforma por la Ley de 2 de Mayo de 1975.

Esto origina que si se aprueban estos preceptos del Proyecto de Ley, al producirse una separación de hecho matrimonial, los esposos no tendrán que pactar sobre este aspecto en su convenio de separación, puesto que el consentimiento dejará de ser unilateral (uxorio) para pasar a ser mutuo, y así, tanto el marido como la mujer si quieren llevar a cabo un acto de administración o de disposición con los bienes de la sociedad de gananciales, necesitarán siempre el consentimiento del otro esposo, o en su defecto tendrán que acudir al juez. Aunque creemos que este supuesto no se planteará a menudo, ya que se habrá estipulado la separación de bienes como régimen económico conyugal.

(12)- J.L. LACRUZ. Op. Cit. Págs. 64 y 65

El artículo 1322 del mismo Proyecto señala que: " Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe - con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge - cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge ".

Así el acto que requiera el consentimiento de ambos esposos y uno no lo emita, será anulable, pero sólo a instancia del cónyuge que no lo haya prestado o de sus herederos.

III. CONCLUSION

Podemos señalar que hoy en día todavía tiene relevancia el consentimiento uxorio del artículo 1413 del Código Civil, y por tanto debe figurar como punto importante en todo acuerdo de separación de hecho.

No obstante en el momento en que se apruebe el Proyecto de Ley de régimen económico conyugal, éste desaparecerá como consecuencia de que la gestión y administración de la sociedad de gananciales corresponderá a ambos cónyuges. De igual forma que la Ley de 2 de Mayo de 1975 abolió la licencia marital, - debido a que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los esposos:

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA SEPARACION DE HECHO

La institución de la sociedad de gananciales es muy antigua en nuestro Derecho; hay autores que piensan que ya existió en la España primitiva, así como que se dió algún precedente en las costumbres celtibéricas.

El primer Texto que recoge esta figura es el Liber Iudiciorum en la Ley 16, Título II, Libro IV; posteriormente pasó a todos los fueros, aunque las Partidas restringieron este sistema, hasta que finalmente fue recogido por la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Código Civil español (1).

El Código Civil reguló la sociedad de gananciales como régimen legal matrimonial para todas las personas sometidas al Derecho Común, salvo que pacten lo contrario, de aquí se deriva la importancia del mismo.

La sociedad legal de gananciales comienza en el momento de la celebración del matrimonio, artículo 1393 del Código Civil y 1345 del Proyecto de Ley de Régimen económico del matrimonio, tanto en el supuesto de que los cónyuges no hayan hecho capitulaciones matrimoniales, como si han pactado dicho sistema en las mismas al contraer matrimonio. También puede empezar posteriormente en el supuesto de que se modifiquen los capítulos matrimoniales y se opte por este sistema.

El fundamento de la sociedad de gananciales lo encontramos en la colaboración que hay entre el marido y la mujer como consecuencia de la convivencia conyugal. Por lo tanto es necesario que exista armonía entre los esposos para que este régimen se pueda desarrollar y llevar a cabo satisfactoriamente.

Debido a ello se presentan diversos obstáculos cuando se origina una separación de hecho matrimonial, ya que este régimen económico conyugal no es-

(1)- J. CASTAÑ TOBERÑAS. "Derecho Civil español común y foral" T. V. - Vol. I. 9ª edic. Madrid, 1975. Pág. 340

el adecuado para dichas situaciones, aunque se han superado en parte a raíz de la Ley de 2 de Mayo de 1975, que modificó entre otros los preceptos relativos a los capítulos matrimoniales, y también tendrá importancia en el futuro el Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio, una vez que haya sido aprobado.

Los grandes problemas que se manifiestan en la separación de hecho, relativos a la sociedad de gananciales, son los que están relacionados con la administración y liquidación de dicho sistema.

I. LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El administrador de la sociedad de gananciales, actualmente, es el marido salvo estipulación en contrario, a tenor de los artículos 59 y 1412 del Código Civil. Ello es consecuencia del principio de unidad de dirección, ya que hay que dar la autoridad a uno de los cónyuges, habiéndosela otorgado al marido, siguiendo una tradición histórica que se ha reflejado en las costumbres y leyes. Pero cuando se producen situaciones anómalas, como puede ser la separación de hecho matrimonial, se presenta una notable diferencia entre la situación del marido y de la mujer en detrimento de esta última, puesto que el marido continúa con las mismas facultades, facultades que exceden a las que tiene un administrador en cualquier otra sociedad, en perjuicio de su esposa, ya que ha dejado de existir la convivencia y unión entre los esposos.

El problema se puede solucionar con la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no siempre la vía es fácil y rápida, bien porque los cónyuges no se pongan de acuerdo, bien porque pase un plazo de tiempo hasta que consiguen su objetivo.

Creemos que son los esposos bien a través del convenio de separación si lo han pactado, bien de otra forma, los que tienen que buscar el remedio para la situación de mujer separada de hecho, y tiene que ser a expensas del patrimonio común.

CAMANA (2) aporta unas soluciones, que consisten en repartir con mayor o menor extensión la administración de los bienes gananciales. Podría ser desde transferir a la mujer la dirección y manejo de todo el patrimonio común, hasta confiarle la administración de bienes concretos y determinados, o una situación intermedia que consistiría en una seudo liquidación y división de la sociedad conyugal para alcanzar de facto un resultado similar al que legalmente no se puede conseguir.

Hay que destacar que estas medidas carecen en la actualidad de relevancia, ya que con posterioridad a la Ley de 2 de Mayo de 1975 se pueden por primera vez o modificar las capitulaciones y consiguientemente cambiar el sistema económico conyugal, sin tener que recurrir a una seudo liquidación, ni tampoco a otorgar a la mujer separada de hecho unos bienes específicos para que los administre y con lo que obtenga de ellos pueda mantenerse. No obstante hay que tener en cuenta que estas soluciones fueron dadas antes de la reforma de 1975 del Código Civil, y eran las únicas a las que se podía acudir si se quería encontrar una salida viable a este problema.

Pensamos que en el momento actual el problema de la administración de la sociedad de gananciales no tiene la importancia que tenía en épocas anteriores, cuando se producía una separación de hecho, ya que cabe acudir a la liquidación de la sociedad de gananciales a través de la modificación de las capitulaciones. También hay que tener en cuenta que el Proyecto de Ley de re

(2)- M. DE LA CAMANA. " La separación de hecho y la sociedad de gananciales ". A.D.C. (Separata) Madrid, 1939. Págs. 29 y 30

gimen económico matrimonial no sólo mantiene todo lo referente a los capitulos matrimoniales, sino que también confiere la administración de la sociedad de gananciales como régimen económico conyugal a ambos cónyuges, según los artículos 1375 y siguientes de dicho Proyecto. La Exposición de Motivos dice en este sentido: " La reforma, al atribuir la gestión de 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". Lo que supone que una vez que se apruebe ésta, todos los matrimonios que tengan sociedad de gananciales como régimen económico conyugal tienen la administración conjunta, y por tanto ya no habrá un predominio del marido sobre la mujer, y no se producirá una discriminación frente a esta última en las situaciones de separación de hecho, aunque de todas maneras creemos que la solución más justa y equitativa es acudir a la disolución de la sociedad de gananciales.

II. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El régimen económico de la sociedad de gananciales es el que adoptan por lo general todos los matrimonios que se encuentran sometidos al Derecho Común, por lo tanto, un aspecto de gran importancia es, si una vez producida la separación de hecho, se efectúa la liquidación de la sociedad de gananciales, y por consiguiente la modificación del régimen económico conyugal.

No cabe duda de que la mejor medida una vez fracasada la vida matrimonial, y siempre que los esposos hayan decidido separarse, es disolver la sociedad de gananciales, puesto que el fundamento de la misma es la vida en común de-

los cónyuges.

Podemos preguntarnos si es factible la disolución de la sociedad de gananciales. Para contestar esta cuestión hay que tener en cuenta la modificación del Código Civil por la Ley de 2 de Mayo de 1975.

1. Antes de la Ley de Mayo de 1975

Con anterioridad a la reforma del Código Civil de 2 de Mayo de 1975 no era posible la extinción de la sociedad de gananciales basada en el acuerdo de los cónyuges, porque iba en contra de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial:

1º - La antigua redacción del artículo 1315 del Código Civil sólo autorizaba los capítulos antes de la celebración del matrimonio. Si no habían capitulaciones en ese momento se seguía el régimen de sociedad legal de gananciales.

El artículo 1319 del mismo Cuerpo Legal, antes de la reforma, señalaba que sólo se podían modificar las capitulaciones antes de la celebración del matrimonio, prohibiendo el precepto 1320 la alteración de las mismas una vez celebrado éste.

2º - La sociedad de gananciales concluye, según el artículo 1417 del Código Civil, al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo, y en los supuestos del artículo 1433 que son:

- si se ha dictado sentencia de separación personal.
- si el cónyuge del demandante hubiere sido declarado ausente o hubiere sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil.

Como la separación de hecho matrimonial no se puede encuadrar en ninguno de estos supuestos, ni tampoco en los comprendidos en el artículo 45 del Código Civil cuya sanción está regulada en el artículo 50, y es la absoluta

separación de bienes, se llegaba a la solución de que era imposible que el marido y la mujer separados de hecho estipularan en los convenios de separación la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que eran pactos - en contra de la ley, y por tanto prohibidos por el artículo 1255 del Código Civil.

2. Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975

Una vez hecha la reforma de 1975 del Código Civil, sí que cabe liquidar la sociedad de gananciales debido a que han sido modificados los artículos 1315 y siguientes de este Texto Legal, y por consiguiente es posible realizar por primera vez las capitulaciones constante matrimonio, así como alterar - las durante éste si se habían realizado otras anteriores.

Ello supone una gran ventaja para todos los matrimonios que por causas diversas y diferentes deseen modificar su régimen económico conyugal, y sobre todo para aquellos que se encuentran en situaciones especiales entre las cuales podemos señalar la separación de hecho matrimonial.

No obstante existe un requisito fundamental para que se pueda modificar el régimen económico matrimonial, y es que los cónyuges han de actuar de común acuerdo, es decir, que es imprescindible que ambos esposos quieran el - cambio y lo hagan efectivo. Esto no parece en un principio difícil de lograr ya que lo más razonable es que tanto el marido como la mujer quieran que el aspecto económico de su separación de hecho les resulte satisfactorio y ventajoso para ambos. Además, éste era el terreno más quebradizo, y en el - que se presentaban mayores dificultades en toda separación de hecho, puesto que existía una prohibición legal.

Pero a pesar de tod, puede ocurrir que uno de los cónyuges no quiera disolver la sociedad de gananciales, dando lugar a que no se pueda modificar - el régimen económico del matrimonio, ya que no cabe acudir a la autoridad-

judicial para que determine lo procedente en interés de la familia, pues el Código Civil no lo señala en ningún precepto, como hace en otros casos en los que los cónyuges no están de acuerdo. Por tanto se seguirán rigiendo por el mismo sistema, aunque éste no sea el más adecuado para la situación en que se encuentran. Este es el único obstáculo que podemos señalar en cuanto a la modificación del régimen económico matrimonial.

De la reforma de los artículos referentes a las capitulaciones matrimoniales se deduce, que existe una nueva causa que hay que añadir a las ya mencionadas de la liquidación de la sociedad de gananciales, y es que los cónyuges de mutuo acuerdo hagan por primera vez capitulaciones matrimoniales - constante matrimonio, y establezcan otro sistema económico diferente, o bien que modifiquen las anteriores para lograr así la extinción de la sociedad de gananciales si era el régimen pactado.

Esta nueva causa no ha sido recogida en el artículo 1417 del Código Civil, y se debe a que el legislador no ha modificado este precepto en ningún sentido después de la Ley de 2 de Mayo de 1975, y como consecuencia su redacción sigue siendo la misma.

Ello no significa que los artículos 1315 y siguientes se contrapongan al precepto 1417, sino que junto a las causas reguladas por dicha norma del Código Civil, hay que tener en cuenta esta otra. El que no se haya incluido este motivo en el precepto al que estamos haciendo referencia se debe a un lapsus del legislador, ya que al haber sido modificados sólo unos artículos se olvidaron de poner en relación aquellos otros que tienen una concomitancia con los primeros, pero no a que exista una contraposición entre los mismos.

La causa no incluida en el artículo 1417 del Código Civil es la única que da lugar a liquidar la sociedad de gananciales, sin que para ello sea necesario que se disuelva el matrimonio o que se produzca una separación judicial, resolviendo así los problemas económicos que se planteaban en la separación de hecho.

Tampoco ha sido modificado el artículo 1394 del Código Civil que hace referencia a la renuncia de la sociedad de gananciales, señalando que no cabe durante el matrimonio excepto en el caso de la separación judicial. A lo cual hay que añadir que se puede renunciar por acuerdo mutuo del marido y de la mujer.

Esta reforma relativa a las capitulaciones matrimoniales ha supuesto un gran avance en todo el tema de la separación de hecho, principalmente en su aspecto económico.

3. El Proyecto de Ley de Régimen económico del matrimonio

El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de régimen económico del matrimonio introduce numerosos cambios en todo lo relativo a este tema. Pero ahora únicamente vamos a hacer referencia a lo concerniente a la sociedad de gananciales en relación con la separación de hecho matrimonial.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley dice: " El respeto a lo que de más medular y permanente tiene la tradición, no ha impedido realizar una profunda reforma y modernización de la sociedad de gananciales, tanto desde el punto de vista de la formulación y las soluciones técnicas como de la adaptación a su fin propio de ser el régimen de los matrimonios que conviven en armonía, lo cual ha conducido a articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad. Estas, junto con la libertad de otorgar capitulos después de la boda, han de obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio ".

Como ya hemos señalado, el Proyecto establece que la administración de la sociedad de gananciales será conjunto entre el marido y la mujer, y en caso de discrepancia o impedimento de alguno de los cónyuges se podrá acudir al juez.

Con respecto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales este Proyecto salvará los obstáculos que quedan todavía tras la reforma del Código Civil por Ley de 2 de Mayo de 1975.

Tenemos que señalar que el artículo 1417 del Código Civil quedará modificado por el artículo 1392 del Proyecto, que está redactado de la siguiente forma: " La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

- 1º - Cuando se disuelva el matrimonio
- 2º - Cuando sea declarado nulo
- 3º - Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges
- 4º - Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código "

El número 4 º de este precepto hace alusión a que los esposos de común acuerdo convengan un régimen económico diferente al de la sociedad de gananciales, y ello se hace a través de las capitulaciones matrimoniales. Apartado que no recoge el actual artículo 1417 del Código Civil, que como ya indicamos, se debe a un olvido o lapsus del legislador, pero que quedará subsanada, debido a que se recoge este supuesto en el Proyecto, y por tanto quedará regulado una vez que se apruebe el mismo.

El artículo 1393 del mismo Proyecto dice: " También concluirá por decisión judicial la sociedad legal de gananciales, a petición de uno de los cónyuges en alguno de los casos siguientes:

- 3º- llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar "

Este motivo evitará el problema de que si los cónyuges separados de hecho no se ponen de acuerdo para concluir la sociedad de gananciales, es suficiente el trascurso de un año desde que se produjo la separación de hecho, para-

que uno de los esposos pueda pedir que se liquide dicha sociedad, y pasar automáticamente al régimen de separación de bienes. De esta forma se salvará el inconveniente que actualmente puede plantear tanto el marido como la mujer de no querer liquidar la sociedad legal de gananciales.

Aunque surgirá otro obstáculo, pero de menos envergadura, que será 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 precepto. Esto 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 supuesto habrá que tener en cuenta cuándo los esposos dejaron de convivir, esto es, de tener el mismo domicilio, y desde entonces contar un año. No obstante esta última solución puede presentar alguna dificultad, porque no exista ningún documento que lo acredite, con lo que habrá de recurrir a un aproximado o presentar pruebas que así lo demuestren.

III. CONCLUSION

Podemos decir como conclusión, que el problema económico que plantea toda separación de hecho para los matrimonios que estaban sometidos al régimen de sociedad de gananciales, ha quedado superado después de la Ley de 2 de Mayo de 1975, puesto que es posible realizar por vez primera o modificar los capítulos matrimoniales y consiguientemente cambiar el régimen económico conyugal, durante el matrimonio. La única dificultad que se puede presentar es en el supuesto de que los esposos no se pongan de acuerdo, pero ello se podrá subsanar a través del número 3º del artículo 1393 del Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio, una vez que éste queda aprobado.

COMPRAS CON PRECIO APLAZADO

La mujer casada puede hacer compras sin necesidad de licencia marital, - desde la Ley de 2 de Mayo de 1975. Dentro de las compras caben tres supues - tos:

- 1º - Que el precio de la compra se haya pagado por completo en el momen - to del contrato. El artículo 1401 nº 1 del Código Civil dice que - los bienes son gananciales, si la compra se hace con dinero común; - y el artículo 1396 nº 4 del mismo Texto Legal señala que son priva - tivos si la compra se hace con dinero del marido o de la mujer. El - Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio según el artícu - lo 1347 nº 3 señala que: " Son bienes gananciales: los adquiridos a - título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos ". Y en el nº3 del artículo 1346 dice: " Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges: los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privati - vos ". La Ley para definir ésto atiende a la subrogación real y - prescinde de la forma en que haya actuado el esposo comprador.
- 2º - Que el precio de los bienes haya quedado totalmente aplazado, no se puede conocer a qué patrimonio pertenecen éstos, no resolviendo el - problema los artículos anteriores.
- 3º - Que el precio de la compra haya quedado aplazado en parte, y en el - supuesto de que no exista duda sobre la cantidad entregada a cuenta, conocemos a qué masa patrimonial pertenecen los bienes. Pero los - preceptos 1401 y 1396 del Código Civil no indican si este único - elemento sirve para calificar la masa de los bienes o hay que es - perar a que el precio se pague por completo.

El primer caso no origina ningún inconveniente, ya que el ordenamiento ju - rídico determina la naturaleza de los bienes. La dificultad se presenta en -

los dos últimos supuestos, y sobre todo, en el caso de que haya una separación de hecho matrimonial, puesto que las cosas compradas con precio aplazado por uno de los cónyuges presentaban problemas para determinar su naturaleza ganancial o privativa, si la compra se ha efectuado con dinero de ambas clases.

Para resolver el problema piensa CAMARA (1) que hay que determinar, si es necesario calificar definitivamente la adquisición como privativa o ganancial, desde el momento mismo en que se produce la compra o es posible una calificación provisional susceptible de ser modificada posteriormente. Si la calificación es definitiva desde un primer momento, hay que distinguir si se ha comprado con precio totalmente aplazado, en este caso es propietario el cónyuge comprador, salvo que haya dicho que la compra es para la sociedad de gananciales. Si se ha comprado con precio aplazado en parte, la naturaleza del bien dependerá de que el dinero con que se pague sea privativo o ganancial. Entiende el mismo autor (2) que estas soluciones no son correctas, porque en el caso de aplazamiento total del precio, si el comprador obró en su propio nombre, y el precio se hace con fondos comunes, infringe el artículo 1401 n° 1 del Código Civil.

Algunos autores impugnan este fundamento, diciendo que no se paga con fondos de la sociedad de gananciales, sino que nace un crédito a favor de dicha sociedad y aparece como deudor el cónyuge que haya comprado.

CAMARA (3) se opone a este argumento, porque ello daría lugar a que se crearan patrimonios peculiares a trueque de convertir el activo de la socie-

(1)- DE LA CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil, 1969 (Separata) Pág. 53 y 54

(2)- DE LA CAMARA. Ob. Cit. Pág. 53

(3)- DE LA CAMARA . Ob. Cit. Pág. 54

dad en un conjunto . Si fuera lícito que los cónyuges adquiriesen mediante-anticipos de la sociedad de gananciales, se iría en contra del artículo — 1401 n° 1 del Código Civil que señala que los bienes adquiridos con el caudal común son gananciales, aunque la adquisición se haga en nombre de un sólo cónyuge. La calificación inicial del bien tiene un carácter provisional, y lo comprado por la mujer en su propio nombre será parafernial, porque el único—patrimonio vinculado por razón del aplazamiento del precio es el suyo. Pero—si después la cosa se paga con fondos comunes, deviene en ganancial.

Esta postura no nos parece aceptable porque la calificación provisional—podría causar perjuicios a terceros al ser posible el cambio de la naturaleza económica del bien. Además la Resolución de la Dirección General de los —Registros y del Notariado de 21 de Abril de 1930, va en contra de los ante—rior porque:

- 1º — La inscripción no se puede extender a actos y relaciones futuras,— porque una deuda se puede extinguir por pago, pero también por otras causas, como condonación, confusión, etc.
- 2º — El precio no se puede descomponer en dos partes, como si fuese sa—tisfecho por dos personas jurídicas distintas, puesto que no hay —varios adquirentes, sino uno sólo.

Si la cosa se compra con dinero aplazado sólo en parte, puede ocurrir que la primera entrega se haga con dinero privativo y por tanto el bien tendrá —esta naturaleza. Pero si la segunda entrega se hace con dinero ganancial —¿ qué ocurre ? Algunos autores opinan que la primera entrega determina el—carácter del bien, pero no estamos de acuerdo con ésto, porque puede ocurrir que el primer pago sea inferior en cantidad a los siguientes, con lo cual se produciría un enriquecimiento injusto, bien para uno de los cónyuges, bien —para la sociedad conyugal, a pesar de que se produzca un crédito a favor de—quien haya prestado el dinero.

Rechazada esta solución caben dos hipótesis:

- 1º - La cosa comprada pertenece pro indiviso al cónyuge que la ha adquirido y a la sociedad de gananciales, en la misma medida en que se ha contribuido al precio; esta solución es apoyada por MANRESA y COSSIO.
- 2º - El artículo 1396 nº 3 del Código Civil, dice que son privativos los bienes adquiridos por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges. Y de acuerdo con el precepto 1446 del Código Civil que señala que cuando el precio consista parte en una cosa, - parte en dinero, el contrato se calificará de permuta o compraventa según que el valor de la cosa entregada como precio no supere al — del dinero dado a cambio, salvo intención manifiesta en contrario de los contratantes.

Por analogía con este artículo, el bien será privativo de un cónyuge cuando la cantidad que haya entregado sea superior a la de la sociedad de gananciales, y tendrá un crédito contra dicha sociedad. En caso contrario el bien será ganancial y el crédito nacerá - a favor del cónyuge comprador. Hasta que no se haya entregado el — precio total, y se conozca qué cantidad es mayor, la cosa quedará - provisionalmente asignada al patrimonio de donde proceda la cosa o el dinero entregado a cuenta.

Las normas hipotecarias que regulan la proyección registral de la sociedad de gananciales no excluyen la rectificación del carácter que se haya atribuido en la inscripción a los bienes inmuebles de los cónyuges.

Otro sector de la doctrina dice que se determina la naturaleza del bien en el momento del perfeccionamiento del contrato, es decir, según que en ese momento el bien se haya pagado con dinero privativo o ganancial. Se basan en que la compraventa es un contrato consensual y se perfecciona con el conseq

timiento sin necesidad de que se haya pagado el precio.

También suscita reparos la teoría del perfeccionamiento del contrato, - porque puede originar un enriquecimiento injusto, ya que no nos parece propio que se tenga en cuenta para determinar la naturaleza de la cosa comprada el- que el contrato de compraventa se haya perfeccionado en el momento en que - parte del bien se haya pagado con una u otra clase de dinero.

Manifiesta LACRUZ que hay que tener en cuenta la intención del comprador. A lo que hay que objetar que es muy difícil, por no decir imposible, saber - cuál es la intención del comprador a no ser que se manifieste.

A nuestro juicio la postura acertada es la basada por analogía en el artículo 1446 párrafo 2º del Código Civil: "... se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en caso contrario". El bien será privativo o ganancial según que en la cantidad de dinero entregado domine el de una naturaleza o el de otra. Así, si se ha pagado la mayor parte del bien con dinero de la sociedad de gananciales, éste será ganancial y si se ha pagado con dinero privativo de la mujer, el bien será parafernial; aunque desaparecerá esta denominación una vez que se haya aprobado el Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio, llamándose a partir de ese momento bien privativo. No obstante nace un crédito a favor de la parte que haya prestado el dinero.

El Código Civil, como hemos comprobado, no regula esta clase de supuestos, lo que origina que en la práctica se originen numerosos problemas, y que éstos tengan gran trascendencia cuando se presentan situaciones anormales del matrimonio. No obstante, el Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio, sí se ocupa de estos supuestos. El artículo 1354 del Proyecto recoge el caso de que se adquiera un bien, sin ninguna clase de plazos, con dinero-

ganancial y privativo; pertenecerá éste pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción a lo que hayan aportado. Dice así: " Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas ".

El artículo 1356 del Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio ha sufrido diversas modificaciones. La primera redacción que fue la presentada por el Gobierno al Congreso de Diputados, decía: " Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio parcialmente aplazado, tendrá naturaleza ganancial:

1º - Si el primer desembolso tuviere tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo.

2º - Si no resultare haberse satisfecho con dinero propio por lo menos, - la mitad del precio total, aunque el primer plazo o entrega tuviese carácter privativo ".

Se desprende de este precepto que la regla general era determinar el bien como ganancial, porque en el primer caso predomina la vía atractiva del primer pago que es ganancial frente a los demás que pueden ser privativos. Mientras que el segundo apartado no se rige por la misma regla, ya que si el primer pago tiene carácter privativo para que el bien adquirido goce de esa naturaleza, es necesario que la mitad del desembolso se haga con dinero de este carácter; Pensamos que se debió a que la compra se realizaría existiendo sociedad legal de gananciales, y que por ello había de primar el carácter ganancial de los bienes al de privativo.

Este precepto tuvo una enmienda presentada por el Grupo parlamentario de la Minoría Catalana a los efectos de suprimir el apartado 2, consiguiente de desaparición del número ordinal 1º y añadiendo un segundo párrafo, quedando redactado de la siguiente forma: " Los bienes adquiridos por uno de los cón-

yuges, constante sociedad, por precio parcialmente aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviere tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo.

Contrariamente, si el primer desembolso tuviese carácter privativo, el bien será de esa naturaleza".

JUSTIFICACION: "Estimamos gravemente perturbador para el tráfico jurídico, para la seguridad de terceros y aún de los propios cónyuges, y germen de conflictos la existencia de la frase cuya supresión se solicita que consagre la automática mutabilidad del carácter de un bien por el mero hecho del cumplimiento de la obligación que es la contraprestación por quien se ha comprometido a ella.

Además de este motivo estimamos injusto el precepto para el cónyuge obligado. No parece justificado que alguien deba responder por las obligaciones contraídas privativamente por su condición cónyuge, por el mero hecho de que éste no cumpla ya que haya contraído la obligación de modo indiviso. Se introduce una especie de solidaridad que no parece justificada. Si los cónyuges han determinado que tienen la posibilidad de adquirir algo, constante matrimonio, de modo privativo, lo cual se hace constar y es conocido del otro contratante; obviamente, debe respetarse este carácter sin contradecirlo transitoriamente, haciéndolo depender del cumplimiento de la prestación de pago por el obligado, la cual de algún modo se trasvasa sin justificación a la sociedad de gananciales.

La redacción del Proyecto, por otro lado, deja pendiente siempre la calificación de la naturaleza de un bien determinado al momento posterior, "incertus an, incertus quando", cual es la determinación del dinero con el que se ha pagado la mitad del precio. Queda, hasta que llega este momento, la naturaleza del bien en una categoría incierta e híbrida atentatoria a la seguridad del tráfico".

(4)- Enmiendas al Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, Congreso de los Diputados. Enmienda nº 374. Pág. 100

El artículo quedó redactado de la siguiente forma después del dictamen - emitido por la Comisión de Justicia (5): " Los bienes adquiridos por uno so lo de los cónyuges, constante sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tu viere carácter privativo, el bien será de esa naturaleza ".

Este artículo fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, - sin hacer ninguna modificación al texto emitido por la Comisión de Justicia, por lo tanto ha entrado con igual redacción en el Senado.

El precepto 1356 del Proyecto de Ley quedó modificado siguiendo la línea marcada por la enmienda presentada por el Grupo parlamentario de la Minoría-Catalana, lo cual nos parece más lógico que la redacción originaria, no sólo por las razones expuestas por este Grupo, sino también porque se iguala la - forma de determinar la naturaleza de un bien comprado con dinero de diversas clases y a plazos, sin dar preferencia a la vía atractiva del dinero gananc - cial.

El artículo 1357 del Proyecto de Ley no ha sido enmendado y continúa con su primitiva redacción, dice así: " Los bienes comprados a plazos por uno - de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter priv tivo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con - dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiar, respecto de los cuales se - aplicará el artículo anterior ". En este precepto los bienes son privativos, debido a que el primer pago se lleva a cabo con dinero de uno de los cóny - ges, no existiendo todavía la sociedad de gananciales. Este es el criterio - que ha seguido el último inciso del artículo 1356 del Proyecto de Ley, en su

(5)- Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. 1 de Diciembre de 1980

actual redacción, siempre que el primer desembolso se efectúe con dinero — privativo, a pesar de que se adquiere el bien durante la sociedad de gananciales.

Estos preceptos determinan la naturaleza de un bien, cuando se compra a plazos, resolviendo los numerosos obstáculos que se presentan actualmente en la separación de hecho matrimonial, para conocer si un bien es privativo del marido o parafernial, (una vez aprobado el Proyecto de Ley se denominarán — también privativos de la mujer), o ganancial, pues depende que su naturaleza sea una u otra, la administración, disposición, etc... la tendrá uno u otro esposo o será compartida por ambos. También es importante conocer el carácter del bien en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, para adjudicárselo al marido o a la mujer.

El artículo 1368 del Proyecto de Ley de 14 de Septiembre de 1979 señala: " Cuando, conforme a este Código, los bienes sean privativos o gananciales, — con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, — del caudal común o del propio ". Este precepto tuvo una enmienda presentada por el Grupo Centrista — U C D — (6).

La Comisión de Justicia en su dictamen añadió un inciso final a este precepto, quedando redactado de la siguiente manera: " Cuando, conforme a este Código, los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación " .

(6) — Enmiendas al Proyecto del Ley sobre modificación del Código Civil — en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Congreso de los Diputados. Enmienda nº 419. Pág. 117

El mismo texto ha pasado al Senado sin ninguna modificación.

Nos parece muy acertada esta introducción, porque ello no supone una pérdida de valor para el patrimonio que ha concedido el crédito.

ACCIONES ADQUIRIDAS EN VIRTUD DE UN DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

Se nos presenta el problema de determinar si el derecho de suscripción preferente es ganancial o privativo de la mujer, siempre que las acciones sean bienes parafernales o privativos de ésta.

Si el derecho de suscripción preferente es ganancial, su ejercicio corresponderá al marido, que es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo estipulación en contrario, según señalan los artículos 59 y 1412 del Código Civil. El marido, en este supuesto, podría vender el cupón, aunque la acción matriz perteneciera privativamente a la mujer, y las nuevas acciones serían gananciales, quedando sujetas a su poder.

Si, por el contrario, el derecho de suscripción preferente fuera privativo, las nuevas acciones obtenidas en virtud del mismo también lo serían, con lo cual la mujer podría suscribir nuevos valores, vender el derecho de suscripción y las acciones que hubiera suscrito mediante su ejercicio, además de tener la administración y disposición sobre las mismas.

Nos tenemos que preguntar si estas nuevas acciones son privativas o gananciales. La respuesta tiene gran importancia, sobre todo en los casos de separaciones matrimoniales de hecho. Porque si tienen naturaleza privativa, corresponde a la mujer casada la administración y disposición de las mismas; sin embargo, si son gananciales estas facultades las tiene el marido.

I. DETERMINACION DE LA NATURALEZA DE DICHAS ACCIONES

La doctrina científica no mantiene una postura unánime con relación a la naturaleza de las acciones que se adquieren en virtud de un derecho de suscripción preferente.

Un sector opina que el carácter de estas acciones es el de ser bienes gananciales porque:

1º - Las nuevas acciones son frutos de las antiguas, teniendo en cuenta el artículo 1401 nº 3 del Código Civil, porque su contravalor está representado en todo o en parte por beneficios acumulados y no repartidos, y la emisión de las nuevas acciones se liberan con cargo al fondo de reserva. Esta tesis fue mantenida por el Tribunal Supremo, y aunque ahora ha habido alguna sentencia opuesta, sería engañoso creer que la solución jurisprudencial del problema ha cambiado radicalmente.

Esta teoría es criticada por CAMARA (1) porque dice que lo que caracteriza a los frutos es su separabilidad. El producto empieza a ser fruto desde que su propietario puede separarlo de la cosa matriz; pero cuando con cargo al fondo de reserva se amplía el capital y las nuevas acciones se entregan liberadas a los accionistas es precisamente lo contrario. La nueva acción que se entrega al socio no es fruto de la antigua, es el desdoblamiento real de la cuota del socio, aunque formalmente aparezca representada por dos títulos. Cada una de las acciones tiene por objeto el patrimonio de la sociedad y recaen sobre todos los elementos incluidos los beneficios no repartidos y las reservas acumuladas. Si el accionista vende las nuevas acciones obtiene indirectamente su parte en los beneficios, perdiendo su participación en la sociedad con sus consecuencias políticas y económicas, lo que va en contra de las características de los frutos, que es que su percepción no altera la sustancia de la cosa fructífera.

Si se emiten acciones liberadas con cargo a las reservas, soste

(1)- DE LA CAMARA, " La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil (Separata), 1969. Pág. 67

niendo que las nuevas acciones son fruto de las antiguas, la interpretación de la sociedad conyugal causa al cónyuge accionista unos perjuicios, y se enriquece la sociedad de gananciales con algo que no es suyo.

Las acciones adquiridas en virtud de un derecho de suscripción preferente son una accesión o prolongación de las antiguas.

Para decir que las nuevas acciones son gananciales, habría que interpretar extensivamente el artículo 1401, n.º 3 del Código Civil que dice que: " Son bienes gananciales: Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges". Pero hay una excepción a este precepto que es una regla general en el derecho de propiedad, y es que el aumento de valor de las cosas, sus incrementos cualitativos, los rendimientos y los beneficios que se derivan de ellos pertenecen al dueño de la cosa. Por tanto este artículo hay que aplicarlo en sentido estricto.

2º - Algunos autores consideran que dichas acciones son gananciales, a tenor del artículo 1401 n.º 1 del Código Civil siempre que concurren estos dos requisitos:

- 1 - que las nuevas acciones se emitan contra nuevas aportaciones.
- 2 - que el desembolso se haga con dinero ganancial o presuntamente ganancial.

No estamos de acuerdo con el segundo punto, porque a pesar de que se tuviera que tener en cuenta para determinar la naturaleza de las acciones adquiridas en virtud de un derecho de suscripción preferente, la clase de dinero con el cual se han comprado, caben tres supuestos:

- 1 - Que la adquisición de éstas sea gratuita, porque se haga en razón del fondo de reserva, lo que da lugar a que si las —

acciones antiguas son bienes privativos, las nuevas también lo son.

- 2 - Si las nuevas acciones se adquirieren con dinero privativo de la mujer siguen la misma naturaleza que las antiguas, es decir que también son privativas. Porque si las antiguas acciones son de la mujer y el derecho de suscripción preferente se paga con dinero particular de ésta, se aplica el artículo 1396 n° 4 del Código Civil: " Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido ".
- 3 - La duda se plantearía en el tercer supuesto, que se refiera a que las nuevas acciones se compren con dinero ganancial. Podrían ser estas acciones gananciales, ya que se han adquirido con dinero de esta naturaleza. Aunque no obstante, si el valor real de las nuevas acciones es superior a su valor nominal, y no hay prima o ésta es insuficiente, la adquisición de las nuevas acciones aunque tenga lugar con dinero ganancial, es no sólo para la sociedad conyugal, sino también para el patrimonio privativo de la mujer. Porque una parte del valor de las viejas acciones, propiedad de la mujer, se transfiere a las acciones nuevas, y por tanto la adquisición de éstas tiene lugar parcialmente a costa del dueño de las primeras. El principio de subrogación real sólo desplaza las nuevas acciones hacia el patrimonio común en la medida en que ha contribuido a su adquisición. Lo procedente es repartir las nuevas acciones entre la mujer y la sociedad de gananciales. Pero consideramos que ello ocasionaría un enriquecimiento injusto para la sociedad conyugal, ya que se aprovecharía de un derecho que le corresponde al titular de la acción, que es la mujer. Además, originaría un perjuicio a ésta, porque al perder la titularidad de las nuevas

acciones, deja de tener una serie de derechos políticos y económicos que le corresponden. Por tanto estimamos que la solución sería un crédito a favor de la sociedad de gananciales que la mujer tiene que pagar cuando se disuelva la misma. Esta tesis es la que sigue el Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio que dice en el apartado 2º del artículo 1352: " Si para el pago de la suscripción se utilizaran fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho ".

Otros autores piensan, por el contrario, que la naturaleza de las acciones adquiridas como consecuencia de un derecho de suscripción preferente es privativa, porque:

1º - Se busca la analogía, basándose en el artículo 1396, nº 3 del Código Civil, entre el derecho de suscripción preferente y el derecho de retracto. Como los bienes adquiridos en virtud del derecho de retracto son privativos, aunque el dinero necesario para su ejercicio lo haya pagado la sociedad de gananciales, las nuevas acciones tienen un carácter privativo.

Para CAMARA (2) esta analogía no es clara, porque el artículo citado es una excepción a la regla general, y la aplicación analógica de las normas que formulan excepciones a otra de carácter general no es imposible, pero hay que juzgar la ratio iuris que justifica la excepción se puede referir al supuesto no contemplado por la norma; y aquí no está clara la identidad de la ratio.

2º - Aplicación del artículo 1404 nº 1 del Código Civil, y se considera que el desembolso que apareja la suscripción es una expensa útil -

(2)- DE LA CAMARA. Op. Cit. Pág. 67

hecha en las acciones antiguas propiedad de la mujer. Aunque el artículo 1401 n° 1 señala que las expensas son gananciales, hay que distinguir entre expensas como gastos y mejora como resultado, para determinar que sólo la primera es ganancial.

CAMARA (3) piensa que el artículo 1404 del Código Civil no sirve para demostrar que las nuevas acciones sean un bien privativo. - Aunque para determinar la naturaleza privativa o ganancial de las acciones adquiridas en base a un derecho de suscripción privativa, pero desembolsadas con dinero común, hay que tener en cuenta el artículo 1404 n° 1 y por tanto aplicar el principio de subrogación real. Continúa diciendo el mismo autor (4) el contravalor de las nuevas acciones está representado únicamente por el importe del desembolso, y son gananciales, porque:

- 1 - No se puede eludir la aplicación del artículo 1404 n° 1 del Código Civil.
- 2 - Porque la mujer podía haber adquirido las nuevas acciones - mediante el desembolso de su propio dinero, y al no hacerlo es porque no quiere o no puede.

Consideramos que el derecho a suscripción preferente tiene carácter privativo, por varios motivos:

- 1° - La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1947, ha abordado este problema, y considera que no es factible admitir la infracción del artículo 471 del Código Civil, en relación con los artículos 354 y 355; y 467, 468, 470 y 471, todos ellos del propio Cuerpo Legal, que se denuncie al efecto, sosteniendo que el derecho de nuevas acciones atribuido a los accionistas de una Sociedad Anónima

(3)- DE LA CAMARA. Ob. Cit. Pg. 72

(4)- DE LA CAMARA. Ob. Cit. Pg. 73

es fruto de las antiguas, por cuanto aún prescindiendo de la periodicidad en la producción de los frutos, que no es esencial a la consideración de tales, según evidencia el artículo 475 del Código Civil, en su párrafo 2º, al referirse al goce de los beneficios que diere una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviere vencimiento fijo, el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las acciones antiguas cuyo fruto o producto son los diversos repartos a los accionistas o prestaciones que — tengan igual carácter.

La atribución del derecho a suscribir las acciones nuevas a los nudo propietarios responde a consideraciones de equidad, que no pueden ser desconocidas y que han sido reiteradamente expuestas por la doctrina científica como son las de que debe buscarse el equilibrio entre las ventajas y los riesgos, y si la sociedad derrama un dividendo pasivo sobre el capital, éste lo soporta el propietario y no el usufructuario, y si la acción pide para aquél, no para éste en cuanto es representación del capital, parece natural atribuir al — propietario la ventaja que da la propiedad de las acciones nuevas, — ya que siendo los antiguos accionistas los primeros en arriesgar su capital resulta lógico conferirles el aumento de ese capital representado por las nuevas acciones y, por lo tanto, el derecho a suscribirlas.

No teniendo el derecho a suscripción de las nuevas acciones el carácter de fruto, debe ser desestimado todo motivo de casación en el ...

- 2º - El artículo 41 nº 1 de la Ley de Sociedades Anónimas señala: " En el caso del usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo

y que se reparten dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario de las acciones ". De este artículo deducimos que el derecho de suscripción preferente corresponde al nudo propietario. E interpretando el nudo propietario como el titular de las acciones, en este caso la mujer; y el usufructuario como la sociedad de gananciales, estimamos que el derecho de suscripción preferente corresponde a la mujer titular de las acciones, y por tanto el derecho de suscripción tiene carácter privativo.

3º - Si tenemos en cuenta el principio general de que todo incremento - que se derive de una cosa tiene la misma naturaleza que ésta, podemos decir que el elemento accesorio, en este caso la nueva acción tiene que tener el mismo carácter y naturaleza que el elemento principal - que es la acción matriz. Y si la acción matriz es un bien privativo, la acción que se ha adquirido en virtud del derecho de suscripción preferente es también privativo de la mujer. El artículo 1404 nº 2 del Código Civil es una excepción al caso anterior, porque el elemento accesorio no sigue al principal, es decir, el edificio al suelo. Hay una accesión a la inversa, porque a tenor del artículo - 358 del Código Civil, lo que se planta o se construye sigue la naturaleza del suelo, y en este supuesto no se da. Pero el artículo - 1404 nº 2 tiene un carácter restrictivo y sólo cabe en este caso.

4º - En toda acción tenemos que distinguir el derecho de suscripción preferente y el dividendo. El primero consideramos que tiene naturaleza privativa; sin embargo el dividendo es el beneficio o interés que produce esa acción y es ganancial, ya que así se deriva del artículo 1401 nº 3 del Código Civil.

5º - El artículo 1352, apartado 1º del Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen ecg

nómico del matrimonio expresa: " Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritas como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Así mismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir".

- 6º - Del artículo 166 del Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se deriva que el derecho de suscripción preferente pertenece a los hijos, siempre que sean titulares de las acciones, a pesar de que la administración y disposición de este derecho corresponde a los padres.

Por lo tanto, por analogía, si la mujer casada es titular de acciones, le corresponde a ella el derecho de suscripción preferente. Y al ser las acciones bienes privativos, también ha de serlo el derecho de suscripción preferente. Pero se diferencia de lo anterior en que la administración de los bienes parafernales corresponde a la mujer a tenor del artículo 1384 del Código Civil, al igual que la disposición de los mismos según el artículo 1387 del mismo Texto Legal, precepto que fue modificado por la Ley de 2 de Mayo de 1975.

II. CONCLUSION

Pensamos que el derecho de suscripción preferente tiene carácter privativo, siempre que las acciones tengan esta naturaleza, puesto que este derecho corresponde al titular de la acción, porque el propietario de la acción está legitimado para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, debido a que los derechos derivados de la condición de accionista acompañan a la propiedad del título. De ello se deduce que el derecho de suscripción preferente derivado de acciones parafernales o privativas corresponde exclusivamente a la mujer, la cual si suscribe los nuevos títulos se convierte en titular -

de las nuevas acciones que se le entregan, y queda legitimada para ejercitar los derechos que éstas llevan consigo.

Como consecuencia de ello las acciones que se adquirieran en virtud de este derecho gozan de su misma naturaleza, tanto si han sido compradas con dinero que pertenezca a la mujer, como si es de la sociedad conyugal, en cuyo caso nace un crédito a favor de la sociedad de gananciales, porque las acciones - por el principio de accesión siguen el carácter de la cosa principal, esto es, del derecho.

LOS BIENES PARAFORENALES Y LA SEPARACION DE HECHOI. CONCEPTO

Los bienes paraforenales son aquellos que la mujer aporta al matrimonio, sin incluirlos en la dote, y los que adquiere durante éste, sin añadirlos a ella, artículo 138 del Código Civil.

La propiedad de estos bienes pertenece a la mujer, según el artículo 1382 del mismo Texto Legal, así como la administración de los mismos.

Las facultades de la mujer casada con respecto a sus bienes paraforenales se ampliaron a partir de la Ley de 2 de Mayo de 1975, en base al principio de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges. La Exposición de Motivos de dicha Ley expresa: " Por lo que se refiere al régimen de los bienes paraforenales, en contraste con las anteriores limitaciones, se ha establecido que la mujer puede disponer por sí sola de tales bienes, puede comparecer en juicio con el fin de litigar respecto de ellos y que el marido sólo puede ejercitar acciones en orden a dichos bienes como apoderado de su mujer ".

Esto supone un paso adelante no sólo para la mujer casada que viva con su marido, sino también, y sobre todo, para la mujer separada pues significa que puede disponer de sus bienes paraforenales sin licencia de su marido, puesto que la licencia marital fue suprimida por la misma Ley. Al otorgar a la mujer estas facultades se le ha concedido una libertad total para los actos de disposición y de administración, no siendo necesario que el marido intervenga en lo relativo a esta clase de bienes.

El Proyecto de Ley en materia de régimen económico de matrimonio suprime los bienes paraforenales en acatamiento del principio de igualdad, denominándose se tanto los bienes del marido como de la mujer, bienes privativos. La Exposi

ción de Motivos del Proyecto, dice: " De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más traba que la respectiva contribución a las cargas familiares o a las derivadas del hecho de no ser suyo, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge ".

II. ADMINISTRACION DE LOS BIENES PARAFERNALES

La administración de los bienes parafernales corresponde a la mujer excepto en dos casos:

- 1º - Que se conceda la gestión administrativa al marido bien de una forma expresa o tácita, que es lo que sucede a menudo.
- 2º - Que se entreguen los bienes parafernales al marido ante notario, esto en la práctica no sucede con frecuencia. No hay que confundir este supuesto con la entrega expresa al marido para que haga la gestión administrativa, aunque el poder para administrar se haya conferido en escritura pública.

La doctrina científica admite que al administrar la mujer sus bienes parafernales se tiene que entender implícitamente concedida la facultad de contratar sobre los mismos mientras no excedan los actos de la pura administración (1).

(1)- LACRUZ. "Derecho de Familia. La familia y su economía". Edit Bosch. Barcelona. 1963. Pág. 425
 DE CASTRO. "Derecho Civil de España" T.II. vol.I. Edit. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952. Pág. 263
 CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil (Separata). 1969. Pág. 134

También la jurisprudencia tuvo como objeto ampliar la autonomía patrimonial de la mujer casada y devolver a la institución de los bienes parafernales su propia significación, reconociendo en diversas sentencias como la de 8 de Noviembre de 1898; 20 de Diciembre de 1902, 16 de Octubre de 1918; 14 de Enero de 1918... que a la mujer le competía la libre administración, en sentido económico, de sus bienes parafernales, pues si no tuviese cierta autonomía su facultad de administrar resultaría ilusoria.

La reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 2 de Mayo de 1978 modificó diversos preceptos referentes a los bienes parafernales. Aunque no se cambiaron los que regulaban la administración de dichos bienes, si se aumentaron las facultades de la mujer, pues a partir de esa fecha podía disponer de los mismos, así como comparecer en juicio y litigar sobre sus bienes parafernales, con lo cual ya no se tiene por qué plantear ninguna duda sobre cuál es la extensión y hasta dónde puede llegar la administración por parte de la mujer, ya que junto a esta facultad hay que añadir las otras.

Con ello se han igualado los derechos de la mujer casada sometida al Derecho Común, a los que ya tenía la mujer casada sometida al Derecho Foral Catalán con respecto a sus bienes parafernales, según el artículo 49, número 2 de la Compilación Catalana que establece: " La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio... ".

Así se ha logrado que cuando se produzca una separación de hecho matrimonial, la mujer separada de facto pueda no sólo administrar sus propios bienes, sino también pueda disponer sobre los mismos, con lo cual no necesita que su marido le confiara ningún poder o autorización para poder hacerlo. Además, si durante el matrimonio, los bienes parafernales no quedan absorbidos por éste, en el momento en que se produzca la separación de hecho, es más lógico que la mujer que se encuentra en esta situación tenga plenas facultades sobre los mismos.

En los casos en que la mujer casada haya entregado la administración — de los bienes parafernales al marido, bien de forma expresa o tácita, no — nos parece que exista ningún obstáculo para que éste se la restituya, si se produce una separación de hecho. Porque no hay ningún precepto que así lo prohíba, y de la misma forma que la mujer se la confió a él sin que existiera inconveniente, con más razón se la debe devolver ya que los bienes pertenecen a la mujer. Además, no supone ningún perjuicio para terceros, porque esta entrega no lleva consigo ninguna inscripción, y por lo tanto no cabe el que se pueda alegar que se comete un fraude o engaño a terceras personas.

Algunos autores piensan que esta situación es la de un apoderamiento conferido por la mujer al marido, un mandamiento tácito, que son las reglas del mandato las que regulan esto. Las acciones que el marido ejerce y los actos que realice como administrador serán eficaces como derivados del mandato, si bien exigirá la prueba de él. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido esta situación en la sentencia de 9 de Marzo de 1933, y lo ratifica en la de 16 de Marzo de 1934, en las cuales consideran que la mujer puede en cualquier momento retirar el mandato y recobrar la administración de sus bienes, y que cuando los cónyuges se separan las facultades del marido como mandatario expreso o tácito de su mujer, quedan revocadas.

Sin embargo sí que podría resultar algo problemática la devolución a la mujer de la administración de los bienes parafernales que ésta hubiera entregado a su marido ante notario.

La entrega de los bienes parafernales de la mujer al marido bajo fe de notario requiere una declaración en tal sentido, la recepción o aceptación de los mismos por parte del marido, y la determinación de los bienes cuya administración se transfiere. No se presume que la mujer que concede a su marido un poder general de administración, e incluso de disposición, tenga la voluntad de despojarse de la facultad de administrarlos.

Si se produce una separación de hecho, y al marido le ha sido entregada—

la administración de los bienes parafernales ante notario, la mujer no le puede exigir la devolución, aunque es posible que el marido consienta en devolverse los anticipadamente; La devolución anticipada de estos bienes parafernales, los convertiría en parafernales ordinarios, perdiendo el marido la facultad de administrarlos que volvería a la mujer.

Respecto a esta devolución de los bienes parafernales, la doctrina no mantiene un criterio unánime. Hay autores que estiman que es nula y convencional, y que el marido podría reclamar en cualquier momento los bienes que indebidamente restituyó, y recuperar la administración que sólo de hecho quedó interrumpida, esto es, durante tiempo que estuviera en poder de la mujer. También una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es contraria a esto, porque mantiene que la Ley quiere dejar aplazada la restitución para el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Mientras que otros sostienen, entre ellos ALBALADEJO (2) que la entrega de los bienes parafernales puede ser libremente revocada por la mujer, y por tanto la devolución anticipada y convencional es válida, excepto en el supuesto en que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales. FAUS ESTEVE (3) piensa que si la mujer entregó al marido la administración de los bienes parafernales, se debió a la confianza que le inspiraban las facultades de éste, y éstas pueden haber variado por hechos distintos y posteriores al matrimonio, y la separación de hecho generalmente lleva implícita la pérdida de la confianza. También DE LA CAMARA (4) opina que esta objeción no es definitiva y debe superarse porque:

- 1º - Si la restitución convencional de los parafernales supone una modificación del régimen económico conyugal, el mismo cambio se produce

(2)- ALBALADEJO. "Compendio de Derecho Civil" 2ª edic. Edit. Bosch. Barcelona, 1974, Pág. 525

(3)- FAUS ESTEVE. "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T.II. Madrid, 1946. Pág. 326

(4)- DE LA CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1969. Págs. 38 - 41.

cuando los parafernales administrados en un principio por la mujer son entregados bajo fe de notario al marido durante el matrimonio. Si es lícito un cambio de administración por parte de la mujer al marido, también tiene que serlo al contrario, es decir por parte del marido a la mujer.

- 2º - La entrega de los parafernales al marido, durante el matrimonio, si cambia el régimen económico de éste, no hace más que establecer una excepción al principio general de la inmutabilidad del régimen económico conyugal.

En primer lugar el Código Civil no prohíbe las alteraciones del régimen económico matrimonial, sino únicamente las modificaciones - postnupcias de lo pactado en capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto no se tiene que deducir que cualquier cambio respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges esté prohibida o sea ilícita.

Nos parecen muy acertadas las posturas mantenidas por estos autores, no sólo en base a los argumentos que sostienen, sino también porque la única excepción que señalan que determina que la devolución de los bienes parafernales no sea válida, es cuando la entrega de la administración de dichos bienes se haya estipulado en capitulaciones matrimoniales y ésta ha desaparecido. - Porque a partir de la Ley de 2 de Mayo de 1975, las capitulaciones se pueden hacer antes y después de la celebración del matrimonio, así como modificarlas durante éste, lo cual supone que el contenido de dichas capitulaciones es revocable, y por lo tanto puede ser alterado en cualquier momento por los cónyuges, siempre que ambos estén de acuerdo.

Así se puede quitar al marido la administración de los bienes parafernales, a pesar de haberlo estipulado en los capítulos, pero para ello es necesario hacer otros.

III. DETERMINACION DE LOS BIENES PARAFERNALES

Es difícil determinar en la sociedad de gananciales qué bienes tienen el carácter de parafernales y cuáles no, si no están debidamente individualizados, porque se presume que todos los bienes son gananciales mientras no se demuestre lo contrario, así lo indica el artículo 1407 del Código Civil, al igual que el artículo 1361 del Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio.

Este problema cobra mayor importancia, cuando se produce una separación de hecho matrimonial, porque como la mujer tiene la administración y disposición de los bienes parafernales, al contrario de lo que ocurre con los bienes gananciales cuya administración corresponde al marido, puede hacer con ellos aquello que crea más conveniente y le reporte mayores beneficios sin depender de ninguna otra persona. Por eso es importante poder demostrar ante terceros cuáles son los bienes que tienen esta naturaleza.

Los dos caminos que nos pueden conducir a la identificación o determinación de los mismos son:

- 1º - El conocimiento del carácter privativo de los mismos.
- 2º - La confesión del marido

1. CONOCIMIENTO DEL CARACTER PRIVATIVO DE LOS BIENES PARAFERNALES

La dificultad de conocer cuáles son los bienes parafernales se debe a que no se tomaron las precauciones necesarias con éstos para determinar su naturaleza; pues aunque en un principio sí se pueden señalar cuáles tienen éste carácter, posteriormente, debido a ventas u a otros actos, se llega a producir una confusión, sobre todo teniendo en cuenta la presunción del artículo 1407 del Código Civil.

Mostrar que unos bienes son parafernales no es difícil, si son fácilmente identificables, y se dispone de título de adquisición, pero este título es a veces equívoco. La dificultad de la prueba se acentúa cuando se trata de disponer de bienes fungibles, especialmente de dinero. El título equívoco lo constituye las compras efectuadas por la mujer con dinero de su pertenencia, pero sin justificar suficientemente esto, bien porque no se ha demostrado en absoluto, ni indicado que el dinero era suyo, , bien porque la prueba que se ha aportado es ineficaz o no se refuta completamente satisfactoria.

A veces la única manera de demostrar que se compra algo con dinero privativo de la mujer, es cuando en un momento anterior ha vendido algún bien parafernial, y posteriormente con lo obtenido compra otra cosa que se inscribe como suya. Pero en la práctica esto no sucede con frecuencia, ya que no suele ocurrir que al vender una cosa inmediatamente se pueda comprar otra. - Este obstáculo se basa en el carácter fungible del dinero, pues no se puede diferenciar, y en caso de duda se aplica el artículo 1407 del Código Civil.

Conocer cuáles son los bienes parafernales, y en caso de dudas presentar pruebas que así lo demuestren , supone una gran ventaja para la mujer separada de hecho, puesto que no necesita de ningún otro requisito para administrar y disponer de sus propios bienes.

2. LA CONFESION DEL MARIDO

La otra forma de solucionar el problema es basándose en la confesión del marido, que se puede llevar a cabo bien cuando la mujer antes de separarse o una vez separada de hecho compra bienes con su dinero o los permuta por otros de su propiedad, y el marido afirma que son de ella.

Podemos preguntarnos el valor que tiene la confesión del marido, y a quién corresponde probar la certeza de lo confesado por el marido. Hay tres posturas negativas con respecto a la confesión:

- 1º - Los que niegan todo valor a la confesión.
- 2º - Los que piensan que los parafernales confesados son inter partes, - mientras no se demuestre lo contrario, y con arreglo a esto hay que ver la atribución que se hace de los mismos en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, como la legitimación que pueda plantear su enajenación.
- 3º - Los que niegan todo valor a la confesión durante la vigencia de la sociedad, y sin embargo le reconocen virtualidad a la hora de disolver y liquidar el patrimonio común.

No estamos de acuerdo con las posiciones anteriores, porque creemos que en el supuesto de la separación de hecho, el marido no tratará de favorecer a su mujer, por lo tanto no afirmará que un bien es parafernial si en realidad es ganancial porque el único perjudicado es él. Tampoco consideramos que el marido trate de simular una donación, como piensa parte de la doctrina, que al confesar el marido que un bien es parafernial siendo ganancial lo que trata es de encubrir una donación, porque es el momento menos adecuado para ello debido al carácter y objeto de toda donación. Aparte de que las donaciones entre cónyuges están prohibidas por nuestro Código Civil, artículo 1334, excepto por motivos de fiesta o regocijo familiar, casos que en la separación de hecho no caben aludir. Pero aunque las donaciones entre cónyuges estuvieran autorizadas, que lo estarán una vez aprobado el Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio (5), estimamos que tampoco existirá una donación ya que ésta no tendrá razón de ser en el momento determinado de la separación de hecho.

(5)- Queda modificado el artículo 1334 del Código Civil, y el Proyecto de Ley regula las donaciones por razón de matrimonio en los artículos 1336 y siguientes, sin establecer en ningún precepto la prohibición de donación entre los cónyuges.

Además, como expresa DE LA CAMARA (6) se prefiere amparar una irregularidad no muy probable, porque la mayor parte de las confesiones de los parafernales son sinceras, y a las que se excusa voluntariamente el marido, que amparar, por respeto a la ley, lo que puede llegar a ser un verdadero despojo. Es más grave negar a la mujer separada de hecho disponer de sus propios bienes, que el que alguna vez exista una falsa confesión por parte del marido - diciendo que determinados bienes son parafernales sin serlo.

El Tribunal Supremo ha reconocido valor inter partes a la confesión del marido. Sin embargo la Dirección General de los Registros y del Notariado ha manifestado la opinión contraria y ha negado que la confesión del marido pueda desvirtuar la presunción del artículo 1407 del Código Civil. Postura que nos parece muy radical, ya que la presunción del artículo 1407 es una presunción iuris tantum, por lo tanto admite prueba en contrario, que puede ser la confesión del marido.

El Proyecto de Ley en materia de régimen económico del matrimonio en su artículo 1324 establece que: " Para probar que entre cónyuges determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los derechos forzosos del confesionante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges ". Este precepto viene a señalar la importancia que tiene la confesión de uno de los esposos para determinar cuáles son los bienes del otro, desapareciendo con ello los obstáculos e inconvenientes que han sido manifestados por parte de la doctrina. Además no pone en peligro los derechos de terceras personas, puesto que quedan suficientemente garantizados.

(6)- DE LA CAMARA. " Ob. Cit. ". Pág. 48

IV, LOS FRUTOS DE LOS BIENES PARAFERNALES

1. EXAMEN DEL ARTICULO 1385 DEL CODIGO CIVIL

"Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad de gananciales y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio", artículo 1385, párrafo 1º del Código Civil.

Al ser los frutos de los bienes parafernales bienes gananciales, se presentan inconvenientes cuando existe una separación de hecho, ya que es anómalo que los frutos de unos bienes cuyo dominio, administración y disposición pertenecen a la mujer, deban ser entregados al marido porque es el administrador de la sociedad de gananciales.

La naturaleza de los frutos de los bienes parafernales es la de ser bienes gananciales, y no sólo lo regula el artículo 1385 del Código Civil, sino también el artículo 1401, número 3 del mismo Texto Legal, con lo cual a pesar de que exista una separación de hecho su naturaleza sigue siendo la misma, y el objeto de estos frutos es levantar las cargas del matrimonio.

Pero al producirse una separación de hecho matrimonial, cabe preguntarnos si cambia el destino de los mismos. Porque al ser el régimen económico matrimonial el de sociedad de gananciales, el administrador de la misma es el marido, según el artículo 59 del Código Civil, y como los frutos de los bienes parafernales son bienes gananciales son administrados por el marido.

Pensamos que en esta situación cabe distinguir dos supuestos:

1º - Que el matrimonio que se ha separado de hecho tenga hijos.

2º - Que no tenga hijos.

En el primer caso, a pesar de que los cónyuges no vivan juntos existen unos hijos, respecto a los cuales tienen unos derechos y unas obligaciones,

por lo tanto, unas cargas matrimoniales que sostener. Consideramos necesario que los frutos de los bienes parafernales sirvan para el alimento, educación, asistencia de los hijos, junto con el dinero que proporcione el marido para ello. Aunque no nos parece que sea necesario que la mujer entregue estos frutos a su marido y él los destine a éste fin, sino que creemos que puede hacerlo ella directamente, sin necesitar la intervención de ninguna persona. - con lo cual el objetivo de estos frutos sigue siendo el señalado expresamente por nuestro ordenamiento civil, esto es, no se incumple ningún precepto legal, pero al mismo tiempo los frutos no se entregan al marido debido a las circunstancias especiales del caso.

En el segundo supuesto no hay cargas matrimoniales porque los cónyuges no viven juntos y tampoco tienen hijos. Opinamos que teniendo en cuenta estas circunstancias, la mujer no tiene que entregar los frutos de los bienes parafernales a su marido, porque no existe ninguna carga marital que levantar. Con lo cual ella se queda con los frutos de los parafernales pudiendo administrar y disponer de los mismos.

La doctrina científica, también, considera que la mujer separada de hecho no tiene que entregar los frutos de los bienes parafernales al marido si no existen cargas comunes.

Esta postura nos parece la más justa y la más acorde con la vida actual. Además es la más afín con el artículo 50 de la Compilación Catalana que dice: " Si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueran insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de los bienes parafernales. Cesará la anterior obligación cuando los cónyuges vivan separados y no haya hijos del matrimonio ". A pesar de que hay una gran diferencia con el Derecho Común, y es que el régimen económico matrimonial del Derecho Catalán es el de la separación de bienes, y los frutos de los bienes parafernales son propiedad de la mujer, es decir, privativos; no obstante el fin que persiguen es el mismo que regula el artículo 1385 del Código Civil, pero señala la excepción de -

que si los esposos viven separados y no tienen hijos, no hay que soste-
ner los gastos familiares con los frutos de los bienes parafernales. Teniendo
en cuenta ésto, opinamos que también puede aplicarse la misma solución al De-
recho Común, siempre que se cumplan estos dos requisitos, y son que los espo-
sos estén separados, en este caso de hecho, y que no tengan hijos.

Además el artículo 68 del Código Civil, se refiere a las medidas que el
Juez adoptará durante el proceso de nulidad o separación, y en el número 4,
párrafo 1º dice: " En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán
las siguientes reglas:

- Cada uno de los cónyuges tendrá la administración y disposición de sus
bienes privativos, y se entenderán revocadas las facultades que uno de ellos
hubiese entregado al otro ".

Si este precepto adopta la medida de que cada cónyuge administre y dispon-
ga de sus bienes en el proceso de separación, nos parece razonable que ocurra
lo mismo en la separación de hecho, por tanto que la mujer disponga de los
frutos de los bienes parafernales.

2. EXAMEN DEL ARTICULO 1386 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1386 del Código Civil dice: " Las obligaciones personales -
del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes para-
fernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia ".

Al ser los frutos de los bienes parafernales gananciales y el marido, -
por tanto, su administrador, este artículo establece un régimen especial pa-
ra que no de lugar a un posible abuso por parte del marido y como contrapre-
tación un perjuicio de la mujer.

El Tribunal Supremo ha aplicado el artículo 1386 del Código Civil en -
reiterada jurisprudencia en los casos de separación de hecho, convenida o no
entre los cónyuges, afirmando que en los casos en que los esposos no tengan

hijos o estos vivan con la madre, el marido no tiene derecho a exigir a su mujer, los frutos de los bienes parafernales debido a que no tiene cargas - que levantar, y por tanto pueden ser retenidos y aplicados por la mujer. Pero esto no ocurre si hay obligaciones comunes que atiende el marido. Entre - otras sentencias podemos destacar la de 8 de Noviembre de 1898; 8 y 21 de - Noviembre de 1907; 11 de Mayo de 1910; 18 de Noviembre de 1911; 15 de Enero de 1917; 14 de Enero de 1928; 11 de Abril de 1930; 4 de Marzo de 1933.

Cuando la mujer separada de hecho y sin cargas familiares que atender - por el marido, retiene la administración de los bienes parafernales, goza de la plenitud de las facultades administradoras que le confiere el artículo - 1384, pudiendo consumirlos o enajenarlos, pues aunque los frutos no dejan de ser gananciales, quedan fuera de control de administración y disposición del marido

Consideramos que también tenemos que distinguir según haya hijos o no en el matrimonio. Si hay hijos, el padre tiene una serie de obligaciones con ellos, por lo tanto tiene unas cargas familiares, y consiguientemente los frutos de los bienes parafernales responden de las obligaciones que haya contraído por este motivo.

En el segundo caso, al no haber hijos y vivir separados los cónyuges, no hay ninguna carga familiar que levantar, por consiguiente las obligaciones personales del marido no recaen sobre los frutos de los parafernales, porque éstas se han contraído sin basarse en ningún motivo familiar.

3. POSICION JURISPRUDENCIAL RESPECTO A AMBOS ARTICULOS

" En ambos preceptos, los artículos 1385 y 1386, se ha formado una sólida doctrina jurisprudencial, con arreglo a la cual solamente procede la entrega por la mujer al marido del remanente líquido de los frutos de los -

parafernales, cuando existen cargas del matrimonio que es preciso levantar y cuyo levantamiento lo está efectivamente realizando el marido, deduciendo la inexistencia de cargas matrimoniales, generalmente, pero no necesariamente, de la separación de hecho de los cónyuges " (7).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo hasta la primera década del siglo la postura de que la mujer debía entregar al marido los frutos de los bienes parafernales, así lo manifiestan las sentencias de 11 de Octubre de 1902 en la cual procede la entrega sin que quepa alegar " el fundamento de que hallándose los cónyuges separados convencionalmente no puede invocar el marido el sostenimiento de las cargas familiares del matrimonio, pues una separación no puede ser apreciada en el Derecho ni revela por sí sola que no existan cargas matrimoniales a cuyo sostenimiento deban contribuir todos los frutos de los bienes parafernales ". La sentencia de 2 de Enero de 1909, establece que se entregue al marido los frutos de los bienes parafernales, a pesar de no tener hijos, aunque señala que la mujer puede en todo caso usar de su derecho si el marido intenta dar a los productos de los parafernales uso distinto que el señalado en el artículo 1385 del Código Civil. Y la sentencia de 27 de Octubre de 1909 que considera que puede haber algún caso especial dentro del estado de separación en que no existan cargas matrimoniales que origine que los frutos de los bienes parafernales no se entreguen al marido, pero en esta sentencia no se da el supuesto, a pesar de que el matrimonio no tiene hijos y no hay cargas matrimoniales.

Posteriormente el Tribunal Supremo cambió de postura, considerando que los frutos de los bienes parafernales pertenecen a la mujer, si los cónyuges viven separados y no hay familia, ni cargas matrimoniales que levantar; y el

(7)- A. RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada" Revista de Derecho Notarial. Abril - Junio. 1975. Pág. 539

marido no puede obtener legalmente la administración de aquellos rendimientos y distraerlos a fines distintos de los establecidos por la Ley. La sentencia de 8 de Noviembre de 1907 dice en su segundo considerando: " Que si bien por el artículo 1385 del Código Civil se establece que los frutos de los parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y en este sentido y concepto corresponde su administración al marido, no es menos exacto que por el artículo 1386 del Código Civil las obligaciones personales del marido no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los expresados bienes, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia y, es su consecuencia, si los cónyuges viven separados y no hay familia, ni cargas matrimoniales que levantar, no puede el marido legalmente obtener la administración de aquellos rendimientos y distraerlos a fines distintos de los establecidos por la Ley. La sentencia de 21 de Noviembre de 1907 establece que mientras subsista este estado de hecho y de derecho establecido entre los cónyuges, y no sean conocidas cargas propiamente matrimoniales, el marido no puede reclamar a la mujer los productos de los parafernales ya que se desnaturaliza la reserva y privilegio con el riesgo de infringir la disposición legal del artículo 1386 del Código Civil.

Manifiesta la sentencia de 1 de Marzo de 1910 que la mujer no tiene que entregar a su marido los frutos de los bienes parafernales porque viven separados de hecho y es la mujer la que atiende la educación y necesidades de sus hijos. Además de que el marido ha contraído deudas de carácter personal y privativo, sin que éstas redundaran en favor de la familia. La sentencia de 30 de Diciembre de 1915 considera que el artículo 1386 del Código Civil es una excepción según la cual ninguno de los consortes puede durante la asociación familiar disponer privativamente de los productos parafernales ni hacer efectivos con éstas deudas contraídas por aquellos si no se demuestra que su importe ha contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio. El marido en este supuesto concreto, viviendo separado de su mujer, ha pedi

do un préstamo de carácter privativo y no familiar, como consecuencia los frutos de los bienes de su mujer no garantizan ni responden de su obligación personal. La sentencia de 14 de Enero de 1928 teniendo en cuenta que los cónyuges viven separados, y la mujer administraba por sí sola los bienes que heredó de su padre, y una tercera persona por su delegación administraba los que heredó de su madre. Considera que las rentas y frutos de los bienes parafernales los puede retener en su poder porque no afirmándose que hubiera hijos, ni cargas familiares que levantar es improcedente que se entreguen al marido. La sentencia de 24 de Abril de 1928 estima que los esposos están separados de hecho, y este Tribunal tiene declarado que la separación accidental es bastante para, salvo prueba en contrario, no obligar con los productos de los bienes parafernales a hacer efectivas deudas y obligaciones contraídas por el marido, aparte de que hay hijos del matrimonio, pero viven y son mantenidos por la mujer. La sentencia de 12 de Julio de 1929 considera que cuando por circunstancias más o menos accidentales no existen cargas matrimoniales, desparece el fundamento de la administración de los frutos de los bienes parafernales por el marido. Y en este supuesto concreto no existiendo cargas de la sociedad conyugal, el marido no puede abusar despojando a la mujer de los frutos de los parafernales.

La sentencia de 14 de Abril de 1930 dice que aunque los frutos parafernales forman parte del haber conyugal y están sujetos al levantamiento de cargas matrimoniales, es con limitaciones para su entrega por parte de la esposa cuando está separada de hecho del marido y ella los administra, y en este caso se trata de un matrimonio sin descendencia y no se ha demostrado la existencia de cargas legítimas que deban abonarse al esposo. La sentencia de 4 de Marzo de 1933 manifiesta que las obligaciones personales del marido no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los parafernales, a menos que por los acreedores se pruebe que redundaron en beneficio de la familia, y en este supuesto el marido vivió separado de la familia y sin levantar ninguna carga de la misma, por lo que los frutos de los bienes privativos de su mujer

no responden de sus deudas personales.

"-Esta jurisprudencia ha surgido en tema de separación conyugal, legal o de hecho, pero su ocasión no es su fundamento, éste se encuentra en la ausencia de cargas matrimoniales a levantar por el marido, durante la separación pueden existir esas cargas (sentencia de 24 de Mayo de 1915), y la mujer deberá hacer la entrega de los frutos de los parafernales al marido; "hay que distinguir -decía la sentencia de 14 de Enero de 1928-, no sólo si la mujer confió o no a su marido la administración de los mismos (bienes parafernales) y si el matrimonio vive unido o separado, sino también si hay cargas que deban levantarse con los bienes comunes, pues en cada caso la solución es distinta por serlo los hechos fundamentales ".

Nos creemos, pues, autorizados a sostener, ante esta doctrina jurisprudencial: que aunque los cónyuges no estén separados, si no hay cargas matrimoniales que el marido deba levantar, la mujer no tiene que entregarle los frutos de los parafernales; y que tampoco debe efectuar esta entrega cuando hay cargas, pero éstas ya están cubiertas; tampoco hay razón alguna para la entrega del exceso " (8).

4. EL PROYECTO DE LEY EN MATERIA DE REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO

No recoge este Proyecto los preceptos 1385 y 1386, ni aquellos que hacen referencia a los bienes parafernales, debido a que desaparecerá esta denominación para designarlos bienes propios de la mujer. Lo que significará que a partir de la aprobación del Proyecto los bienes privativos de la mujer tendrán la misma regulación y trato que los del marido, por lo tanto no es necesario que haya una serie de preceptos especiales que hagan referencia a estos bienes en particular. En su lugar el artículo 1381 establece: " Los frutos y

(8)- A. RODRIGUEZ ADRADOS. "Op. Cit." Pág. 543

ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo cada cónyuge como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este sólo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes".

Uno de los objetivos del Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio es que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponda conjuntamente a ambos cónyuges, por tanto el marido ya no será el único administrador de la sociedad de gananciales, excepto en el supuesto de que se pacte en capitulaciones matrimoniales.

Los frutos y ganancias de los bienes propios de cada cónyuge son gananciales siendo su objetivo levantar las cargas del matrimonio. No obstante el último inciso del precepto citado señala que cada cónyuge como administrador de su propio patrimonio, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes. Al no ser materia de Orden Público la administración de los bienes gananciales, el Proyecto de Ley admite la validez de los pactos relativos a la administración de los frutos y ganancias de los bienes privativos de cada cónyuge, aunque no de su destino. Por lo tanto la administración de los mismos se regirá por lo dispuesto en los capítulos.

Ahora bien, el artículo 1375 de dicho Proyecto de Ley establece "en defecto de pacto" una regla general: "La gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.". Y el artículo 1381, recoge una excepción, como lo demuestra la palabra "sin embargo", y es que establece la facultad ("podrá") a los cónyuges de disponer unilateralmente y a este solo efecto de los frutos y productos de sus bienes.

Consideremos que hay que entender que a pesar de que los frutos y ganancias de los bienes privativos son gananciales, el cónyuge propietario de dichos bienes puede disponer de los frutos y ganancias de éstos, pero teniendo

en cuenta que están sujetos a las cargas de la sociedad de gananciales, es decir que lo único que no necesita es el consentimiento del otro cónyuge - para realizar estos actos determinados. Ello supone un avance en relación con la actual redacción del artículo 1385 del Código Civil, porque los frutos de los bienes parafernales son gananciales, y la administración de dicha sociedad le corresponde al marido salvo estipulación en contrario, a tenor de los artículos 89 y 1412, ambos del Código Civil. Y la mujer casada no interviene en ningún momento en la administración de los mismos, a pesar de que los frutos han sido producto de sus bienes, y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Además ello cobrará mayor relevancia en aquellas situaciones excepcionales que se produzcan en el matrimonio, como es la separación de hecho, porque aunque los esposos no hayan modificado su régimen económico conyugal, de sociedad legal de gananciales a separación de bienes, la mujer puede disponer libremente de los frutos y ganancias de sus bienes siempre que éstos cumplan su misión u objetivo. Así lo indica el artículo 1368 del Proyecto de Ley al regular: " También 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 ". Y en aquellos supuestos en que no haya cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales, porque no tengan hijos, tiene plena libertad para disponer cada cónyuge de los frutos de sus bienes privativos sin necesidad del consentimiento del otro esposo.

LOS IMPUESTOS PERSONALES Y LA SEPARACION DE HECHO

El impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas tienen carácter personal, porque en ellos se cumplen los siguientes requisitos: en primer lugar, someten a tributación toda la materia imponible de una forma global, es decir toda la renta o todo el patrimonio de un sujeto; y en segundo lugar, porque tienen en cuenta las circunstancias personales, las características subjetivas de la persona sometida al impuesto.

Tanto en un impuesto como en el otro se han presentado dificultades para determinar la opción entre dos formas diferentes de gravamen, esto es la individual o la unidad familiar, teniendo en cuenta la importancia que se concede a la función que desempeña la familia en la capacidad económica del individuo.

La mayoría de los países ha optado en fijar como unidad contribuyente la familia debido a que consideran que es la fórmula más adecuada para acometer a tributación la auténtica capacidad de contribuir. E. FUENTES QUINTANA (1) señala las ventajas que presenta la unidad familiar al decir: "Si tomásemos al individuo, la primera dificultad que se plantearía sería la de gravar el impuesto en función del número de personas que éste tuviese a su cargo. La aplicación de un impuesto invariable ante las circunstancias familiares sería procedente, como manifiesta MAURICE LAORE en el caso de que las cargas de familia no disminuyeran el bienestar económico del obligado por el impuesto. Esta postura ante las circunstancias familiares resulta de difícil defensa si tenemos en cuenta que el contribuyente no tiene la iniciativa en sus gastos

(1) E. FUENTES QUINTANA, "Hacienda Pública" Introducción, Presupuestos e Ingresos Públicos. Págs. 320-321

familiares (cosa que no ocurre en sus restantes gastos), que no puede escoger algunas personas a su cargo, tales como sus ascendientes, y que el formar una familia puede constituir desde la perspectiva del medio ambiente en que se desenvuelva una fuerte obligación moral y social. Si la existencia de una familia proporciona satisfacciones, éstas son de orden distinto a las materiales: el bienestar material suele variar en sentido inverso de las cargas familiares.

Otro problema que se plantearía al tomar como unidad contribuyente al individuo sería el del cómputo adecuado de determinados ingresos y gastos que son comunes a la familia y que difícilmente podrían ser imputados a los distintos miembros individuales que la integran con un mínimo de racionalidad.

Una desventaja adicional que presenta el individuo como unidad contribuyente frente a la familia es la posibilidad de que la progresividad impositiva sea limitada mediante una adecuada distribución del patrimonio de renta entre los distintos miembros de que dependan del sujeto. Así, si se toma como unidad contribuyente a cada miembro de la familia por separado y uno de ellos obtiene rentas provenientes de elementos patrimoniales, es posible limitar la progresividad del tributo mediante la distribución de estos elementos entre los restantes miembros de la unidad familiar.

En el ámbito de nuestro actual impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, la unidad familiar es contribuyente, pero no sujeto pasivo, ya que el artículo 4 de dicha Ley de 8 de Septiembre de 1978 establece:

- que son sujetos pasivos del impuesto, las personas físicas que residen habitualmente en territorio español, y las que obtengan rendimientos o incrementos de patrimonio producido en territorio español, o que se lo satisfaga una persona o entidad residente en dicho territorio.

El artículo 5, señala las distintas formas de unidad familiar, y son: primera, los cónyuges e hijos menores que vivan con ellos; segunda, en los casos de nulidad, disolución o separación judicial, el cón-

yuge con los hijos que estén a su cuidado, tercera, el progenitor soltero y los hijos que vivan con él; y cuarta, los hermanos sometidos a tutela.

El artículo 3 de la Ley del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, regula los sujetos pasivos de este impuesto, y son: primero, las personas físicas que tengan su domicilio o residencia en territorio español, afectando a la totalidad de sus bienes y derechos sea cual fuere el lugar donde estén ubicados; y segundo, las personas físicas que sean titulares de bienes sitos en dicho territorio o de derechos que puedan ejercitar en el mismo. (2)

La unidad familiar puede ser gravada bien a través de la acumulación de todas las rentas y de todo el patrimonio de los individuos que la componen; o bien separadamente, es decir cada sujeto pasivo tributa independientemente teniendo en cuenta únicamente su renta o su patrimonio, aunque también caben opciones intermedias "habida cuenta de determinadas condiciones cuantitativas o cualitativas, de la amplitud del concepto de familia, de las situaciones

(2)- art. 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

" Uno. Son sujetos pasivos del impuesto:

- a) Por obligación personal, las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español.
- b) Por obligación real, cualquiera otra persona física que obtenga rendimientos o incrementos de patrimonio producidos en territorio español o satisfechos por una persona de entidad pública o privada residente en dicho territorio.

" Dos. Cuando las personas a que se refieren los dos epígrafes del apartado anterior estén integradas en una unidad familiar, todos los componentes de esta última quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto como sujetos pasivos, con arreglo al régimen que para tal supuesto establecen los artículos quinto, séptimo, apartado tres, treinta y uno y treinta y cuatro de esta Ley."

Y el artículo 5 de la misma Ley :

" Uno. A los efectos previstos en el apartado dos del artículo anterior, constituyen modalidades de unidad familiar:

Primera. La integrada por los cónyuges y, si los hubiere, los hijos menores legitimados, naturales, reconocidos o adoptados, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientemente de éstos. (cont. ...)

por las que pueda atravesar el matrimonio etc.

- **Tributación de los cónyuges.**

... la acumulación de rentas se presenta como norma obligada en multitud de países, practicándose casi siempre esta acumulación en la persona del cabeza de familia, normalmente el marido. Así ocurre en Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza, etc.

La tributación separada de los cónyuges, en su acepción más extrema, no es frecuente. Un ejemplo de este tipo de imposición es el de Argentina, donde la tributación separada es la regla única, aunque se imputen al marido los gananciales no procedentes de actividades personales de la mujer, de sus bienes propios, o de los bienes adquiridos con el producto de su propia actividad. Por otra parte existen países en los que la imposición separada puede darse como resultado de una opción expresa formulada por los esposos, los cuales pueden elegir entre la declaración conjunta o separada, tal como ocurre en Alemania y E.E.U.U.

La relación de países que adopta soluciones intermedias a los dos extremos

...Segunda. En los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial, la formada por los cónyuges y los hijos que, teniendo cualquiera de las condiciones a que se refiere el número anterior, estén confiados a cuidado.

Tercera. El padre o madre solteros, y los hijos que reúnen los requisitos a que se refieren los dos números anteriores.

Cuarta. Los hermanos sometidos a tutela.

" Dos. Nadie pertenecerá a la vez a dos unidades familiares."

El artículo 3 de la Ley del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas dice:

"Uno. Serán sujetos pasivos de este impuesto las personas físicas siguientes:

- a) Por obligación personal los que tengan su domicilio o residencia habitual en territorio español. Esta obligación afectará a la totalidad de bienes y derechos atribuibles al sujeto pasivo conforme a los preceptos de esta Ley, cualquiera que sea el lugar donde radiquen los bienes o puedan ejercitarse los derechos.
- b) Por obligación real, las personas físicas que, sin estar comprendidas en la letra anterior, sean titulares de bienes sitos en territorio español o de derechos que en el mismo pueden ejercitarse."

(es continuación de nota (2))

citados es bastante numerosa, bien sea imponiendo dicha solución intermedia, bien manteniéndola en términos opcionales.

Se dan casos en que la estructura del propio sistema impositivo viene a condicionar la forma práctica de tributación de los esposos. Así ocurre en Austria donde si bien la norma general es la de la acumulación, ésta sólo se produce por encima de determinados niveles de renta que, no siendo sobrepasados, sólo motivan retenciones en la fuente sobre cada uno de los cónyuges...

La exclusión de determinadas categorías de rentas de la acumulación dentro del matrimonio es bastante frecuente. Así, con independencia de la adopción del principio general de acumulación, hay países que permiten formular una opción respecto al gravamen de las rentas ganadas por la mujer con independencia de su marido, dando a esta parcela de renta una interpretación más o menos extensa. Tales son los casos del Reino Unido, Israel y Venezuela. En ocasiones esta excepción se formula en sentido inverso; así ocurre en Suecia donde, siendo norma general la tributación separada, se mantiene la imposición conjunta para las rentas de valores y capitales mobiliarios. Igual principio general rige en Yugoslavia donde se exceptúa la renta agrícola que es imputada a la unidad familiar.

Por último, existen casos en los que es preciso distinguir la extensión de la acumulación en relación con la obligación de declarar y la responsabilidad tributaria. En Grecia, la declaración de los esposos es única, pagando directamente el marido la renta tributaria, si bien ambos esposos se constituyen como responsables independientes frente al Fisco. Algo similar se da en Finlandia, donde si bien la declaración es única y acumulada, cada cónyuge responde directa y proporcionalmente de la parte de deuda que le pueda corresponder, contra el principio muy extendido de responsabilización directa y personal del cabeza de familia en lo que toca a la evaluación y declaración de la renta familiar. (3)

(3)- J. ANTON PEREZ , J. DIAZ MALLEDO, J.A. GARCIA MARTIN. "La unidad con tribuyente." Revista de Hacienda Pública Española. n° 30, 1974. Págs. 165-166

La imposición conjunta es considerada por sus partidarios como la más ajustada a la realidad de la familia, y " el argumento positivo básico en favor de la acumulación es que ésta corresponde a la realidad económica de la familia, que constituye una unidad de consumo (y a veces, todavía, de producción) en la que las decisiones se adoptan conjuntamente y en las que tiene lugar una puesta en común de las rentas obtenidas por los miembros. Por otro lado, esta hipótesis armoniza con el punto de partida de la tarea económica, que suele considerar a las "economías domésticas" como unidades básicas de consumo. La afirmación de este postulado asume en no pocas ocasiones ribetes ideológicos, como cuando se afirma el carácter de la familia de " célula fundamental de la sociedad " u otras fórmulas análogas...

La crítica contra la consideración de la familia como unidad económica tiene dos vertientes. De una parte se niega el postulado mismo; de otra, se afirma el carácter arbitrario de una delimitación de la unidad familiar basada en criterios jurídicos, por lo que es inferior a la imposición individual cuya unidad impositiva está perfectamente definida. Ciertamente que estas críticas no son, a nuestro juicio, suficientes para invalidar radicalmente el postulado de la comunidad económica en el seno de la familia. Sin embargo tiene el interés de poner por vez primera en tela de juicio el axioma de la unidad económica familiar y son, por tanto, sistemáticas de un cambio paulatino de la doctrina dominante." (4)

Mientras que los inconvenientes que se atribuyen al sistema de imposición separado son: " 1º) Si se gravan separadamente las rentas de los cónyuges, la carga tributaria global sobre la familia dependerá dado el tipo progresivo, de la distribución de la renta total entre aquellos...

2º) La imposición separada permite la disminución del impues

(4)- C. PALAO TABOADA. "La unidad familiar como sujeto fiscal." Relatorio general. IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios . 2º de Septiembre - 2 de Octubre de 1980. Págs. 8-9

to total sobre la familia mediante una redistribución de la renta entre los miembros de ésta, ya sea mediante la transmisión de los elementos patrimoniales productores de la renta ya mediante contratos entre familiares...

Pero con independencia de su admisibilidad, el resultado de estas operaciones es que las familias con iguales rentas satisfagan impuestos distintos y que las posibilidades efectivas de llevar a cabo estos repartos de rentas son distintos según la naturaleza de las que obtenga la familia...

El sistema de imposición conjunta elimina de raíz, claro está, todos estos problemas, creando un ámbito dentro del cual las relaciones económicas carecen de transcendencia a efectos del impuesto sobre la renta. Algún sector doctrinal ha puesto de relieve el absurdo a que conduciría el principio contrario aplicado a dichas relaciones intramatrimoniales, que llevado hasta sus últimas consecuencias conduciría a gravar como renta del preceptor las cantidades recibidas en concepto de sustento. (5)

Hay que señalar que " es posible que los cambios que se están verificando en las relaciones familiares inclinen paulatinamente la preferencia de los sistemas fiscales hacia el sistema de separación. Así, en el Canadá se ha mantenido el sistema tradicional de separación, no obstante las recomendaciones de la Comisión Carter. También Austria parece haber adoptado el sistema de separación de las rentas.

En Italia, la Ley de declaración para la reforma tributaria (L. de 9 de Octubre de 1971, nº 825) aplicó al nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas el sistema tradicional de acumulación ("cumulo") de las rentas, recogido en el Decreto del Presidente de la República de 29 de Septiembre de 1973 que disciplinó dicho impuesto. Ahora bien el mencionado sistema fue declarado inconstitucional por la sentencia de la Corte Costituzionale de 15 de Julio de 1976, nº 179. ... cabe señalar que en ella jugó un papel in-

(5)- C. PALAO TABOADA. Ob. cit. págs. 10 y 11

portante el hecho de que la legislación discutida no reconociera a la mujer casada el papel de sujeto pasivo del impuesto, junto con argumentos que atañen a los efectos de la acumulación sobre la cuantía del impuesto... Como consecuencia de ésta, se dictó la Ley de 13 de Abril de 1977 nº 114, que modificó el DPR nº 597, cuyo artículo 3º dispone ahora que " el impuesto se aplica sobre la renta global neta formada por todas las rentas del sujeto pasivo comprendidas las rentas ajenas de las que tenga la libre disponibilidad o la administración sin saber de rendición de cuentas..." Señalamos finalmente que algunos países (Estados Unidos, República Federal Alemana, Brasil, entre otros) se permite a los contribuyentes elegir entre la imposición conjunta o separada con lo cual se solucionan los impuestos en los que la primera da lugar a un gravamen desventajoso respecto a la segunda...

En la República Federal Alemana el método de imposición de las rentas familiares fue repentinamente alterado como consecuencia de la decisión (Beschluss) del Tribunal Constitucional de 17 de Enero de 1957. Hasta entonces era aplicable la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2 de Diciembre de 1954, que establecía, de acuerdo con la tradición alemana, un sistema de acumulación con exención de las rentas del trabajo, tanto, dependiente como independientemente, de la mujer. La decisión citada declaró nulo el párrafo 26 de la mencionada ley (en su texto de 1951) entre otros razonamientos, por considerar que la liquidación conjunta de las rentas de los esposos, que en dicho precepto se establecía, unida al tipo progresivo, era incompatible con el principio de protección del matrimonio y de la familia establecido en el artículo 6, apartado 1 de la Ley Fundamental de Bonn. Esta incompatibilidad se fundaba en el hecho de que el referido tratamiento de las rentas del matrimonio imponía un mayor gravamen para éste en comparación con los sujetos individuales." (6)

La legislación tributaria española ha seguido el sistema de tributación conjunta a través de la acumulación y dentro del cual J. RAMALLO distingue

(6)- C. PALAO TABOADA. "Ob.Cit" Págs. 12, 13, 20. y 21

tres modalidades:

- " a) Acumulación por atribución de todas las rentas o patrimonios a una persona física que es la que goza de la sujeción tributaria. Esta ha sido la fórmula tradicional de la legislación española desde 1915 hasta la reciente Reforma Tributaria de 1978 y, por lo tanto, incluye también el nuevo IRPF de 1978...
- b) Acumulación por atribución de todas las rentas o patrimonios a un ente colectivo que es el que goza de sujeción tributaria...
- c) Acumulación de todas las rentas sin atribuírselas ni a una persona física ni a un ente colectivo. Se parte del principio de que sólo la persona física es sujeto pasivo pero puede serlo individualmente o como miembro de un grupo por ministerio de la ley (UF). Este es el caso del nuevo IRPF de 1978 en el que la solidaridad jurídica de los miembros del grupo provoca una acumulación objetiva de rentas, sea el régimen económico de gananciales o separación de bienes, con prorrateo de la deuda en ambos casos y con responsabilidad del pago de la misma por todos. " (7)

El sistema de tributación separada de la unidad familiar no ha sido recogido en España por ninguna disposición legislativa, intentándose únicamente en una ocasión y en el gravamen sobre la renta, en las reformas de 1954. De ello se deriva que la legislación tributaria en este punto no ha tenido en cuenta los diferentes regímenes económicos matrimoniales que recoge el Derecho Civil. Así el artículo 7 nº 3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dice:

- " Cuando los sujetos pasivos compongan una unidad familiar se acumularán todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del

(7)- J. RAMALLO. "La unidad familiar como sujeto fiscal" Relatorio nacional de España. IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios. 29 de Septiembre-2 de Octubre de 1980. Págs. 15-16

matrimonio. "

Y la Ley del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las personas físicas en su artículo 4 n° 2 párrafo primero y segundo expone:

" En caso de matrimonio en régimen económico de sociedad legal de gananciales o de comunidad de bienes, se acumularán en la persona que tenga su administración, los bienes y derechos pertenecientes a los cónyuges y a la sociedad conyugal, así como los pertenecientes a los hijos menores no emancipados.

Quando sin mediar sentencia de divorcio o separación judicial, el régimen económico del matrimonio fuera de separación de bienes, la acumulación de los pertenecientes a ambos cónyuges se practicará en la persona del marido, y si estuviera incapacitado, en la de la mujer, sin perjuicio del prorrateo de la exacción según el patrimonio de cada cónyuge."

Como se puede observar la forma de tributación es conjunta de todos aquellos supuestos en que subsista el vínculo matrimonial o no medie sentencia firme de separación. No se establece ninguna diferencia como consecuencia del régimen económico matrimonial que hayan adoptado los cónyuges, por lo que existe acumulación tanto si el régimen es el de la sociedad legal de gananciales, como si es el de separación de bienes.

La única diferencia entre ambas clases de regímenes económicos es que existe un prorrateo, en el caso de separación de bienes, entre las diferentes personas que componen la unidad familiar en relación a la parte de renta o al patrimonio que corresponda a cada una. No obstante esta distinción tiene únicamente relevancia en el aspecto interno de las relaciones entre los miembros que forman la unidad familiar, estando recogido en el artículo 31 n° 2 y 3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

" Los sujetos pasivos que componen una unidad familiar están solidariamente obligados frente a la Hacienda Pública al pago de la deuda tributaria que corresponda a la acumulación de rendimientos e incrementos

de patrimonio previstos en el artículo séptimo, apartado tres, de esta Ley, sin perjuicio del derecho a prorratarla entre sí, según la parte de renta que corresponda a cada uno de ellos. A efectos de este prorr^uteo, integran la deuda tributaria los conceptos comprendidos en los epí^grafes a), b) y c) del artículo cincuenta y ocho de la Ley General Tri^butaria.

El prorr^uteo será interno y se regirá por las normas que establez^{ca} el régimen económico del matrimonio, así como por los preceptos de la legislación civil aplicable en cada caso a las relaciones patrimoⁿiales entre los miembros de la unidad familiar. "

Y en el artículo 4 n.º 2.º de la Ley del Impuesto Extraordinario sobre el Pa^trimonio de las personas Físicas.

Nos parecería una solución más adecuada el que no se diera una acumulación de rentas y de patrimonio en la unidad familiar, si el régimen económico familiar es el de la separación de bienes, porque si existen diferencias entre este régimen y el de sociedad de gananciales desde el punto de vista civil, tanto en la propiedad de los bienes como en su administración, consideramos que ésto habría tenido que trascender a la legislación tributaria. Porque a pesar de que en ambos casos los cónyuges viven juntos y tienen las mismas car^gas familiares que levantar, en la sociedad legal de gananciales éstas corren a cargo de dicha sociedad, y en la separación de bienes tienen que ser pagadas por los esposos proporcionalmente a los bienes que tenga cada uno de ellos. Además como indica el artículo 1392 del Código Civil:

" Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios ob^tenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mis^mo matrimonio."

Mientras que, en la separación de bienes, cada uno de los cónyuges contiⁿuará con sus mismos bienes, sin que entre a participar en los del otro si

se disuelve dicho régimen económico. A esto se puede objetar que en el supuesto de separación se da un prorrateo entre los esposos, y que cada uno tributa en la parte proporcional a lo que posea de renta y de patrimonio, no dividiéndose la cuota por partes iguales entre los mismos. Pero hay que tener en cuenta que ambos impuestos tienen un carácter progresivo, de lo que se deduce que la cuota es mayor si se han sumado las bases imponibles de los sujetos pasivos que componen la unidad familiar, que si cada uno tributa por separado, con lo cual se perjudica económicamente a estas personas debido a que la deuda tributaria frente a la Hacienda Pública es superior al existir una acumulación de rentas y patrimonio a pesar de que el régimen económico conyugal sea el de separación de bienes.

Frente a esta opinión existen otras opuestas que apuntan: " Para valorar el criterio seguido por el legislador tributario en este punto, el problema consiste, a nuestro juicio, en determinar en qué medida influye dicho régimen en la realidad económica familiar.

En este sentido, parece que no pueden dejar de valorarse determinados aspectos tales como: el grado de disponibilidad de dichos bienes por parte de la familia; el destino (individual o familiar) de la renta que dichos bienes producen, y las responsabilidades (individuales o familiares) a las que pueden, en su caso, hacer frente. Desde esta perspectiva, parece que un régimen de tipo comunitario configura una unidad económica familiar distinta de la unidad familiar regida por una estricta separación de bienes, pero la distinción no puede llevar, en nuestra opinión, al extremo de considerar a los miembros de la segunda como simples individuos a efectos tributarios: la unidad económica existe, en cualquier caso, y la absoluta separación de patrimonios en el terreno jurídico-privado, se ve superada en la realidad económica familiar ya que, en mayor o menor medida, los bienes son disfrutados en el ámbito familiar con independencia de su titularidad, y su existencia y entidad respaldan el status económico de la familia (y no sólo de su propietario); ello sin considerar que, por razones puramente familiares, la incomunicabilidad e independencia de patrimonios nunca puede equipararse a la que se

produce entre individuos extraños entre sí.

Pero además, debe tenerse en cuenta, que la separación de bienes podrá acordarse a efectos puramente formales y, en tal sentido, convertirse en un mero expediente técnico para eludir los efectos de la cumulación, más gravo sos, en principio, por tratarse de un impuesto progresivo. La aplicación del criterio de la tributación conjunta quedaría, de este modo, a merced de los pactos privados, y, en definitiva, de la voluntad de los cónyuges que podría, de este modo, optar por la modalidad individual de gravamen, como alternativa más favorable." (8)

Ambas leyes admiten una tributación separada por parte de los cónyuges únicamente en los casos de nulidad, disolución del matrimonio, divorcio y separación judicial, estando regulado en el artículo 5, nº 1 apartado 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que dice que es una modalidad de unidad familiar la constituida:

" En los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial, la formada por el cónyuge y los hijos que, teniendo cualquiera de las condiciones a que se refiere el número anterior, estén confiados a su cuidado."

Y en el artículo 8, 5 de la Orden Ministerial de 14 de Enero de 1978:

" En caso de divorcio o separación judicial, se computarán por separado el patrimonio de cada cónyuge, atribuyéndose además, a cada uno de ellos, el correspondiente a los hijos que se encuentren bajo su patria potestad."

Del ordenamiento fiscal se deduce que a efectos de tributación conjunta por parte de los cónyuges, existe acumulación entre éstos si están unidos por matrimonio cualquiera que sea el régimen económico conyugal que rija entre ellos. Únicamente tributan por separado si media sentencia de separación judicial, de nulidad, o si se ha disuelto el matrimonio.

(8)- M^a T. SOLER ROCH. " La unidad contribuyente en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas". Revista Española de Derecho Financiero. 15-16 Julio-Diciembre 1977. Edit. Civitas. Pág. 535

Nos planteamos la cuestión de ¿qué ocurre en los supuestos de que exista una separación de hecho matrimonial? La separación de hecho no está regulada en el Código Civil, y como consecuencia de ello las leyes tributarias guardan silencio respecto a esta figura. Esto da lugar a que en los casos en que exista una separación de hecho los cónyuges tengan que tributar conjuntamente, aunque su régimen económico sea el de separación de bienes, debido a que no tienen sentencia firme de separación ya que no interviene el órgano jurisdiccional, puesto que no hay procedimiento.

A pesar de que en la separación de hecho sigue subsistiendo el vínculo matrimonial, los esposos viven en diferentes domicilios lo que significa que tienen mayores gastos, ya que ha dejado de existir la unidad de consumo, no cumpliéndose uno de los fundamentos básicos para que la unidad familiar tribute conjuntamente. Por ello pensamos que en estas situaciones los cónyuges tendrían que tributar por separado, ya que mantienen economías separadas, no ponen en común sus rentas, y al ser los impuestos personales de carácter progresivo salen perjudicados al tener que sumar sus rentas y su patrimonio produciéndose una cuota mayor, porque aunque posteriormente se prorratee entre ellos en proporción a lo que tengan, siempre será una cantidad superior a si tributan por separado. Esto ocurre en el Derecho Comparado que "determina - das situaciones jurídicas o fácticas dentro del matrimonio pueden ocasionar la tributación separada en países en que rija el principio general de tributación familiar. Así en Bélgica, cuando existe separación de hecho o cuando se entabla demanda de divorcio o separación judicial; en Francia, cuando existen conjuntamente separación de bienes y separación personal, cuando tramitándose la separación o el divorcio el juez autorice la residencia separada, o cuando el hogar sea abandonado por el marido o la mujer; en los Países Bajos si existe separación permanente; en Luxemburgo si existe separación de hecho; etc. ... " (9)

(9)- J. ANTON PEREZ, DIAZ MALLEDO, J.A. GARCIA MARTIN. "La unidad contribuyente." Revista de Hacienda Pública Española. nº 30, 1974 Pág. 166

El único inconveniente que se puede objetar a que los cónyuges separados de hecho no acumulen sus rentas y patrimonio y tributen individualmente, es que no pueden probar ante la Hacienda Pública su situación, puesto que no existe, en principio, un documento que así lo demuestre como ocurre en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial. Ello origina el problema de cómo probar con suficiencia la situación fáctica de separación conyugal, de manera que el Fisco quede convencido de que esa situación es verdadera y no un ardid de los esposos para tributar separadamente y pagar una cuota inferior en proporción a la que deberían, en el supuesto de declarar que viven en armonía familiar, porque admitir de forma expresa esta situación podría amparar y fomentar supuestos de fraude. La solución se podría encontrar en exigir a los cónyuges separados de hecho que aporten documentos que, con una fehaciencia suficiente, declaren que la separación de hecho es real, con lo cual se salvaguardaría el principio de seguridad jurídica. Estos documentos podrían ser los convenios de separación, si los cónyuges los han pactado, porque además de regular determinados aspectos de su vida a partir del momento en que se ha producido la separación de hecho, también señalan la fecha en que éstos se han realizado y por tanto sirven para demostrar la situación especial en que se encuentran. No cabe duda de que en algún supuesto los pactos de separación podrían ser falsos y tener como objetivo defraudar a Hacienda, pero no hay que olvidar que aunque a veces se llegaran a cometer fraudes, consideramos que a pesar de todo los esposos separados de hecho tendrían que poder tributar por separado, ya que ello está más de acuerdo con su situación real, además pensamos que tiene menor importancia que se produzca alguna situación fraudulenta aislada, que mantener esta situación injusta.

La única vía que tienen los esposos separados de hecho para poder tributar individualmente es a través del artículo 34 n.º 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que dice:

" Cuando exista imposibilidad de hecho de suscribir declaración única, co rresponderá al cónyuge o cónyuges declarantes manifestar, bajo su responsabilidad, la causa de dicha imposibilidad."

Dentro de los casos de imposibilidad de hecho cabe incluir los supuestos de separaciones de facto, puesto que se presentan mayores dificultades para que los esposos hagan la declaración conjunta, ya que tienen diferentes domicilios y puede incluso ocurrir que vivan en ciudades distintas. El Reglamento de esta Ley no hace ninguna referencia al nº 4 del artículo 34, y por tanto no señala cuáles son los casos en que tiene lugar este precepto, por ello pensamos que podemos incluir la separación de hecho dentro de los supuestos de imposibilidad de hecho. L. SANCHEZ SERRANO (10) piensa que " a pesar de dicha alusión expresa de la Ley a tal " imposibilidad de hecho ", no encontremos en ella ni en el Reglamento ningún precepto por el cual se determinen las consecuencias jurídicas de la misma. Sin que, por otro lado, en ninguno de los preceptos referentes a la sanción por falta de firma de uno de los cónyuges (artículos 34, 5, de la Ley y 166 del Reglamento) se haga discriminación alguna de los casos en que la omisión de la firma o la presentación de declaraciones separadas se deba a tal circunstancia.

No obstante, aún a falta de precepto expreso, creemos que son aplicables a este supuesto cuantas consideraciones se han hecho por la doctrina acerca de la imposibilidad sobrevenida, e incluso de la dificultad extraordinaria sobrevenida, como causas de extinción de las obligaciones. Y que por tanto, en los casos de imposibilidad de hecho y hasta de dificultad extraordinaria - piénsese, por ejemplo, en los supuestos de separación de hecho o de abandono familiar con paradero desconocido del otro cónyuge, o con fijación de las respectivas residencias en lugares muy distantes, o en los de familias temporalmente separadas por la emigración o por necesidades de trabajo -, no cabría jurídicamente sancionar ni "penalizar" en los términos aludidos el incumplimiento del deber, extinguido o inexistente en tales casos, de suscribir conjuntamente declaración única. "

(10)- L. SANCHEZ SERRANO. "La unidad familiar como sujeto fiscal." "Algunos aspectos formales de la unidad familiar." IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas. 29 de Septiembre- 2 de Octubre, 1980 Págs. 17 y 18.

Las leyes fiscales españolas al señalar que los sujetos pasivos que forman la unidad familiar tributan conjuntamente, se basa en que personas que viven juntas tienen gastos comunes y como consecuencia de ello se produce un abaratamiento en los mismos. Pero si la unidad familiar está formada por cónyuges tributan juntos siempre que permanezca el vínculo matrimonial, sin tener en cuenta si viven o no juntos, por lo que no se considera este requisito fundamental, así únicamente tributan por separado cuando se ha producido la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio, esto es siempre que se tenga una sentencia firme que pruebe esa situación.

Los casos de separación de hecho no están recogidos en las leyes fiscales porque el ordenamiento privado no regula estas situaciones, y además en ellos subsiste el vínculo conyugal. Tampoco recoge las uniones de hecho, con lo cual personas que viven unidas maritalmente, en el momento de hacer sus declaraciones las hacen por separado, ya que no hay ningún vínculo legal entre ellas, lo que da lugar a que tengan que pagar menos impuestos que un matrimonio en su misma situación económica. Estos supuestos en los cuales se ha constituido una familia, aunque jurídicamente no esté reconocida, los miembros de la misma tributan individualmente, a pesar de que existe una unidad de consumo, y ello se debe a que no media un vínculo legal entre los mismos. Así estas situaciones favorecen a las personas que las componen, siempre que el hombre y la mujer trabajen y obtengan rentas diferentes, pudiendo en algunos casos su ceder que se lleven a cabo para lograr este objetivo y defraudar al fisco, al concederles una ventaja sobre matrimonios legalmente constituidos, que se encuentran en su misma situación económica. Con lo cual no queremos decir que las personas que viven unidas tengan que tributar conjuntamente, pues daría lugar a una intromisión del Estado en su vida particular e íntima. Además ello originaría serias dificultades en el momento de comprobarlo, ya que para ello se necesitaría examinar cada caso concreto y particular, lo que sería prácticamente imposible de llevar a cabo.

La razón o motivo fundamental de que la unidad familiar tribute conjuntamente se debe a que forman una unidad de consumo, y que tienen menos gastos, en proporción, a las personas que viven individualmente. Pero parece que no sólo es primordial el motivo que acabamos de señalar, sino que también se basan, o más bien cabría decir que se deduce del mismo que es fundamental la existencia de un vínculo jurídico, en este caso el matrimonio, que origina el que tributen juntos. Todo esto nos parece acertado, pero siempre que se cumplan estas dos circunstancias: esto es, que los cónyuges vivan unidos con lo cual forman una unidad de consumo, y por lo tanto tienen derecho a una serie de ventajas, como puede ser el abaratamiento de los gastos; y una serie de inconvenientes, como es el que tengan que declarar juntos, puesto que la tributación es mayor, debido a que es progresiva. Y segunda, que medie el matrimonio entre ellos, pero entendiendo por éste una comunidad de vida y no un vínculo jurídico.

Las separaciones de hecho reúnen el segundo requisito, pero en el sentido de que entre los esposos existe un vínculo que les une jurídicamente; pero no tienen el estado civil de separado, puesto que en estas clases de separación no se lleva a cabo ningún procedimiento judicial y por tanto no se produce la sentencia firme de separación, que llevan consigo todas las separaciones legales, siendo éste el motivo para que los cónyuges separados judicialmente tributen por separado. Sin embargo el marido y la mujer separados de hecho viven en diferentes domicilios, puesto que es la primera medida que se adopta en toda separación de hecho, produciendo esto mayores gastos, pero tributan unidos.

El silencio que mantienen las leyes tributarias respecto a la separación de hecho, trae como consecuencia que no se incluyan estos supuestos entre los que forman una unidad familiar diferente a la hora de tributar, pudiendo dar lugar a que se estimulen separaciones judiciales entre los cónyuges que sólo deseaban, en un principio una separación de hecho. Porque si la ventaja económica que obtienen al poder tributar aisladamente les compensa de los incon-

venientes que supone todo procedimiento judicial, es lógico que adopten esta solución; y sobre todo ésto se llevará a cabo con más frecuencia en aquellos matrimonios que gocen de una posición económica elevada, ya que son los que salen más perjudicados al tributar conjuntamente.

Y por el contrario, las uniones extramatrimoniales, no cumplen el requisito de tener un vínculo legal, pero sí que forman una unidad familiar desde el punto de vista económico, ya que se ha formado una unidad de consumo, y sin embargo sus miembros tributan individualmente. Así parece que se llega a la conclusión de que el fundamento primordial por el que los cónyuges tienen que tributar juntos no es por razón de que forman una unidad de consumo y de producción, sino porque media entre ellos el vínculo matrimonial y no hay una sentencia firme de separación. Porque si no fuera así los separados de hecho no tendrían que tributar conjuntamente, y sin embargo, por el contrario sí que tendrían que hacerlo las personas que tienen uniones maritales de hecho.

En definitiva, creemos que los cónyuges separados de hecho tendrían que tributar por separado, aunque para poder hacerlo sería necesario presentar un documento que probara la veracidad de su situación, y el documento podría ser el pacto de separación matrimonial. Sin embargo la única solución que les queda a los cónyuges separados de hecho para poder tributar individualmente es la que señala el artículo 34, nº 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que consiste en no hacer una declaración única, debido a que tienen una imposibilidad para ello, y es el vivir en diferentes domicilios.

DERECHOS SUCESORIOSI. ACEPTACION DE LA HERENCIA

El artículo 995 del Código Civil versa sobre la aceptación y repudiación de la herencia por persona casada, precepto que ha sido modificado por la Ley de 2 de Mayo de 1975.

1. Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975:

Este precepto, con anterioridad a la citada reforma, decía que la mujer casada necesitaba la licencia para aceptar o repudiar una herencia, y en su defecto la aprobación del juez, aunque en este supuesto no respondían de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.

La mujer casada tenía en esta materia, al igual que en otras muchas, limitada su capacidad de obrar, pues necesitaba en numerosas ocasiones la licencia del marido, la cual podía ser concedida o denegada por éste sin alegar para ello alguna causa justificada. Si el marido otorgaba la licencia, que era lo normal en caso de que existiera armonía entre los esposos, no se producía ningún inconveniente. Pero el obstáculo se presentaba cuando los cónyuges estaban separados de hecho. El problema se podía solucionar siempre que el marido hubiera concedido a la mujer la licencia marital en el convenio de separación de hecho. Mas, ¿qué sucedía si los cónyuges no lo hubieran estipulado en el pacto de separación, o bien si habiéndolo hecho el marido no hubiera otorgado a la mujer la licencia ?.

Aquí tenemos que diferenciar que dentro de la aceptación pura y simple de la herencia, ésta puede ser expresa o tácita.

El precepto 995 del Código Civil parece que se podía aplicar únicamente al supuesto de la aceptación expresa, para la cual necesita la mujer la -

licencia marital. Pero ¿ qué ocurría si la aceptaba tácitamente ? El artículo 999 párrafo 3º del Código Civil dice: " Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero." La mujer para aceptar la herencia pura y simplemente y tácitamente podría recurrir a realizar alguno de los actos que señala el artículo 1000 del Código Civil, enumeración que no es exhaustiva, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado el ámbito del mencionado artículo a otra serie de actos; de esta forma la mujer no necesitaría de licencia marital para aceptar la herencia.

Aunque en este supuesto cabe preguntarnos si responderán los bienes de la sociedad de gananciales:

- Así, como si la mujer casada aceptaba la herencia con aprobación del Juez, está claro que no responderían de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal, esto es los bienes que había hasta el momento de la aceptación, pero sí los bienes futuros de ésta, ya que el artículo 995 del Código Civil no decía nada en contrario.
- Sin embargo al no pronunciarse el Código Civil sobre este supuesto concreto, podemos entender que si la mujer separada de hecho aceptaba tácitamente una herencia, sí que responderían los bienes de la sociedad de gananciales, ya que si el artículo 1.023 del Código Civil en su apartado 1º dice, con relación a la aceptación a beneficio de inventario: " El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma "; en sentido contrario hay que entender que en la aceptación tácita responden todos los bienes y consiguientemente los de la sociedad de gananciales. Aunque si no pueden responder en un principio sí lo harán en un futuro cuando se liquide la sociedad de gananciales y a la mujer le corresponda la mitad.

La solución a todo este problema creemos que hubiera sido que la mujer-casada y posteriormente separada de hecho hubiera podido aceptar la herencia a beneficio de inventario. Tesis que ha sido mantenida y apoyada por diversos autores; entre otros podemos citar a OGAYAR (1).

2. Después de la Ley de 2 de Mayo de 1975:

El artículo 995 del Código Civil, tras la Reforma de 2 de Mayo de 1975, quedó redactado de la siguiente manera: " Cuando la herencia sea aceptada - sin beneficio de inventario por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento en la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal". El vigente artículo ha - seguido la tendencia que marcaba la doctrina respecto a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Las diferencias entre la antigua y la nueva redacción de este precepto son notables:

- 1º- El antiguo artículo 995 hacía referencia únicamente a la aceptación de la herencia por parte de la mujer casada, para lo cual necesitaba licencia marital. No mencionaba la aceptación por el marido, lo cual se interpretaba en el sentido de que cabía el que aceptara o repudiara la herencia sin necesidad de ningún requisito, lo cual originaba una discriminación de la mujer respecto del marido.

Sin embargo, el precepto vigente expresa " por persona casada ", abarcando, por tanto, al marido y a la mujer. Así tanto uno como otro necesitan el consentimiento del otro cónyuge si no aceptan la herencia a beneficio de inventario y quieren que la sociedad conyugal res

(1)- T. OGAYAR. " La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce". Edit. Reus, Madrid, 1971. Págs. 115 - 116

ponda de las deudas. Esto se deriva del plano de igualdad en que se quiere situar a los cónyuges, pues la Reforma de 1975 tuvo entre otros objetivos, no limitar la capacidad de obrar de la mujer casada, manifestándolo el artículo 62 n.º 1 del Código Civil: " El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges."

- 2º - Ambos artículos imponen una sanción, que es , que la sociedad de gananciales no responde de las deudas hereditarias cuando se dan unas circunstancias determinadas, pero no son las mismas en un tipo que en otro. En el precepto antiguo si la mujer casada aceptaba la herencia con la aprobación judicial no respondían los bienes ya existentes en la sociedad conyugal. El vigente texto dice que no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal. Por lo tanto, no distingue entre bienes ya existentes y bienes futuros.

Así, la mujer separada de hecho puede aceptar cualquier herencia, pues ya no necesita de la licencia marital, que ha sido suprimida por la Ley de 2 de Mayo de 1975, ni el consentimiento de su marido, aunque de las deudas hereditarias responderá su propio patrimonio. Además, cabe el que la acepte a beneficio de inventario, lo cual significa que nunca sufrirán menoscabo los bienes privativos, ya que el beneficio de inventario es: " la facultad concedida por la Ley a los herederos para aceptar la herencia con la modalidad de no responder de las obligaciones del finado ilimitadamente, sino sólo hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios " (2).

(2)- J. CASTAN TOBEÑAS. " Derecho Civil Español, común y foral ". T. V. vol. 1º. 7ª ed. Madrid, 1969. Pág. 127

II. LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CONYUGE

El cónyuge viudo tiene derecho a la legítima viudal en usufructo, en una cuota que varía según las personas con las que concurra en la herencia. El artículo 834 del Código Civil señala: " El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurriere a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora".

El momento de referencia para la atribución del usufructo viudal es el de la muerte del otro cónyuge, y hay que determinar si existe persona que pueda legalmente ostentar este carácter. En caso afirmativo tendrá en usufructo la parte que le corresponde, pero también puede ocurrir que no exista un cónyuge que pueda llevar ese nombre, o bien existiendo se hallare separado por su culpa, y consiguientemente no nace tal derecho.

El precepto citado exige que a la muerte de uno de los esposos, el otro no esté separado o si lo estuviere que hubiera sido por culpa del premuerto. Esto se debe a que en nuestro ordenamiento jurídico al decretarse la separación judicial por sentencia firme de un Tribunal, un cónyuge es culpable y el otro inocente. Este es un principio mantenido por el Código Civil, con el que no estamos de acuerdo porque pensamos que no toda separación judicial tiene que partir de la culpabilidad o inocencia de un esposo, ya que la culpa puede ser de ambos o bien no existir en ninguno de ellos. La razón de que se hable de culpabilidad se encuentra en que el Código Civil en su artículo 105 establece y enumera las causas legítimas de separación, y al cónyuge que se prueba que ha incurrido en una de ellas se le declara culpable.

El artículo 835 del mismo cuerpo legal expresa: " Cuando estuvieran los cónyuges separados en virtud de la demanda, se esperará el resultado del pleito.

Si entre los cónyuges separados hubiese mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos".

De esto derivamos que si uno de los esposos muere mientras se lleva a cabo el juicio de separación, hay que esperar la sentencia del juicio para poder conocer si el cónyuge superviviente tiene derecho a la legítima viudal, en base a su culpabilidad o inocencia. Tampoco pierden este derecho si los cónyuges se perdonan o reconcilian posteriormente.

Como consecuencia, podemos decir que perderá su derecho a la legítima viudal el cónyuge separado, pero únicamente si es culpable.

Los artículos 834 y 835 del Código Civil cuando se refieren a la separación, hemos de entender que se trata de separación judicial, a pesar de que no lo dicen expresamente, porque es la única regulada en el ordenamiento civil español. Y el artículo 834 del Código Civil hace referencia a la culpa, dándose ésta únicamente en la separación judicial, no en la separación de hecho, ya que en ésta no se lleva a cabo un procedimiento; lo mismo ocurre con el artículo 835, que dice expresamente: " los cónyuges separados en virtud de demanda". y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1990 manifiesta en su segundo considerando: "... según la indicada normativa del precitado artículo 834, en contra de lo apreciado por la recurrente cuando se refiera a que el cónyuge " no se hallare separado ", evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de " hecho " o " amistosa ", porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo 1º del artículo 835 del Código Civil, al expresar que " cuando estuviesen los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará el resultado del pleito ", pues con ello claramente se da a entender que aquella referencia del artículo 834 a " separación " se contrae a la judicial, ya que sería absurdo y como tal rechazable, entender que contemplaba la simple separación de " hecho " o " amistosa " cuando precisamente se requiere su reconocimiento judicial cuando pende la demanda formulada con tal finalidad".

Nos podemos preguntar si el cónyuge viudo separado de hecho tiene derecho a la legítima viudal. Consideramos que hay que contestar afirmativamente, en primer lugar porque los preceptos que hemos citado se refieren a la separación legal y no a la separación de hecho; en segundo lugar porque la separación de hecho no surte efectos jurídicos entre los esposos y por lo tanto no cabe que ellos regulen ésto. La única medida que se puede adoptar es que si un esposo desea desheredar al otro, recurra al artículo 855 del Código Civil, y si cumple una de las causas reguladas en este precepto, puede efectuar su objetivo. El artículo 855 nº 1 del Código Civil dice que son justas causas para desheredar al cónyuge las que dan lugar a la separación personal según el artículo 1o5, y el último párrafo del precepto 855 exige que en este supuesto los esposos no vivan bajo el mismo techo. Y esto se cumple en la separación de hecho, porque una de sus primeras consecuencias es que el marido y la mujer tengan diferente domicilio. Así que la pérdida a la legítima viudal sólo se da en la separación de hecho si expresamente un cónyuge deshereda a otro en su testamento por uno de los motivos del artículo 855 del Código Civil.

El artículo 834 del Código Civil dice: " El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurrese a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Este precepto exige que a la muerte de uno de los esposos el otro no esté separado o si lo estuviere, hubiera sido por culpa del premuerto. Postura similar es la mantenida por parte de la doctrina; así MANRESA (3) dice: " La separación amistosa de los contrayentes no puede legalmente producir los mismos efectos que el divorcio (hoy separación). Pudo ser motivada por las mismas causas y evitando el escándalo de una cues

(3)- J. M. MANRESA. " Comentarios al Código Civil Español" T.VI, vol. I. Revisado por T. Ogayar. 7ª ed., Madrid, edit. Reus, 1951. Págs. 573-576

ción judicial, pero pudo también obedecer a otros motivos. Será en muchos casos un espectáculo triste y repugnante ver cómo un cónyuge que no tuvo de tal más que el nombre, que no compartió su existencia con el premuerto, que tal vez fue causa de todas sus desgracias, y que en la vida le despreció, se presente reclamando el disfrute de una parte de su fortuna, y haya de concedérsele contra toda razón y justicia. Pero reflexiónese que la ley ni podía dictar un fallo a ciegas, ni envolver en una misma regla al cónyuge culpable y al cónyuge inocente, ni exigir un juicio en el que se probase la culpabilidad. La Ley ha hecho cuanto podía en esta cuestión, facultando a cada uno de los cónyuges, en el nº 1 del artículo 855 del Código Civil para desheredar al otro, por cualquiera de las causas que dan lugar al divorcio, hoy separación".

La misma línea es mantenida por OGAYAR (4), que señala que aunque la separación de hecho no es causa por sí misma de privación de la legítima viudal, el legislador pone a disposición del cónyuge ofendido un arma para despojar a su consorte de la legítima, ya que el artículo 855 nº 1 dice que son causas de desheredación: "Las que dan lugar a la separación personal conforme al artículo 105". Y el último párrafo del mismo precepto expresa: "Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo", ya que si vivieran juntos se supondría una reconciliación tácita. Por consiguiente, si concurre alguna causa justa de desheredación junto con el hecho de no vivir bajo el mismo techo los cónyuges, se concede al agraviado la posibilidad de privar al otro cónyuge de su legítima.

FAUS (5) ve en ésto un reconocimiento del hecho de la separación, y de -

(4)- T. OGAYAR. Ob. Cit. Pág. 118

(5)- FAUS ESTEVE. " La separación de hecho en el matrimonio". Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág. 331

las consecuencias legales que de ello se derivan. Pero no hace falta la sentencia de separación, ni la interposición de la demanda, sino que es suficiente la disgregación de la vida y la existencia de una causa, que precisaría de prueba si el desheredado la negare o si aún demostrada, alegase la no ruptura de la comunidad matrimonial.

Esta opinión le parece demasiado radical a OGAYAR (6), porque el artículo 855 del Código Civil no regula la separación de hecho, sino que sólo se limita a tenerla en cuenta, como presupuesto legal, para regular la trascendencia de las justas causas de desheredación del cónyuge.

Por consiguiente, el cónyuge abandonado por el otro, en el supuesto de la separación de hecho, puede desheredar al que le abandonó. Aunque esta situación no se encuentra regulada por la Ley surte o puede hacer surtir este efecto. ZANON MASDEU (7) apoya la tesis de OGAYAR.

PUIG-BRUTAU (8) dice que el artículo 834 del Código Civil no se refiere al viudo o viuda que se hallase divorciado (como antes de la reforma de 24 de Abril de 1958), sino del cónyuge " que al morir su consorte no se hallase separado o lo estuviese por culpa del difunto ". Continúa diciendo: " nos parece improbable que la diferente expresión pueda servir para fundar una diferencia de efectos, pues sin duda se refiere el precepto a la separación judicial y no a la separación de mero hecho. Esta puede responder a diversas causas y no permite fundar en ella con seguridad un efecto tan importante como privar del derecho a legítima al cónyuge sobreviviente".

(6)- T. OGAYAR. Ob. Cit. Pág. 118

(7)- L. ZANON MASDEU. " La separación matrimonial de hecho". Edit. Hispánica Europea, Barcelona, 1974. Pág. 239

(8)- PUIG-BRUTAU. " Fundamentos de Derecho Civil" T. V. Vol. 3º, Edit. Bosch, Barcelona, 1964. Pág. 123

Algunos autores, entre ellos FAUS consideran que el artículo 855 del Código Civil en su apartado primero tiene presente la separación de hecho como causa para desheredar al cónyuge viudo, y el mismo artículo en el párrafo último de su apartado cuarto señala que es necesario que los cónyuges no vivan bajo el mismo techo.

No estamos de acuerdo con la tesis de FAUS, porque el artículo 855 del Código Civil, al referirse a las causas justas de desheredación del cónyuge en su apartado primero dice: "Las que dan lugar a la separación personal, según el artículo 105 del Código Civil". FAUS al examinar este apartado parece que únicamente se fija en la primera parte y equipara separación personal a separación de hecho. Pero a continuación, el precepto nos remite a las causas del artículo 105, que son las que dan lugar a la separación judicial, es decir, las causas legítimas de separación. Además, el artículo 105 se encuentra dentro de la sección 4ª del capítulo III, título IV, Libro 1º del Código Civil, que se refiere a la separación.

Como hemos dicho en varias ocasiones, nuestro ordenamiento no reconoce ni admite la separación por mutuo consentimiento, y por tanto no hay normas que la regulen. Únicamente se admite la separación que se haya producido por una de las causas recogidas en la legislación, deduciéndose de ello efectos jurídicos. Aunque el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hace referencia a la separación de hecho libremente consentida como causa de divorcio, lo que origina que no habrá que esgrimir una causa regulada en el Código Civil para que se determine la culpabilidad de un cónyuge, siempre que se haga uso de este motivo para conseguir el divorcio.

Nos adherimos a la postura de OGAYAR, también defendida por ZANON MASDEU, porque aunque el artículo 855 del Código Civil no hace referencia a la separación de hecho, puede este precepto ser el cauce que use el cónyuge separa-

do de hecho para desheredar al otro, siempre que haya incurrido en uno de los motivos señalados en este artículo. La causa que puede alegarse con más facilidad es la señalada en el n° 1 de dicho artículo que hace referencia a las causas de separación personal, pero se exige que los cónyuges no vivan bajo el mismo techo, requisito que se cumple en la separación de hecho matrimonial. Consideramos que ello sería sencillo de probar, porque a pesar de que la separación de hecho no se tiene porqué producir como consecuencia de una causa concreta o determinada, no obstante puede suceder que sí que haya existido un motivo de los señalados en el artículo 105 del Código Civil, que haya originado el que los cónyuges lleguen a esta situación determinada. Aunque lo que no ha habido ha sido un procedimiento judicial, en el cual se haya probado la culpabilidad o inocencia de uno de los esposos, como ocurre en la separación judicial, puesto que éste es una de las ventajas que ofrece la separación de hecho frente a la separación judicial.

Por consiguiente pensamos que de forma directa un cónyuge no puede desheredar al otro, únicamente porque estén separados de hecho, ya que no hay un precepto que sí lo indique, como son los artículos 834 y 835 del Código Civil, con respecto a la separación judicial. Sin embargo sí que cabe esta posibilidad a través del artículo 855, n° 1 del Código Civil, siempre que se cumpla el último apartado del precepto citado que dice: " Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo".

El ordenamiento jurídico español al igual que el italiano no reconoce que la separación de hecho pueda suprimir los derechos sucesorios entre los cónyuges, para ello el Código Civil italiano se basa en los artículos 585 y 542. Sin embargo el Código Civil argentino sí que regula que la separación de hecho produce la pérdida a los derechos sucesorios del otro cónyuge, en su artículo 3575, al decir que cesa la sucesión de los cónyuges si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse.

Consideremos que la separación de hecho sí que tendría que traer como consecuencia el que un cónyuge no tuviera derechos sucesorios sobre el otro, si el causante así lo deseara. Con lo cual se dejaría abierta la puerta para que un esposo pudiera desheredar al otro sin tener que acudir al artículo 855, nº 1 del Código Civil, ya que éste exige un medio de prueba, puesto que es triste que un cónyuge herede del otro y no haya compartido con él su vida; pero al mismo tiempo si no se quiere desheredar al otro, no hubiera porqué hacerlo. La solución sería una norma de carácter dispositivo y no de ius cogens, con lo cual se podría acoger a ello aquel que lo deseara. Porque al no tener cabida en nuestro ordenamiento un precepto que regule este aspecto, se puede producir el que haya cónyuges que acudan a la vía judicial para obtener su separación, con el objetivo de que el esposo culpable no participe en su cuota viual. Aunque hay que reconocer que para declarar a un cónyuge culpable es necesario que haya incurrido en uno de los motivos recogidos en el artículo 105 del Código Civil, que son al mismo tiempo una de las causas por las que un esposo puede desheredar al otro. Y sin embargo para que se decreta la separación legal es necesario un procedimiento judicial, que es más largo, costoso y desagradable que la desheredación del artículo 855, nº 1 del Código Civil, aunque, por supuesto, la separación judicial produce junto a la pérdida de los derechos sucesorios otros efectos.

CAPITULO CUARTO

LA SEPARACION DE HECHO Y CONVENCIONAL EN ITALIA

LA SEPARACION DE HECHO Y CONVENCIONAL EN ITALIA

I. INTRODUCCION

Hacemos un breve estudio de la separación convencional en Italia, porque es el único país europeo que tiene recogida esta figura en su ordenamiento jurídico, siendo esta clase de separación un objetivo a lograr por un sector de la doctrina española, puesto que ofrece numerosas ventajas, ya que produce efectos jurídicos y no se acude a un procedimiento judicial.

Para que se produzca la separación convencional es necesario no sólo el consentimiento de los cónyuges, sino que también es imprescindible que sea homologada por un Tribunal. El Tribunal homologa el convenio que le presentan los esposos, en el cual regulan el aspecto personal y patrimonial de su vida futura y separada; y a partir de la homologación, el acuerdo de separación produce efectos jurídicos entre los esposos, pero el Tribunal no entra en el examen de las causas que han motivado a éstos a tomar esta decisión, lo que origina que no haya juicio, y que por tanto no exista un cónyuge culpable y otro inocente, además resulta mucho más económico y rápido que una separación judicial.

Es la homologación lo que diferencia esta clase de separación de la separación de facto, y la consecuencia para que las partes de separación dímansen obligatoriedad y vinculatoriedad, con la ventaja de que las partes no han tenido que acudir a un juicio y manifestar en público sus intimidades.

El Derecho Italiano admite junto a la separación judicial, la separación consensual que se basa en el acuerdo de los cónyuges homologado por el juez. Aparece esta figura jurídica en el Código Civil italiano de 1865, contradiciendo el Código de Napoleón que no recogía esta clase de separación, y continúa en el vigente Código Civil italiano de 1942.

El Código Civil italiano dedica un único artículo a este tipo de separación, y es el 158 que dice: "La separación por el sólo consentimiento de los cónyuges no produce efecto sin homologación del Tribunal." Este precepto se complementa con el artículo 711 del Código Procesal Civil. Significa esta norma que aunque la ley concede gran importancia a la autonomía de los cónyuges, no cree suficiente la voluntad de éstos; el consentimiento es necesario para que la separación tenga eficacia jurídica, pero al mismo tiempo tiene que darse la homologación del Tribunal. Ello se debe a que la separación de los cónyuges no es un acto que sólo les interesa a los mismos, sino también a los hijos y al resto de la familia.

En Derecho italiano la separación puede tener lugar por dos motivos, uno primero que es que existan causas determinadas, y otro por el simple acuerdo de los cónyuges. Pero en ambos supuestos interviene la autoridad del Estado, en el primer caso ejerciendo una función jurisdiccional; en el segundo una función de control.

En la separación convencional, la función del juez limita:

- 1º - intentar la reconciliación de los cónyuges.
- 2º - comprobar la existencia efectiva del acuerdo de separación.
- 3º - controlar las condiciones estipuladas con potestad de rechazar el convenio si estima que aquellas son contrarias a las exigencias del interés de la familia.

El ordenamiento italiano guarda silencio con respecto a las causas que pueden motivar la separación consensual, y la doctrina en su mayor parte, afirma que es suficiente el consentimiento de los cónyuges, sin que sea necesario que el Tribunal examine los motivos que les llevaron a decidir la separación.

El consentimiento realiza varias funciones:

- 1º - sustituir a la sentencia de separación por parte del juez
- 2º - sustituir cualquier causa de separación

- 3º - cubrir, evitando que surja, la existencia de una causa de separación cuando la haya
- 4º - crear, mediante pacto, un régimen voluntario de separación.

II. EL CONSENTIMIENTO

Se presenta un problema en torno al consentimiento, que consiste en determinar si éste es o no revocable, es decir si uno de los cónyuges puede revocar el consentimiento después de haberlo emitido.

Reconocer que la voluntad de uno sólo de los esposos puede poner fin al acuerdo de separación de hecho, significa en la práctica negar toda relevancia al mismo. Ello puede ser consecuencia de una tradicional hostilidad hacia el acuerdo de separación de hecho, reforzado por los desfavores con que el Derecho Canónico considera la separación consensual, y todavía por la tradición francesa que enseñó que la separación debe estar basada en la culpa. Por todo esto la doctrina dominante está decidida a sostener que es suficiente la voluntad de uno sólo de los cónyuges para restablecer la comunidad conyugal y por calificar como " voluntario abandono " la eventual denegación que el otro cónyuge hace de tal pretensión. Sin embargo una parte aislada de la doctrina opina lo contrario, y la doctrina jurisprudencial se mantiene dividida.

Ante todo se puede observar que la orientación de la doctrina dominante está a menudo fundada sobre una clara petición de principio: la separación de hecho es jurídicamente irrelevante, entonces cualquiera de los cónyuges tiene derecho a pedir, cuando y como quiera la renovación de la convivencia no obstante el consentimiento prestado anteriormente. Las recientes intervenciones normativas que han llevado la recepción en el ordenamiento de la separación de hecho para ciertos efectos, y algunas orientaciones jurisprudenciales podrían, en este punto, ser invocadas para sostener la tesis opuesta. No es verdad que la separación de hecho sea siempre improductiva de efectos

jurídicos, pues entonces sólo la misma voluntad común que ha hecho que exista, puede ir contra ella. Es importante referirse al más importante dato normativo, el artículo 3b) de la Ley de Divorcio. Teniendo en cuenta este precepto el cónyuge puede obtener, en vía transitoria, la disolución del vínculo aún contra la voluntad del otro esposo, basándose en la separación de hecho. Los que sostengan la tesis contraria se encuentran con el deber de justificar la realidad, no fácil, de que un cónyuge separado de hecho pueda obtener la disolución del matrimonio, contra la voluntad del otro cónyuge, pero no pueda oponerse a la voluntad del mismo cónyuge de reemprender la convivencia; lo que es evidentemente un contrasentido.

El segundo argumento es el artículo 151 n° 1 del Código Civil; porque un periodo de separación de hecho, en el cual los cónyuges están de acuerdo en vivir separados, constituye un hecho de que la convivencia es intolerable, y puede ser motivo de separación judicial en el sentido del artículo 151 n° 1 del Código Civil. Esto significa que el esposo separado de hecho que no quiere reemprender la convivencia, puede acudir a juicio para pedir la separación judicial sobre la base de separación de hecho.

Y un tercer argumento, es la Ley de Reforma del Derecho de Familia. Justo o erróneo en el plano ético, en el ámbito de la familia, se han cambiado los valores. La sacramentalidad del principio de unidad de la familia, como interés superior a defender en contra de la voluntad de los mismos cónyuges, ha sido sacrificado para reevaluar y revalorizar la persona y la libertad de cada cónyuge.

En conclusión, y dentro de la esfera ética, no hay quien no vea cómo es contrario a la personalidad humana y a la moral, el reconstruir contra la propia voluntad, una comunidad conyugal que ya no existe desde hace tiempo.(1)

(1)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione di fatto." Edit. Giuffrè. Milano, 1978. Págs. 187-192

Y en la separación convencional ¿se puede revocar el consentimiento antes de la homologación por el Tribunal? Una serie de autores ya la mayor parte de la jurisprudencia, (así las sentencias de la Corte de Casación de 3 de Marzo de 1936; del Tribunal de Nápoles de 6 de Febrero de 1947; del Tribunal de Salerno de 30 de Abril de 1957; del Tribunal de Nápoles de 28 de Mayo de 1957; del Tribunal de Lecce de 13 de Mayo de 1958) sostienen la revocabilidad del consentimiento, basándose en los siguientes argumentos:

- 1º - Consideran la homologación por el Tribunal como el momento principal de la separación, y hasta que no se produzca ésta, el consentimiento no tiene ninguna importancia.
- 2º - Por analogía con el artículo 298 párrafo 2º del Código Civil italiano, que señala que para la adopción, el adoptante puede revocar el consentimiento hasta que no haya emanado el decreto de adopción.
- 3º - Manifestando que el artículo 1372 del Código Civil establece que la irrevocabilidad de los contratos no es aplicable al acuerdo, y que el consentimiento es un acuerdo.

Sin embargo la mayoría de la doctrina adopta la posición contraria y sostiene que el consentimiento es irrevocable. Entre los autores que lo afirman podemos señalar a CARNELUTTI, JEMOLO, PAJARDI, SCARDULLA, que rebaten los argumentos expuestos anteriormente:

- 1º - En contra del primer argumento, CARNELUTTI (2) comenta la sentencia de la Corte de Casación de 3 de Marzo de 1936 y afirma que el Tribunal ha caído en un error al declarar que el acuerdo entre los cónyuges no tiene una entidad jurídicamente relevante, pues si la homologación del Tribunal es la comprobación constitutiva de la eficacia

(2)- CARNELUTTI. "Separazione per accordo fra i coniugi" Rivista di Diritto Processuale Civile, 1936, II. Págs. 159-162

del acuerdo, al negar el acuerdo eficacia o relevancia jurídica es una contradictio in adiecto. De lo que se deduce que el acuerdo sin la homologación del Tribunal, no determina el efecto modificativo del régimen matrimonial, esto no excluye que el acuerdo pueda producir algún efecto jurídico, ya que la homologación tiene un valor de conditio iuris y la dependencia de una condición suspensiva no excluye la eficacia del negocio condicionado, que tiene como uno de sus efectos la irrevocabilidad del consentimiento prestado.

- 2º - Rebate D'ANTONIO (3) el segundo argumento diciendo que se aduce que no rige en el ámbito jurídico, ya que el efecto que produce el decreto de adopción, no estaría al alcance de los particulares, según el sistema general de todo Derecho.
- 3º - Sostiene SCARDULLA (4) que el artículo 1372 del Código Civil, es aplicable también a los acuerdos, y por tanto éstos al igual que los contratos son irrevocables. Se basa en que los cónyuges están unidos por una originaria convergencia de pareceres y actúan con una obvia exigencia de colaboración.

La doctrina italiana mantiene distintas posiciones respecto al valor que tiene el consentimiento en la separación convencional.

Algunos autores como JEMOLO; CARNELUCCI, BARASSI (5) sostienen que el con

(3)- A. D' ANTONIO. "Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione", Rivista di Diritto Civile, 1959, II. Págs. 466 y 467

(4)- F. SCARDULLA. "La separazione personale dei coniugi". Edit. Giuffrè, Milano 1967. Pág. 68

(5)- A.C.JEMOLO. "Il matrimonio. Trattato di diritto civile italiano" I.I, Vol. 3º, fasc.1º, 4º edic., Edit. Torinese, Torino, 1961. Pág. 442

CARNELUCCI. "Separazione per..." Ob. Cit. Pág. 153

BARASSI. "La famiglia legittima nel nuovo codice civile" Edit. Giuffrè; 3ª edic., Milano, 1947

sentimiento es un elemento esencial y autónomo en la separación convencional y la homologación tiene un carácter de *condictio iuris*.

Otro sector de la doctrina, entre ellos D'ANTONIO (6), afirma que tanto el consentimiento como la homologación son elementos esenciales y concurrentes para la separación, y no se puede reconocer valor de fuente exclusiva ni a uno ni a otro, y que el acuerdo representa un momento, una fase, de un acto complejo en curso de formación.

Sin embargo, otros autores como DEGNI, GANGI, AZZOLINA (7) dan una mayor importancia a la homologación que al consentimiento, teniendo posibilidad el Tribunal de negar la homologación a la separación de los cónyuges, o de cambiar los pactos de ésta. Esta postura ha sido la que seguido la Jurisprudencia.

III. LA HOMOLOGACION

La homologación tiene como fin controlar unos acuerdos, que aunque son de naturaleza privada, tienen un interés público. El control tiene por objeto comprobar:

- 1º - La legitimidad del procedimiento, es decir que se cumplan las disposiciones que se han establecido para ello, como son: La conciliación, la competencia del Tribunal, la legitimidad de los cónyuges y el desarrollo del proceso.
- 2º - Los motivos de la separación, como son la libre manifestación del contenido, la existencia de una voluntad encaminada a la separación y las condiciones de separación respecto al cónyuge y a los hijos.

(6)- A. D'ANTONIO. "Irrevocabilità del ..." Ob. Cit. Pág. 465

(7)- DEGNI. "Separazione dei coniugi" en Nuovo Digesto Italiano, XII; I Edit. Torinese, Torino, 1940. Pág. 107

GANGI. "Derecho matrimonial". Traducción de M. Moreno. 3ª edic. Edit. Aguilar, Madrid, 1960. Pág. 234

AZZOLINA. "La separazione personale dei coniugi" 3ª edic. Torino, 1966. Pág. 222

El primer objetivo no ofrece ninguna dificultad; pero sí es difícil comprobar los motivos que han originado la separación. Determinar si el consentimiento se ha manifestado con libertad es difícil y sería necesario examinar lo que ha motivado a los esposos a separarse. Por eso si se advierte alguna duda por parte de un cónyuge en la conciliación respecto a la prestación del consentimiento, el Tribunal puede realizar las pesquisas que crea necesarias para aclarar ésto, y si es necesario intervendrá también el Ministerio Fiscal.

Una vez comprobado que existe libre consentimiento, se tiene que examinar si hay verdadera voluntad por parte de los cónyuges en separarse, ya que ésta puede faltar, aunque se haya manifestado el consentimiento libremente.

Posteriormente el Tribunal examinará el resto de las condiciones. Y no serían homologables los pactos que estipulen unas condiciones que vayan en contra del interés de la familia; que establezcan dirimir por árbitros las controversias que surjan en un futuro, respecto a la interpretación de la separación; las que hagan depender el acuerdo de una condición suspensiva, porque la homologación tiene como una situación presente.

Un problema que se presenta respecto a la homologación, es si el juez puede rechazar, completar o modificar el acuerdo establecido por los cónyuges. La doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas, con lo cual surgen diversas posturas:

- 1º - Los que niegan estas facultades al juez, porque el acuerdo es irrevocable, y una vez que se ha comprobado su existencia, el juez no puede destruir un efecto jurídico que no ha producido. Además consideran que el Tribunal puede homologar o no, pero no tiene atribuciones para sustituir o modificar los pactos de separación. (8)

Por lo tanto, el Tribunal podrá rechazar la homologación de los pactos que vayan en contra del interés de la familia, y el juez se lo advertirá a los cónyuges durante la conciliación, pero no puede sus

(8)- CARNELUTTI. " Separazione per ..." Ob. Cit. Pág. 162
A.C. JEMOLO. "Il matrimonio..." Ob. Cit. Pág. 445

tituit o modificar las condiciones establecidas por éstos ya que su actividad es de control.

- 2ª- Por el contrario, la mayor parte de la jurisprudencia sostiene que las facultades del Tribunal son además de la de control, la de modificar las condiciones que encuentre conveniente o sustituirlas por otras que estén más de acuerdo con los intereses de la familia.

La sentencia de Casación de 19 de Diciembre de 1956 considera que aunque la homologación está en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, y por tanto no adquiere eficacia de cosa juzgada, su función es más elevada que la de una aprobación del pacto de los cónyuges, ya que está dirigida y si hay justas causas para la separación y la conveniencia de los pactos hechos en interés de la familia y de los hijos. (9)

Esta tesis no se apoya en fundamentos doctrinales sólidos, aunque trata de aumentar los poderes del juez, restringiendo los de los cónyuges, ya que la amplitud de éstos supone una gran diferencia con las demás normas del Derecho familiar. Al no establecer la ley cuáles son los poderes del juez con respecto a la homologación no se adquiere la autoridad de cosa juzgada, y el artículo 71o del Código Procesal Civil señala para ello la forma de procedimiento contencioso. Y esto puede suceder:

- Si cambian las condiciones económicas de alguno de los cónyuges, Sentencia del Tribunal de Apelación de Mesina de 31 de Mayo de 1958.
- Si tiene lugar la mayoría de edad, o muerte de alguno de los hijos a los que había que sustentar.

Pero existe la duda de si las condiciones pueden ser modificadas por medio de la jurisdicción voluntaria, si existe mutua voluntad de los cónyuges.

(9)- Ver Obra de "Separazione dei coniugi" en Repertorio de Giustizia Civile, 1956, n° 136'

IV. EFECTOS DE LA SEPARACION DE HECHO Y CONVENCIONAL

En la separación de hecho, los efectos se atenúan, pero no vienen a menos en sentido absoluto los deberes fundamentales de fidelidad, asistencia moral y material, de colaboración en interés de la familia, mientras la obligación de cohabitación se suspende. La separación de hecho no hace perder la cualidad de "residencia de la familia" a la casa donde los cónyuges han vivido juntos, allí donde uno de los esposos se ha quedado a residir establemente.

1. COHABITACION

Al ser la cohabitación una obligación y deber de los cónyuges, cesa al producirse la separación de hecho y convencional, y trae como consecuencia que el domicilio de los esposos sea diferente, por lo tanto la mujer ya no tendrá el mismo que el marido. Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal de Tarequeto de 1 de Julio de 1949, al decir que cesa el domicilio legal de la mujer junto al marido después que el decreto de homologación haya venido a ser eficaz.

2. LA FIDELIDAD.

La fidelidad continúa siendo un deber que nace del matrimonio, aunque ha perdido sobre el plano jurídico gran parte de su importancia, ello se debe a que el adulterio ha desaparecido como delito por motivos de inconstitucionalidad, y a que tampoco existe la culpa como causa de separación, allí donde antes podría valer en su aspecto de comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio.

El deber de fidelidad tiende a desaparecer o cuanto menos a alejarse cuando los cónyuges viven separados.

En el supuesto de cónyuges separados judicialmente, se ha dicho que sólo

sobreviven los efectos patrimoniales, mientras que los deberes no patrimoniales que nacen del matrimonio están del todo desprovistos de sanción, sobre todo en los casos en que se mantenga la no modificación de la sentencia de separación.

Una vez pronunciada la separación personal de los cónyuges, sea consensual homologada o judicial, la infidelidad sucesiva a la cesación de la convivencia llega a ser irrelevante, desde el momento en que no se puede pedir en un juicio posterior la imputabilidad de la misma. Esto se debe a que el nuevo Derecho de Familia ha suprimido la separación por culpa.

Se puede sostener que la fidelidad continúa siendo un deber del matrimonio mientras los esposos conviven, pero no es así cuando viven separados, aunque sea también de hecho. (10)

3. ASISTENCIA

Dentro de la asistencia se pueden distinguir dos aspectos: uno espiritual y afectivo y otro material y económico. El primero cesa cuando se produce una separación convencional y de hecho, como consecuencia de que los esposos viven separados y de no existir entre los cónyuges unión espiritual. Pero el segundo de los aspectos continúa persistiendo, aunque adaptado a unas circunstancias nuevas y diferentes.

Podemos distinguir el aspecto personal, económico y patrimonial.

A. ASPECTO PERSONAL

a. DERECHO AL APELLIDO MARITAL

El artículo 156 bis del Código Civil expresa: " El juez puede prohibir a la mujer el uso del apellido del marido cuando tal uso sea para él gravemente perjudicial, y puede igualmente autorizar a la mujer a no usar el mismo apellido, cuando el uso pueda derivar graves perjuicios".

(10)- V. FRANCESCHELLI. " La separazione di fatto" Ob. cit. Pág. 179

Esta prohibición sólo se lleva a efecto cuando existen graves motivos de indignidad, como sería el que la mujer llevara una vida inmoral y licenciosa, produciendo esto una ofensa al honor del marido.

Hay que preguntarnos si en la separación convencional y de hecho pueden los cónyuges pactar que la mujer no use el apellido del marido.

La jurisprudencia ha mantenido que la determinación de la mujer a no usar el apellido marital no es judicialmente vinculante. Así lo consideran las sentencias del Tribunal de Apelación de Roma de 27 de Julio de 1956, y de 22 de Julio de 1956. Esta última sentencia es comentada por DE ROSA (11) diciendo que la disponibilidad del apellido del marido por parte de la mujer tiene una limitación que se deriva del derecho del marido, que puede ser renovado por el mutuo consentimiento del marido de dispensarla del cumplimiento de un deber; o bien por el contrario debido al interés del marido, la mujer renuncia al ejercicio de un derecho.

El Tribunal que homologa un acuerdo de separación convencional, al examinar los motivos de cada caso concreto y debido a su ámbito discrecional, determinará si procede o no el que la mujer use el apellido del marido siempre que haya sido pactado por los cónyuges en el convenio de separación.

b. ASIGNACION DE LOS HIJOS

Uno de los puntos más importantes de los pactos de separación es el referente a la asignación de los hijos a uno de los esposos.

Los cónyuges pactan en los acuerdos tanto la separación convencional como de hecho, sobre la guarda y cuidado de los hijos, pudiéndose quedar bien uno u otro con éstos, o bien se los reparten entre ambos. Los criterios que guían

(11)- DE ROSA. " Sulla validità degli accordi circa il cognome delle moglie separata". en Giurisprudenza italiana, 1957. I,2. Págs. 127-128

a los esposos para realizar la designación de los hijos deben ser los mismos que utilizan para hacer el acuerdo, esto es tienen que buscar el interés de la familia.

La Ley de 19 de Mayo de 1975 regula que la patria potestad es una facultad conjunta de ambos progenitores.

El artículo 316 párrafo 1º del Código Civil señala que el hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta que alcance la mayoría de edad o la emancipación. Y el artículo 317 del mismo Texto Legal dice: " En el caso de ausencia, incapacidad u otro impedimento que produzca imposibilidad a uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, ésta es ejercida en modo exclusivo por el otro.

La patria potestad común de los padres no cesa cuando, después de la separación, disolución, anulación o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio, los hijos vienen confiados a uno de éstos. El ejercicio de la patria potestad es regulado, en tales casos, según lo dispuesto en el artículo 155."

Y el precepto 155 expresa: " El juez que pronuncia la separación dirá a cuál de los cónyuges son confiados los hijos y adoptará con el otro las disposiciones relativas a la prole, con exclusiva referencia a los intereses morales y materiales de éstos.

El cónyuge al cual le son confiados los hijos salvo disposición distinta del juez, tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad de éstos. (...)"

Los pactos de separación que señalan la designación de los hijos se pueden modificar y revocar. La sentencia del Tribunal de Savona de 16 de Julio de 1956 mantiene esta opinión y lo basa en que la homologación es un acto de jurisdicción voluntaria y por tanto de naturaleza administrativa; nunca adquiere valor de cosa juzgada y por tanto es modificable y revocable. La revocación puede tener lugar bien por motivos de mérito o por vicios de legitimidad.

La sentencia del Tribunal de 24 de Febrero de 1950, manifiesta que para que tenga lugar las modificaciones, es necesario que existan nuevos hechos

que las justifiquen; puesto que pactos son acuerdos y no contratos, y por tanto no vinculan al juez, y lo que hay que tener siempre en cuenta es el interés de la prole.

Una cuestión que se plantea, es si tienen importancia las convicciones religiosas de los padres para la designación de los hijos. GANGI (12) piensa que hay que distinguir entre:

- si el matrimonio celebrado fue civil, las circunstancias que el Tribunal tiene que tener presentes para garantizar el interés de los hijos son: la edad, sexo, salud de éstos y condiciones físicas, económicas, morales y sociales de los padres.
- si el matrimonio es canónico, al ser una de las obligaciones de los cónyuges educar cristiana y católicamente a sus hijos; si uno de los cónyuges no es católico y no quiere cumplir esto, el otro cónyuge tiene derecho a exigir su cumplimiento y a pedir que le sean confiados los hijos.

c. LA PATERNIDAD

La Ley de 19 de Mayo de 1976 también ha modificado los preceptos relativos a la filiación de los hijos.

El artículo 232 del Código Civil versa sobre la presunción de la concepción durante el matrimonio y dice: " Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando han transcurrido ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y todavía no han transcurrido trescientos días desde la anulación, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La presunción no opera transcurridos trescientos días desde la declaración de la separación judicial, o desde la homologación de la separación consensual, o bien desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el

(12)- GANGI. "Derecho Matrimonial" Ob. Cit págs. 250 - 252 nota 3o

juez cuando los mismos han sido autorizados a vivir separados a la espera del juicio de separación o de los juicios previstos en el apartado anterior?

A tenor del artículo 232 se presume que el hijo no se ha concebido durante el matrimonio si ha nacido después de que hayan transcurrido trescientos días desde la homologación del convenio de separación convencional. No obstante se admite prueba en contrario, y así lo señala el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil.

B. ASPECTO ECONOMICO

a. EL MANTENIMIENTO

Respecto al mantenimiento de la mujer por parte de su marido en la separación convencional, la jurisprudencia italiana hasta 1965 mantuvo la misma línea. Y era que el marido tenía que mantener a su mujer, con independencia de si ésta se encontraba o no en estado de necesidad, teniendo en cuenta su posición social y económica. La jurisprudencia así lo consideró en reiteradas sentencias como las de Casación de 6 de Mayo de 1960, la de 9 de Julio de 1962, la de 20 de Noviembre de 1964 y la del Tribunal de Milán de 2 de Febrero de 1965, que considera como manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional - respecto al artículo 29 n° 2 de la Constitución que dice: " El matrimonio está ordenado bajo la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley y la garantía de la unidad familiar:" - del artículo 145 del Código Civil, que impone al marido mantener en todo caso a la mujer y la mujer al marido sólo si él no tiene medios suficientes.

Sin embargo, la decisión del Tribunal de la Spezia de 9 de Mayo de 1965, párrafo 1° (redacción anterior) del Código Civil, en relación con el artículo 145 del mismo Código, por contraste por los artículos 3 y 29 de la Cong

titución, pues la tutela de la unidad familiar, si bien justifica un trato distinto entre los cónyuges que están en régimen de convivencia, no legitima ninguna desigualdad entre ellos en la hipótesis de la separación conyugal, en la cual desaparece la misma unidad familiar del núcleo familiar.

Esta sentencia es innovadora pues por primera vez un tribunal italiano declara la anticonstitucionalidad del artículo 145 (antes de la Ley de 19 de Mayo de 1975) en base al principio de igualdad entre los cónyuges del artículo 29 de la Constitución.

La postura del Tribunal de la Spezia, ha sido confirmada al ser elevada a examen por la Corte Constitucional, que en sentencia de 23 de Mayo de 1966, nº 46, declaró que debe, por tanto, considerarse contrastante con el artículo 29 de la Constitución, lo dispuesto por el artículo 156, en la parte en que proveyendo la separación sin culpa de ninguno de los cónyuges, impone al marido proveer a todo lo que se considera necesario a las exigencias de la vida de la mujer, sin ninguna consideración a los medios de que ésta, por cualquier motivo, disponga.

Esta nueva orientación es la que ha adoptado el Tribunal de Turín en la sentencia de 27 de Febrero de 1970.

Dos artículos relativos al mantenimiento han sido modificados por la Ley de 19 de Mayo de 1975. El artículo 160 del Código Civil ha quedado redactado de la siguiente manera: " Los esposos no pueden derogar ni los derechos ni los deberes previstos en la Ley por efecto del matrimonio. "

En base a este precepto algunos autores consideran que un cónyuge no puede renunciar al derecho que tiene de que el otro le mantenga, según el artículo 156 párrafo 1º del Código Civil, debido a que no existe culpa por parte de ellos cuando se produce la separación convencional o de hecho, pues ambas separaciones se basan en el acuerdo de los cónyuges, sin que examinen las causas o motivos que conducen a los esposos a esta situación.

No estamos de acuerdo con esta postura porque a pesar de que el derecho

de manutención es un derecho que existe entre los esposos, no consideramos que éste tenga la naturaleza de irrenunciable e inderogable, ya que otros deberes más importantes como pueden ser la fidelidad, queda muy atenuado en los acuerdos de separación, una vez despenalizado el adulterio. También los esposos tienen el derecho y la obligación de vivir juntos, y ello desaparece con la separación convencional y de hecho. Por lo tanto si hay una serie de derechos y deberes que pueden ser pactados entre el marido y la mujer en los convenios de separación, y posteriormente homologados por el juez si la separación es convencional, estimamos que el derecho al mantenimiento también puede encontrarse entre éstos, teniendo en cuenta que si así se estipula es porque los cónyuges así lo desean.

Además no sólo en la Constitución italiana, sino también en la Ley de 19 de Mayo de 1975 determina el principio de igualdad entre los cónyuges, estableciendo el artículo 143 del Código Civil en su párrafo 1º: " Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes". Esto da lugar a que el mantenimiento no sea únicamente una obligación del marido, sino de ambos esposos, y por consiguiente tanto derecho tiene a ello el marido como la mujer, dependiendo ello de las circunstancias económicas de cada uno. Así no estimamos que vaya en contra de la ley el que los cónyuges pacten este aspecto en los convenios de separación, ni que uno de ellos renuncie a la manutención por parte del otro.

El mantenimiento, la educación e instrucción de los hijos es un deber que corresponde a ambos cónyuges. Al producirse una separación convencional o de hecho, aquel que se ha quedado con la guarda de los hijos, tiene derecho a pedir al otro cónyuge que colabore para satisfacer las necesidades en proporción a sus recursos.

La cantidad que se fija para el mantenimiento de los hijos, puede ser estipulada libremente por los cónyuges en el acuerdo de separación, o bien dejarse al arbitrio del Tribunal. Al determinar la cantidad hay que tener en cuenta

ta si trabaja uno o ambos esposos para señalar la contribución que tiene que hacer cada uno de ellos.

C. ASPECTO PATRIMONIAL

El régimen patrimonial no presentaba ningún problema antes de la reforma de 1975 en relación con la separación de hecho, porque el Código Civil italiano del 42 establecía como régimen económico de la familia el de la separación de bienes.

Pero hoy en día sí que presenta obstáculos porque a partir del 15 de Enero de 1978, entró en vigor el régimen de comunidad de bienes (como consecuencia de la Ley de 19 de Mayo de 1975) no sólo para los que contrajeran matrimonio después de esta fecha, sino también para los que lo contrajeron con anterioridad.

El que continúa el régimen de comunidad de bienes cuando los cónyuges se separan de hecho presenta problemas en la práctica, no sólo respecto a terceros sino en relación también a los cónyuges mismos.

Para FRANCESCHELLI (13) existen instrumentos, en el ámbito del ordenamiento italiano, que los esposos separados de hecho pueden utilizar para disolver el régimen legal. Son el pacto notarial que modifica el convenio, si las partes están de acuerdo, y la separación judicial de bienes del artículo 193 del Código Civil basándose en el peligro de los intereses, después de un cierto período de separación de hecho, también cuando uno de los cónyuges quiera regularizar al menos la separación en el aspecto patrimonial.

No parece que al cambiar de régimen patrimonial sea necesario la autorización judicial en el sentido del artículo 162 del Código Civil.

(13)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione...". Ob. cit. Pág. 219

El problema central es que sí puede ser causa de disolución de la comunidad la simple separación de hecho. El sostener la tesis negativa - esto es que el pacto es nulo, que la separación de hecho no es causa de disolución de la comunidad de bienes, que ésta no produce ningún efecto, y que todo continúa como antes de que hubiese sucedido - no es particularmente difícil sobre el plano sistemático, basta con leer en sentido restrictivo el artículo 191 del Código Civil. Al buscar una solución a éste problema, del artículo 191, no parece importante la expresión "separación personal" para llegar a una posición positiva o negativa. Dicha expresión no incluye ni excluye la separación de hecho; sin embargo sí la excluye la expresión "separación judicial". La expresión es neutra y deja libre al intérprete de identificar el contenido que no es fácil debido a las consecuencias para terceros, al considerar la separación de hecho como causa automática de disolución de la comunidad de bienes al igual que la separación por sentencia y homologada.

Aplicando una solución de la sociedad de hecho, donde se distinguen las relaciones entre los socios de aquellos con los terceros, se puede sostener que la separación es inoperante (como disolución de la comunidad de bienes) para los terceros, produce algún efecto entre los esposos.

El artículo 177 del Código Civil señala cuáles son los bienes que pertenecen a la comunidad matrimonial. Si se piensa que alguno que los bienes que señala este precepto sigue siendo de la comunidad y otros pertenecerán a cada cónyuge en el supuesto de separación de hecho; y que hay esposos que al separarse de hecho no tienen interés en la disolución de la comunidad por diversos motivos. Por todo ello no se puede decir que la separación de hecho disuelva la comunidad de bienes. (14)

(14)- V. FRANCESCHELLI. " la separazione ..." Ob. cit. Págs. 215 - 231

En relación a los derechos sucesorios no se produce la pérdida de los mismos como consecuencia de la separación convencional y de la separación de hecho, a tenor de los artículos 585 y 542 del Código Civil.

Respecto a esto GRASSET (15) piensa que el distinto régimen de separación, en cuanto a sus efectos, hace hoy día necesario recurrir a la separación por culpa, cuando se quieren conseguir ciertas consecuencias que no son alcanzables con la separación convencional. Quizás valdría la pena examinar si una norma, que consienta la renuncia voluntaria a la sucesión, en caso de separación convencional no sería apta para eliminar una serie de separaciones por culpa, que podrían resolverse ágilmente en separaciones convencionales.

V. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACION CONVENCIONAL

El Código Procesal Civil italiano en su artículo 711 establece que la separación convencional se tiene que pedir a través de un recurso ante el Presidente del Tribunal. El recurso lo pueden interponer ambos cónyuges o bien uno sólo de ellos.

- Si lo presentan los dos cónyuges, el Presidente señala un día para escuchar a ambos esposos; primeramente por separado y luego conjuntamente, intentando conciliarlos.
- Si lo presenta uno de ellos, el Presidente señala por decreto el día en que tienen que comparecer los cónyuges, y el tiempo término para la notificación del recurso y del decreto.

Si el día indicado no se presenta el otro cónyuge, ni solicita una audiencia posterior, justificando la falta de comparecencia, se presume que no hay voluntad común para la separación convencional. Aunque la parte interesada tiene derecho a volver a proponer la demanda separadamente.

(15)- Cit. por F. VARELA DE LIMIA en "La separación convencional de los cónyuges y el Derecho español" Edit. Eunsa, Pamplona, 1972. Págs. 122-123

Tanto en un supuesto como en el otro, si los cónyuges se concilian, el Presidente hace redactar el proceso verbal de la conciliación.

Si la conciliación no tiene éxito, los cónyuges manifiestan el mutuo acuerdo de separación ante el Presidente del Tribunal y se levanta acta del proceso verbal, así como de las estipulaciones acordadas tanto para ellos como para sus hijos.

El Presidente del Tribunal no puede acordar ninguna de las medidas temporales y urgentes en interés de los esposos y de los hijos, que se toman en la separación judicial, porque a la separación convencional no se le aplica el párrafo 3º del artículo 708 de la Ley Procesal Civil, que prevé este procedimiento, ya que se hace regir por el contenido del párrafo primero.

CAPITULO QUINTO

PARTE PRIMERA: LA IGLESIA ANTE LA SEPARACION CONVENCIONAL

PARTE SEGUNDA: CAMBIOS ACONSEJABLES EN EL REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL
DE LA SEPARACION CONYUGAL.

LA IGLESIA ANTE LA SEPARACION DE HECHO MATRIMONIAL

I. CLASES DE SEPARACION EN EL ORDENAMIENTO CANONICO

1. LA DOCTRINA CANONICA

La doctrina canónica tradicionalmente, ha admitido la separación convencional de lecho, mesa y habitación en tres casos:

- 1º - Para lograr una mayor perfección
- 2º - Por causas temporales
- 3º - Por motivos sobrenaturales, siempre que evite el peligro de incontinencia.

La separación convencional perpetua sólo es admitida en dos supuestos:

- 1º - Cuando uno de los cónyuges hace votos solemnes
- 2º - Cuando el marido recibe las órdenes sagradas

Es necesario en ambos casos el consentimiento del otro cónyuge, y una dispensa de la Iglesia.

La separación por autoridad propia está establecida para los supuestos signados en los Cánones 1130 y 1131 del Codex Iuris Canonici. Para ello se exige dos condiciones:

- 1º - Que exista causa legítima
- 2º - Que haya peligro en la demora

Pero el Canon 1131 establece en su párrafo segundo, el carácter temporal de esta separación.

El Canon 1129 del Codex admite el adulterio como única causa para la separación de la vida en común con carácter perpetuo.

2. POSTURA DOCTRINAL.

Si la ruptura se produce por autoridad privada del cónyuge inocente, opina FAUS ESTEVE (1) que " crea un estado canónicamente legal de separación de hecho ". Interpreta esta opinión BERNARDEZ (2) diciendo que desde el punto de vista del ordenamiento civil, esta separación no produce efectos civiles, porque es necesario una sentencia de separación, mientras que desde el punto de vista del ordenamiento canónico esta clase de separación es un verdadero estado jurídico de separación, que si cumple los requisitos exigidos, es una forma de separación tan legítima como la separación judicial o la administrativa. La misma postura es mantenida por VARELA DE LIMIA (3).

Con relación a los efectos de la separación por autoridad propia, opina JUBANY (4) que no cree que: " en cuanto al fuero interno, pueda ponerse en duda la legitimidad de la separación por autoridad privada ". Mientras que " en cuanto al fuero externo es incontestable que la separación privada no produce efectos jurídicos ". Manifiesta IZQUIERDO (5) que " las separaciones de hecho producen todas sus consecuencias en el fuero de la conciencia, pero carecen de efectos civiles que está reservados, según el artículo 67 del Código Civil a las separaciones legales y no a las separaciones por la propia autoridad de los cónyuges ".

(1)- FAUS ESTEVE. " La separación de hecho en el matrimonio". Anales de la Academia Matritense del Notariado. T.II. 1. 1930. Págs. 305 y 306

(2)- BERNARDEZ. " Las causas canónicas de separación conyugal " Madrid,- 1961. Págs. 75 y 76

(3)- VARELA DE LIMIA. " La separación convencional de los cónyuges y el Derecho Español" Edit, Eunsa. Pamplona, 1972 . Pág. 147

(4)- JUBANY. " Causas de separación temporal". Del volumen " Sobre las causas matrimoniales. Salamanca, 1953. Págs. 553 y 554

(5)- IZQUIERDO. " El abogado ante la separación de hecho" Revista de Legislación y Jurisprudencia, Junio, 1971. Pág. 793

Una tesis contraria a la que mantiene la doctrina en general, es adoptada por NART (6) que estima que la separación por autoridad propia produce los efectos civiles de la separación de bienes. Una vez acreditada la causa de separación, la consecuencia económica puede ser solicitada por el cónyuge inocente. Y los Tribunales civiles serán competentes, en cuanto no decretan la separación, sino que declaran civilmente la separación canónica producida por la voluntad unilateral del inocente. Si no hay oposición por parte del cónyuge culpable se puede hacer todo esto fuera de los tribunales civiles y canónicos, así por ejemplo, ante notario. Los artículos 1432 y siguientes del Código Civil no se oponen a ello, ya que se refieren a la separación de bienes pedida por el inocente y resistida por el culpable. Las causas de la disolución de la sociedad de gananciales no son las únicas, porque el artículo 1428 del Código Civil se remite a los preceptos de la sociedad civil, y al artículo 1700 del mismo Texto Legal en su apartado 2º indica como causa de extinción de la sociedad, la terminación del negocio que le sirve de objeto, y el objeto de la sociedad de gananciales es la vida en común, que ha concluido en este caso. Tampoco ve ningún obstáculo en el artículo 82 del Código Civil, ya que las sentencias pueden ser cumplidas voluntariamente.

La postura mantenida por este autor es criticada por VARELA DE LIMIA (7), ya que está en contra del Código Civil, porque éste exige una sentencia civil o canónica para que se produzca la separación, artículo 73. Las medidas provisionales del artículo 67 del Código Civil, sólo se pueden pedir en los supuestos de separación judicial, y no en la separación por autoridad propia. Y la ejecución de las sentencias está a cargo de los Tribunales del Estado, artículo 82 del mismo Texto Legal.

La sentencia de 27 de Marzo de 1954 considera que "... la terminación de la vida en común a causa de la separación por propia autoridad, según se des

(6)- NART. " El régimen matrimonial de separación de bienes " Revista de Derecho Privado, 1951. I. Págs 38 - 42

(7)- VARELA DE LIMIA. " Ob. Cit. " Pág. 140

prende de los Cánones 1129 y 1130 del Codex Iuris Canonici, deja subsistente el vínculo y carece de efectos externos y no cabe sostener que se disuelva - la sociedad de gananciales por aplicación del artículo 1700 del Código Civil, en virtud de la nueva remisión hecha por el artículo 1428 del Código, pues, aún si se admitiera que por la terminación de la vida en común se extingue la sociedad conyugal, resultaría que, conforme al sistema de nuestro Código, sería indispensable la intervención de los Tribunales Ordinarios para que tuviesen eficacia civil".

BERNARDEZ (8) dice que: "La separación privada por motivos de urgencia - es, por consiguiente, un verdadero estado jurídico de separación con efectos parciales en lo que tiene de provisional y con efectos plenos supeditados a la homologación de la autoridad, homologación de carácter declarativo, y por tanto, con efectos retroactivos". Esta tesis, según VARELA DE LIMIA (9) aproxima la separación por autoridad propia del Derecho Canónico y la separación convencional del Derecho italiano, porque confiere al Tribunal Eclesiástico una función declarativa, es decir comprobar el supuesto de hecho, - para darle efectos jurídicos plenos con carácter retroactivo. Pero existe una diferencia y es que la separación por autoridad propia tiene unas causas determinadas por la Ley para que se lleve a cabo, mientras que la separación - convencional se produce por el mutuo consentimiento de los cónyuges, que no tienen porqué indicar el motivo que les ha inducido a ello.

II. PROCEDIMIENTOS DE SEPARACION EN EL DERECHO CANONICO

I. GENERALIDADES

Dentro del régimen canónico, podemos señalar un doble procedimiento:

(8)- BERNARDEZ. "Ob. Cit." Págs. 77- 79

(9)- VARELA DE LIMIA. "Ob. Cit." Pág. 150

- 1º - Entre la separación por adulterio y por otras causas
- 2º - Entre el criterio del Derecho común, y el criterio particular aplicado en España, antes de la entrada en vigor el 4 de Diciembre de 1980 del Acuerdo celebrado con la Santa Sede.

En el Derecho Común hay que distinguir entre el procedimiento establecido antes y después del Codex Iuris Canonici.

- 1º - Antes del Codex, todas las causas de separación tenían que tramitarse por vía judicial.
- 2º - Después del Código Canónico, esta vía sigue siendo preceptiva en el caso de adulterio; mientras que en los demás casos el cónyuge inocente puede separarse con autorización del Ordinario Local, y en esto reside la novedad.

Se plantea el problema de si la separación por las causas consignadas en el Cánón 1131, I ha de pronunciarse en forma administrativa. La Comisión Pontificia de interpretación del Código responde afirmativamente, a no ser que otra cosa determine el Ordinario del Lugar, ex officio o a instancia de las partes.

Observa respecto a esta novedad CAPELLO (10) que es lógico que las causas distintas al adulterio deben tratarse y definirse en forma administrativa. El proceso judicial debe evitarse siempre que sea posible tanto por los gastos como para finalizar las controversias con mayor facilidad y rapidez. Aunque es aconsejable seguir la vía judicial en aquellos países en que la ley civil exige sentencia judicial.

(10)- CAPELLO. "Tratatus Canonico - moralis de sacramentis" V. De matrimonio. Roma, 1950. Pág. 831

2. EN ESPAÑA, ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ACTUAL

AQUERDO CON LA SANTA SEDE

En nuestro país, se seguía la vía judicial, también para las causas de separación por motivo distinto al adulterio, en contraste con el criterio establecido para toda la Iglesia a raíz del Codex. Esto se debe a un influjo del ordenamiento civil y canónico. Explica este fenómeno FUENMAYOR (11) diciendo que tanto nuestro Código Civil en sus artículos 80, 81 y 82, como la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 1880 y 1889, contemplan los efectos civiles de las decisiones dictadas judicialmente por la Iglesia en las causas de separación, sin ocuparse de las decisiones en vía administrativa. Se comprende por tratarse de dos cuerpos anteriores al Codex. Después de éste se siguió la misma vía judicial en las curias eclesidásticas. La razón fue la conveniencia de seguir esa vía en los países en que la Ley civil exige sentencia judicial para obtener efectos civiles la separación. REGATILLO (12) dijo que acaso el juez se opusiera a decretar los efectos civiles correspondientes si la causa no se llevara por el procedimiento judicial.

Respecto a ésto hubo una Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1949 que reconoció efectos civiles a un decreto del Ordinario, dictado en causa de separación.

El Estado Español y la Santa Sede celebraron un Concordato el 27 de Agosto de 1953, y el artículo XXIV hacía referencia al matrimonio, la separación, siendo entendido de modo diverso por los comentaristas. Un sector ha sostenido que el Concordato reconocía efectos civiles a los decretos de separación temporal dictados en vía administrativa (13). Pero la postura opuesta era ma

(11)- FUENMAYOR. "La separación conyugal no conte..." Ob. cit." Págs.21-22

(12)- REGATILLO. "Tratamiento de las causas de divorcio" Pág. 44

(13)- REGATILLO. "El matrimonio canónico en el Registro del Estado" en Ecclesia, 1953. Pág. 514. MONTERO. "El Nuevo Concordato Español" Madrid, 1954, Pág. 141

tenida por MIGUELEZ (14), PEREZ MIER (15), MALDONADO (16), I. PRIETO (17), H. y B. ALONSO (18).

Estas dos opiniones influyeron en el Derecho matrimonial español; la primera se tuvo en cuenta en la Reforma del Código Civil de 24 de Abril de 1958, y la segunda en la Circular de la Nunciatura. En la redacción dada a los artículos 80 y 82 del Código Civil por la Ley de 24 de Abril de 1958, se alude expresamente a las resoluciones firmes dictadas por la autoridad eclesiástica sobre separación de matrimonio canónico, lo que significa que se ha reconocido eficacia en el orden civil a las resoluciones de las causas de separación tramitadas administrativamente conforme al procedimiento canónico. En una circular de la Nunciatura Apostólica en España del 2 de Agosto de 1958 dirigida a los prelados, decía respecto a las causas de separación que se refieren los Cánones 1128 al 1132: " En vista de las especiales circunstancias, y ateniéndose a la práctica generalmente seguida en España, es propósito de la Santa Sede que en los casos mencionados, se proceda por trámites judiciales ante el Tribunal Eclesiástico competente ". En favor del criterio de la circular se encuentra DEL AMO (19), que manifiesta una serie de razones:

- 1º - No dejar las consecuencias patrimoniales y económicas de la separación a un procedimiento administrativo del Ordinario, sin la contención y garantías propias y peculiares del juicio contencioso, y

(14)- MIGUELEZ. "El Concordato entre la Santa Sede y el Estado Español"-Revista de Derecho Notarial. II, nº 3, 1954. Págs. 33 y ss.

(15)- PEREZ MIER. "El Concordato Español de 1953" Revista Española de Derecho Canónico. IX. 1954, Págs. 36 y 37

(16)- MALDONADO. "Una autorizada opinión sobre la repercusión del Concordato en materia procesal matrimonial" Revista de Derecho Procesal. 1954.- Págs. 602 y ss.

(17)- I. PRIETO. "El procedimiento en las causas de separación conyugal." Revista Española de Derecho Canónico. XI. 1956. Pág. 47

(18)- H. y B. ALONSO. "La separación matrimonial" Madrid, 1971. Pág. 13

(19)- L. DEL AMO. "Reflexión acerca de las causas matrimoniales en España". Pág. 177

las dificultades y lejanía que presentan los recursos del Ordinario a la Sagrada Congregación.

2º - En los demás países a diferencia de España, sólo se reconocen efectos civiles a las decisiones de los Tribunales civiles, y no a los que emanan de la jurisdicción eclesiástica, por eso la Iglesia se conforma con el procedimiento administrativo, para evitar que los fieles tengan que sostener doble pleito, uno para cada jurisdicción.

Sin embargo DE DIEGO-LORA (20) se preguntaba porqué se siguió manteniendo el criterio de la Circular, a pesar de los inconvenientes que produce el juicio contencioso para una posible reconciliación posterior, no habiendo dificultades por parte de la Legislación civil a recibir y ejecutar el Decreto de separación pronunciado por el Ordinario. Entre otras razones señala que la Circular ya cumplió su función y que las circunstancias reclaman una mayor simplificación del procedimiento de separación y una actividad directa del Ordinario para decidir lo que tiene una mayor dimensión pastoral que estrictamente jurídica. Porque el ideal de justicia en la Iglesia no reside en el ejercicio de ésta, sino en el perdón con el mantenimiento del matrimonio y la permanencia de la unidad familiar. En la actualidad se sigue primordialmente la vía administrativa en lugar de la judicial.

3. ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y LA SANTA SEDE FIRMADO EL 3 DE ENERO DE 1979

Nuestro país ha sido hasta el 4 de Diciembre de 1979, que entraron en vigor los Acuerdos celebrados entre el Estado Español y la Santa Sede, junto con Colombia, los únicos países que tenían una doble jurisdicción civil y canónica para lograr la separación conyugal, según la clase de matrimonio que se hubiera celebrado; puesto que el resto de los Concordatos celebrados entre

(20)- DE DIEGO-LORA, "Función pastoral y separación de los cónyuges" en *Lus Canonikum*. XIII. Nº 26, 1973. Págs. 267 y ss.

los diferentes países y la Santa Sede consintieron que las causas de separación conyugal fueran juzgadas por los Tribunales Civiles. " Más, con todo, - en los Tribunales eclesiásticos quedaba abierta la vía administrativa para las causas de separación conyugal matrimonial, coexistiendo con el proceso-estrictamente judicial, opción que solamente fue retirada en España en 1953 " (21).

Respecto al matrimonio, en el ordenamiento español, sólo cabe la separación judicial tanto para el matrimonio canónico como para el matrimonio civil. Las separaciones canónicas eran conocidas hasta el 4 de Diciembre de 1979 por los Tribunales eclesiásticos, produciendo efectos civiles una vez que hubiera sido inscrita y ejecutada la sentencia por el juez civil. Mientras que los matrimonios civiles tenían que acudir a la jurisdicción civil para los pleitos de separación y nulidad matrimonial. Pero ambos sistemas se basaban en el favor matrimonial, desconociendo el divorcio vincular y facilitando la reconciliación de los cónyuges, aunque el Derecho Civil no presentaba la elasticidad del Derecho Canónico.

Todo ello ocasionó que un sector doctrinal se manifestara partidario de que las causas de separación fueran competencia de la jurisdicción civil (22). Mientras que otro (23) pensaba que era necesario establecer un criterio similar para las separaciones canónicas y civiles, y favorable a la separación convencional. Que tuviera como objeto encontrar un procedimiento legal que permitiera superar las dificultades de la separación contenciosa como única, sin posibilidad de evitarla cuando existiendo una causa para que se separaran los cónyuges, éstos no quisieran acudir a un litigio procesal. El pro-

(21)- A. PEREZ RAMOS. "El proceso sumario de separación conyugal" Revista de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre, 1978. Pág. 546

(22)- VARELA DE LIMIA. " Ob. Cit.". Pág. 168

(23)- FUENMAYOR. "La separación conyugal no contenciosa..." Ob. Cit. Pág. 24.

blema se plantearía de forma diferente en el ordenamiento canónico y en el civil; en el ordenamiento canónico el problema se solucionaría quitando los obstáculos que impiden acudir a la vía administrativa. Por el contrario también hubo otro sector (24) que se mostró opuesto a las posiciones anteriores, y pedían y deseaban que la jurisdicción eclesial siguiera teniendo la competencia para conocer de las causas de separación.

También en el episcopado español se produjo un estado de opinión después del Concilio y coincidente con la crisis sobre el alcance, vigencia y revisión del Concordato de 1933, que en el asunto de la separación matrimonial estaba en disconformidad con el Derecho establecido; considerando algunos que nuestro sistema concordato matrimonial, en lo tocante a la separación de cónyuges, era injusto y antipastoral. Otros, mientras llegara una solución legal, pensaron y así procedieron a crear un procedimiento administrativo, por razón de urgencia y en virtud del principio "salus animarum suprema lex". Tal fue el caso de la Archidiócesis de Barcelona, y un Decreto de 29 de Diciembre de 1976, por el que se creaba un órgano o departamento especial para entender en estas causas y disciplinando su tramitación. Y la Exposición de Motivos decía: "El crecido número de causas matrimoniales que se presentan en nuestra Curia Diocesana y la conveniencia pastoral de atender a su tramitación con la agilidad, celeridad y menor gravamen posible en bien de las personas afectadas, aconsejan que, además del Tribunal Eclesial que sugiere por vía judicial las causas de declaración de nulidad de matrimonio y las de separación conyugal, exista en nuestra Diócesis un órgano o departamento especial para la tramitación por vía administrativa de los casos matrimoniales que deben o pueden tramitarse por este cauce ... En cuanto al -

(24) - DEL AMO. " Nueva tramitación de las causas matrimoniales" Salamanca. 1971. Págs. 69 y 70. " Reflexión acerca de las ..." Ob. Cit. Págs. 174 - 186. DE DIEGO-LORA. " Función pastoral ..." Ob. Cit. Pág. 264

procedimiento administrativo para las predichas causas de separación conyugal, cabe señalar que su empleo ha sido insistentemente reclamado por juristas - entidades y numerosas personas que se preocupan por hallar adecuada solución a la problemática familiar, habida cuenta de las estimables ventajas que, a no idénticos efectos legales, ofrece en cuanto a rapidez, facilidad y menores dispendios, el proceso administrativo sobre el judicial y, además, por ser aquél de suyo más apto para no abandonar el distanciamiento entre los cónyuges -en detrimento del bien familiar- y por ende propiciar una eventual posterior reconciliación de los mismos " (28)

El V Simposio de los Tribunales celebrado en Sevilla, que finalizó el 16 de Septiembre de 1977, dio a conocer un proyecto para agilizar el procedimiento de separación conyugal, que se presentó a la Santa Sede. El Proyecto introducía el procedimiento consensual, no siendo necesario para la separación la existencia de una culpabilidad imputable a algún cónyuge, sino que era suficiente demostrar la dificultad de la vida en común para los esposos.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución Española, se garantiza la libertad religiosa y nadie podrá ser obligado a declarar sobre su religión; y la ley regulará las causas de separación matrimonial, estando regulado respectivamente en los artículos 16 y 32, 2 todos ellos de la Constitución. Consiguientemente a partir de esa fecha se puede contraer matrimonio civil sin que fuera necesario probar la no profesión de la religión católica, y así lo manifestó una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Diciembre de 1978 al establecer que se autorizan los matrimonios civiles de las personas que lo deseen, sin ninguna indagación ni declaración sobre sus ideas religiosas.

(28)- A. PEREZ RAMOS. " El proceso sumario de separación conyugal" Revista de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre, 1978 . Págs. 547 y 548

Para desarrollar el artículo 32 de la Constitución se empezó a elaborar un Proyecto de Ley, por el que se modifica la regulación del matrimonio y - se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que todavía no ha sido aprobado; y el artículo 81 regula que se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

El 4 de Diciembre de 1979, entraron en vigor los Acuerdos firmados el 3 de Enero del mismo año entre el Estado Español y la Santa Sede, y el artículo VI,2 declara que los Tribunales eclesidásticos tendrán competencia para declarar la nulidad de los matrimonios canónicos, siempre que los cónyuges acudan a esta jurisdicción. Pero para que esta resoluciones sobre nulidad de matrimonios canónicos o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tengan eficacia civil, se tendrán que ajustar al Derecho del Estado y la competencia corresponderá a los juzgados de Primera-Instancia, así lo recoge la disposición adicional segunda del Proyecto de Ley. Sin embargo los Acuerdos guardan silencio en lo relativo a la separación matrimonial de los matrimonios canónicos, por lo que hay que remitirse a la vía civil, disponiéndolo de esta forma un Real Decreto-Ley de 29 de Diciembre de 1979 (26) que dice en su artículo primero: " Los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se sustanciarán y decidirán por los jueces de Primera Instancia, con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes , con la única salvedad de que el período común para la proposición y práctica de prueba será de treinta días. No tendrá intervención el Ministerio Fiscal, a menos que existan hijos menores o incapacitados ". Y el artículo 3 del mismo Real Decreto-Ley establece: " El presente Real Decreto-Ley será de aplicación a los procesos iniciales a partir de la vigencia del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede".

(26)- Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de Enero de 1980

Posteriormente la Ley de 26 de Diciembre de 1980 que estará en vigor - hasta que se apruebe el citado Proyecto de Ley, regula en su artículo primero: " Los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se sustanciarán y decidirán por los jueces de Primera Instancia con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil ...".

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo entre España y la Santa Sede, en nuestro país ya sólo se reconoce una única vía para conocer de las causas de separación, tanto para los matrimonios civiles como - para los canónicos, y es a través de la jurisdicción civil, pero el procedimiento es siempre contencioso. Pueden separarse de hecho tanto unos matrimonios como otros, porque el vínculo subsiste y consiguientemente no se va en contra de la indisolubilidad del matrimonio, que es una de las propiedades esenciales del mismo, así lo indica el Derecho Canónico.

La postura de la Iglesia es aperturista en relación a la separación de - hecho, y ello nos parece lo adecuado, puesto que en la separación por autoridad propia regulada por los Cánones 1130 y 1131, podemos encontrar un antecedente de la separación de hecho matrimonial, aunque con unas diferencias, ya que en la primera es necesaria una causa legítima, mientras que en la segunda no hace falta alegar ninguna causa. Y R. RODRIGO (27) dice "... Todo esto se puede evitar llevando el caso ... por medio de una separación amistosa que - está admitida en casi todos los países, guardando pocas formalidades, y la - cual la Iglesia no solamente ha tolerado, sino también ha aprobado de forma implícita para varias naciones, como es el caso de Italia, donde por el Con-

(27)- Citado por A. ARADILLAS en "Proceso a los Tribunales Eclesiásticos" Madrid, 1975. Págs. 138 y 139

cordato se le ha concedido al poder civil la facultad de tramitar las separaciones conyugales y la de juzgarlas según las normas establecidas en el Código civil que prevén la separación privada amistosa ". También DE JORIO (28) ponente de una sentencia de 26 de Junio de 1971 de la Sagrada Rota Romana, - razona expresamente que la separación por mutuo consentimiento está permitida porque no está prohibida por el Derecho Canónico.

No obstante hay que advertir que en la actualidad ya no tiene tanta importancia, el criterio de la Iglesia desde el punto de vista jurídico, no sólo porque el procedimiento contencioso de la separación matrimonial se tramita a través de la jurisdicción civil, sino también porque España ha dejado de ser un país confesional católico, a raíz de la promulgación de la Constitución. Aunque a pesar de todo no hay que olvidar, ni por supuesto minusvalorar, la relevancia que continúa teniendo la Iglesia Católica debido a la influencia que ha tenido desde hace numerosos siglos en nuestro país.

Hay que destacar la postura antidivorcista mantenida por la Iglesia, en general y por la española en particular, que ha quedado de manifiesto en los últimos documentos episcopales, así como en el Sínodo que se celebró en Roma durante el mes de Octubre de 1980. Sin embargo, también tenemos que señalar la postura de personas relevantes dentro de la misma que consideran que: " En un régimen de mutua independencia entre la Iglesia y el Estado, no se puede exigir al Estado que acomode su legislación a la doctrina de la Iglesia y, por otro lado, el legislador no está siempre obligado a elevar a categoría de norma legal todo lo que es una exigencia ética " (29); " y que la conciencia cristiana no es incompatible con el hecho del divorcio " (30).

(28)- Citado por X. BASTIDA CANAL en " A propósito de las llamadas separaciones consensuales" Revista Jurídica de Cataluña, 1976, I. Pág.29.Nota 6

(29)- J.M. DIEZ MORENO. " La estabilidad del matrimonio" Lección inaugural del Curso 1977-78 de la Universidad Pontificia de Comillas.

(30)- M. BENZO " Aspectos ético-religiosos del divorcio" Coloquios sobre el divorcio en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 10 de Octubre del 1979

CAMBIOS ACONSEJABLES EN EL REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL
DE LA SEPARACION CONYUGAL

I. GENERALIDADES

Nuestro ordenamiento jurídico no regula la separación de hecho o convencional. Aunque ha habido diversas reformas en la legislación, que indirectamente han traído como consecuencia que se pueden derivar algunos efectos de esta clase de separación.

La Ley de 2 de Mayo de 1975, tuvo como objetivo la igualdad jurídica de los cónyuges, modificando el régimen de derechos y de obligaciones que tienen los esposos. Esta Ley reformó diversas figuras, entre otras las Capitulaciones matrimoniales, algunos artículos referentes a los bienes parafernales, suprimió la licencia marital, cambió la redacción del artículo 58 que se refiere al domicilio conyugal,... etc. También hay que tener en cuenta los Proyectos de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y el que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, más conocido como Ley del Divorcio.

Por otro lado, nos encontramos con algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, que reconocen algún efecto a la separación de hecho matrimonial.

Y si observamos la sociedad actual, percibimos que existen numerosas separaciones de hecho, a pesar de que en algunas de ellas los cónyuges no hayan pactado un convenio de separación. La realidad nos ofrece el hecho de que se producen más separaciones de facto que separaciones legales. Creemos que la razón de ello se debe a las ventajas que ofrece esta clase de separación frente a la separación judicial, como son, menor coste económico, no

hay procedimiento judicial y queda siempre la posibilidad de una reconciliación futura entre los cónyuges. No obstante, en ambas clases de separación - pérdida el vínculo matrimonial, lo cual supone que los esposos que se encuentran en estas situaciones no puedan contraer nuevas nupcias, por lo tanto - permanece la indisolubilidad del matrimonio, no existiendo por lo tanto la - ventaja para algunos cónyuges de acudir a la separación legal con el propósito o fin de romper su vínculo matrimonial.

Si consideramos que el objetivo del Derecho es regular la vida de los hombres dentro de la sociedad a través de unas normas, significa que el Derecho se tiene que adaptar a la sociedad, pues como dijo SAVIGNY el Derecho es el espíritu del pueblo, y tiene que inspirarse en éste. Por lo tanto hay que modificar y adaptar las normas al momento actual, porque en caso contrario el Derecho quedaría fosilizado y no cumpliría su fin primordial.

Por último, y no por ello menos importante, tenemos que señalar que existe una corriente en España, desde hace unos años, a favor de que se admita - en nuestro ordenamiento la separación convencional, y de que ésta produzca - efectos jurídicos, porque presenta unas ventajas en relación a la separación judicial, que en un sentido amplio son:

1ª - Supera los inconvenientes que tiene hoy en día la separación de hecho.

2ª - Evita los aspectos negativos de la separación judicial contenciosa.

Respecto al primer punto, una regulación jurídica de la separación convencional en nuestro Derecho superaría los inconvenientes que, hoy en día, - presenta la separación de hecho tal y como existe. Porque produciría una serie de efectos jurídicos que tendrían que ser respetados por las partes y - por terceros. Supondría además, una seguridad jurídica para los cónyuges y - para aquellas personas que tuvieran intereses en la misma. Con ello nos acercamos a lo regulado en otros países respecto a esta institución, que consideramos que tiene cada vez mayor importancia y que es necesaria en nuestra

sociedad, a pesar de la aprobación en un plazo próximo de la Ley de Divorcio, puesto que esta Ley no restará relevancia a esta clase de separación.

En cuanto al segundo aspecto, parte de la doctrina científica considera que la separación de hecho tiene una serie de ventajas sobre la separación judicial. Considera RICHARDSON (1) que los esposos cuando acuden a la separación judicial son adversarios, porque se tienen que acusar y han de probar que uno es culpable por las causas que indica la Ley, y al final, aun que el matrimonio no sea disuelto por la Ley, sí que lo es en su corazón. Sin embargo, los cónyuges que creen imposible su vida en común fijan las condiciones de su separación en los pactos, haciéndose mutuas concesiones y no esparciendo los secretos de su vida como pasto a la maledicencia pública. Magnífica FAUS ESTEVE (2) que ante determinados motivos o causas, " los cónyuges muchas veces no ven otra salida que la separación silenciosa, preocupado el marido por su reputación y el honor familiar que puede comprometer el debate, y la mujer por las consecuencias posibles de un escándalo para el porvenir de sus hijos; más sensible ella a la maledicencia, él al ridículo. A veces son consideraciones de tipo religioso, y algunas de pura conveniencia económica ". La misma línea es seguida por SANTAMARIA (3) que piensa que cuando los esposos quieren separarse y ven las dificultades de la misma, para la cual hay que acumular hechos y pruebas por escrito y se archivan " y los cónyuges, sabiendo que sus más desagradables intimidades están garantizadas contra el olvido, se avergüenzan de desdecirse o de perdonar y su reconciliación se hace imposible ". LACRUZ (4) afirma que muchos cónyuges se dan por satisfechos con la separación de hecho, en lugar de acudir a la separación judicial, ya que esta última supone un litigio que no desean por

(1)- RICHARDSON. "Les pactes de separation amiable entre epoux" Paris, - 1930, Pág. 331.

(2)- FAUS ESTEVE. "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T.II. Madrid, 1946. Pág. 307

(3)- SANTAMARIA. "La autoridad marital en la vida" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. V., 1950, 2. Pág. 80

(4)- LACRUZ. "Derecho de Familia. El matrimonio y su economía" Barcelona- 1963, Pág, 154 Nota23

escrúpulos o por conveniencias sociales; si las familias son modestas el impedimento es económico. En otros casos hay causas suficientes para acudir a la separación legal, pero faltan pruebas o no se quieren practicar o se teme un escándalo por razones familiares, sociales, profesionales o por consideración a los hijos".

Señala ALEMANY (5) que frecuentemente los esposos viven separados de hecho y no intentan una acción judicial de separación de cuerpos, bien porque una acción de esta naturaleza es contraria a su conciencia, bien porque esperarían una reconciliación con la ayuda del tiempo y de las circunstancias, otras veces se produce una carencia de pruebas como en el adulterio, y muy corriente es el motivo de la negligencia y el evitar un proceso largo y costoso. - IZQUIERDO (6) dice que en su experiencia profesional observa que después de los escritos de demanda y separación, los interrogatorios, las pruebas, y dictarse sentencia de separación, la reconciliación se hace más difícil y lejana. Y si no se admite la demanda, tampoco es fácil que los cónyuges vuelvan a la vida en común, " porque en el transcurso de la causa se removieron intimidades y problemas que les distancian definitivamente". Continúa diciendo: " que la mejor solución para evitar la separación legal es la situación que la propia ley desconoce, es decir, la separación de hecho". Más adelante afirma el mismo autor (7), que la separación de hecho es mejor que la separación legal, para mantener como mínimo el respeto mutuo entre los cónyuges y la esperanza de una posible reconciliación, muy difícil, por no decir imposible, con una sentencia de separación por medio".

(5)- ALEMANY. "La separación matrimonial de hecho" Revista Jurídica de - Cataluña, 1966, 2. Pág. 400

(6)- IZQUIERDO. "El abogado ante la separación de hecho" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. LXII. 1971. Pág. 804

(7)- IZQUIERDO. "El abogado ante la sep...." Ob. Cit. Pág. 839

VARELA DE LIMIA (8) expresa que se producen más separaciones de hecho que separaciones legales por el panorama poco alentador de un proceso lento y costoso, unido a la resistencia de los esposos de desvelar públicamente lo que pertenece a la intimidad conyugal. Por otra parte, la separación de hecho - hace que quede la esperanza de una futura reconciliación. " Pueden ser estas razones, entre otras, las que hacen que los cónyuges no acudan ante los tribunales para resolver sus diferencias y prefieran tratar de solucionarlas en el ámbito privado, porque de lo contrario, y si así está en su ánimo, fácilmente encontrarán una causa legal que de pie a la separación judicial ". VIVES VILLAMAZARES opina que muchas separaciones de hecho se convierten en separaciones legales, al no ser admitida la primera por nuestro Derecho. El pleito es largo y costoso siendo éste inasequible para los matrimonios humildes, a pesar del beneficio de pobreza, sin olvidar que luego es mucho más difícil una reconciliación entre los esposos. Y BASTIDA CANAL (9) señala los mismos argumentos y razonamientos para considerar que la separación de hecho presenta ventajas en relación a la separación legal.

Como podemos observar hay una serie de notas que originan el que parte de la doctrina incline sus preferencias hacia una separación de hecho. Estas características se pueden resumir en tres:

- 1º - El temor que inspira un proceso largo, costoso y complicado.
- 2º - El pudor de decir públicamente ante un Tribunal intimidades de la vida conyugal.
- 3º - La posibilidad de una reconciliación pasado un cierto tiempo.

(8)- VARELA DE LIMIA. "La separación convencional de los cónyuges en el Derecho Español" Edit. Eunsa. Pamplona, 1972. Págs. 23 y 24

(9)- X. BASTIDA CANAL. "A propósito de las llamadas separaciones consensuales" Revista Jurídica de Cataluña, 1976, I. Págs 125 - 132

Pero no hay unanimidad entre los juristas con relación a este tema, y así FUENMAYOR (10) piensa que los argumentos contra el actual régimen jurídico español son más una crítica a la separación contenciosa, como única vía para obtener una separación legítima, que como fundamento para apoyar una separación convencional semejante a la italiana. Estamos de acuerdo con FUENMAYOR en que se critica a la separación contenciosa porque es la única forma de que en nuestro país los esposos puedan separarse. Pero hay que tener en cuenta que se desea otro camino de regular la separación matrimonial, y en esto ya disentimos de él, pues consideramos que la otra vía puede ser la separación convencional, y nos parece acertado tomar como modelo el recogido en el Código Civil Italiano.

La adopción de la separación convencional ofrece dos inconvenientes para FUENMAYOR (11): Uno primero, que sería que las separaciones darían lugar a abusos, porque serían caprichosas e irreflexivas, inconvenientes que no se evita con exigir a los cónyuges una cierta edad o que el matrimonio sea antiguo; ni tampoco con la homologación judicial si no se tiene en cuenta una causa justa. Y uno segundo, que sería el carácter contradictorio de nuestro actual régimen de separación; porque sólo sería viable la separación convencional, al igual que el sistema italiano, si la Santa Sede concediera la competencia para conocer de las causas de separación de los matrimonios canónicos a los Tribunales Civiles.

No estamos de acuerdo con el primer obstáculo, sino que por el contrario, consideramos que la regulación de la separación convencional no tiene por qué originar un mayor número de separaciones. Aunque sí es cierto, que éstas serían numerosas, pero ello se debería a que los actuales matrimonios separados de hecho desearían regular su situación, y otros matrimonios no acudirían a la separación judicial como única vía de legalizar su status. No hay

(10)- A. DE FUENMAYOR. . . "La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español" Revista de Derecho Privado, Enero. 1975. Pág. 20

(11)- A. DE FUENMAYOR. "La separación conyu . . .". Ob. Cit. Págs. 20 y 21

porqué pensar que porque existiera esta figura jurídica se cometerían abusos, ya que las personas que contraen matrimonio no desean que éste acabe de forma insatisfactoria. Por otro lado, al no extinguir el vínculo matrimonial la separación de hecho, el matrimonio subsiste y los cónyuges no pueden volver a contraer matrimonio, lo que nos hace pensar que no se llega a una separación de hecho de una forma caprichosa, sino que existirá una causa que lo motive. Creemos que es importante la homologación judicial, ya que es una manera de regular los efectos jurídicos que puede producir la separación de hecho, aunque no se tiene que exigir una causa concreta y determinada.

El segundo inconveniente, ya no tiene hoy razón de ser, porque si bien hasta hace poco tiempo el matrimonio tenía que ser canónico, por regla general, en base al artículo 42 del Código Civil y a que España era un Estado confesional Católico, trayendo como consecuencia que las separaciones se tramitaran a través de los Tribunales Eclesiásticos, con lo cual una vez que se hubiera dictado sentencia firme de separación en estos Tribunales, ésta tenía efectos tanto desde el punto de vista canónico como civil, aunque para esto último era necesario que se ejecutara en la jurisdicción civil. Pero hoy en día ya no ocurre esto, debido a la entrada en vigor de la Constitución, y a la reforma legislativa que se está produciendo en el Ordenamiento Civil.

La Constitución en su artículo 16 garantiza la libertad religiosa, así como que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su religión, y que ninguna confesión tendrá el carácter de estatal. Y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Diciembre de 1978 sobre matrimonio civil (12) modifica el artículo 42 del Código Civil, teniendo en cuenta los preceptos 32,1; 16,2; 16,3 y 14 de la Constitución con lo cual se autorizan " los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes".

(12)- Boletín Oficial del Estado, de 30 de Diciembre de 1978, nº 312

El artículo 32, 2 de la Constitución dice: " La Ley regulará ... las causas de separación ... ", y sobre ésto hay un Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de Enero de 1979, que entró en vigor el 4 de Diciembre del mismo año, en su artículo VI número 2 determina que los Tribunales Eclesiásticos tendrán únicamente competencia para declarar la nulidad de los matrimonios canónicos, pero no dice nada respecto a las separaciones. Y la Ley de 26 de Diciembre de 1980 (13) que tendrá vigencia hasta que se apruebe el mencionado Proyecto de Ley, determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial, y dice en su artículo 1º: " Los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se sugtanciarán y decidirán por los Jueces de Primera Instancia con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil ...".

Por lo tanto actualmente hay una separación entre el matrimonio civil y el matrimonio canónico, a pesar de que esta última clase de matrimonio produce efectos civiles. Pero la competencia de las causas de separación para ambas clases de matrimonio corresponde únicamente a la jurisdicción civil, puesto que a los Tribunales Eclesiásticos sólo se podrá acudir para solicitar la declaración de nulidad de matrimonio canónico o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. Aunque la nulidad canónica sólo tendrá efectos civiles si se ajusta la causa a una de las determinadas por la Ley civil, y corresponderá el conocimiento de estas demandas a los Juzgados de Primera Instancia.

Como consecuencia, se ha producido una clara distinción entre ambas clases de matrimonio, pudiendo el hombre y la mujer contraer matrimonio civil,-

(13)- Boletín Oficial del Estado, de 10 de Enero de 1981, nº 9

sin tener que alegar ninguna razón para ello. Y la competencia jurisdiccional en materia de separaciones matrimoniales se encuentra en la esfera civil.

II. POSTURA DOCTRINAL

Distintos autores han considerado la necesidad y conveniencia de introducir la separación consensual en el sistema español, debido entre otras razones a las ventajas que hemos señalado anteriormente. Apoyan esta postura indicando los requisitos que consideran necesarios para ello, al mismo tiempo que señalan las reformas que habría que llevar a cabo en nuestro Código Civil.

Según ALEMANY (14) es conveniente la regulación legal de la separación de hecho matrimonial que reconoce la Ley de Contrato de Trabajo y que permite a la mujer casada, separada de hecho, contratar por sí misma sin asistencia de su marido, así como asistir en juicio sin la venia o representación de éste.

La Legislación Laboral ha sido siempre más avanzada que el resto de nuestro Derecho, debido al campo en que se mueve y desarrolla. De ahí, que la Ley de Contrato de Trabajo permitiera a la mujer separada de hecho contratar su trabajo y percibir la remuneración por sí misma.

La Ley de 2 de Mayo de 1978, en su Exposición de Motivos proclama: " Sobre todo importa reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la dignidad misma de la persona ", al mismo tiempo que la igualdad jurídica de los cónyuges. Todo ello ha llevado a suprimir la licencia marital; el marido ya no es el representante de su mujer y ésta puede comparecer en juicio por sí misma, además de otras facultades que se le han otorgado. No obstante no haberse reconoci

(14)- ALEMANY. "Todo sobre separación matrimonial" Barcelona, 1975, Pág. 59.

do la separación de hecho, toda esta reforma tiene gran importancia, porque ahora la mujer separada de hecho puede disponer por sí sola y no necesita - para cada acto la licencia de su marido.

FUENMAYOR (15) dice: " En trance de revisar el régimen del Derecho Español en tema de separación conyugal, pienso que es de máxima importancia establecer un criterio análogo para las separaciones canónicas y civiles, que aconseja el clamor reciente, que entre nosotros existe, favorable a la llamada separación convencional. " El objetivo es hallar una fórmula legal que supere las dificultades de la separación contenciosa, cuando existiendo una causa para que se separen los esposos, éstos no quieren dirimir sus diferencias en un litigio procesal. Pero la cuestión se plantea de forma distinta - en el ordenamiento canónico y en el civil."

Respecto a las separaciones canónicas, que en España eran las más numerosas, debido a que hasta ahora casi todo el mundo contraía matrimonio por la Iglesia, bien porque esa era su voluntad, o por razones de otra índole como podían ser familiares o sociales, FUENMAYOR (16) piensa que si se quitan los obstáculos actuales que dificultan el acudir a la vía administrativa, para lograr que la separación de los cónyuges se obtenga sin estrépito judicial. Aunque ello no significa que desaparezca la separación contenciosa, pues no lo cree justo ni conveniente, ya que es el cauce adecuado para que el esposo inocente ejercite el ius separationis; pero tampoco esta posibilidad debe convertirse en una imposición. Continúa el mismo autor diciendo (17) que, parece aconsejable la vía administrativa canónica, porque en ella se pueden alcanzar tres objetivos:

- 1º - Comprobar la existencia de una causa de separación, sin la cual ésta será negada por la autoridad.

(15)- FUENMAYOR. " Ob. Cit." Pág. 24

(16)- FUENMAYOR. " Ob. Cit." Pág. 24

(17)- FUENMAYOR. " Ob. Cit." Pág. 25

2º - Mover el ánimo de los cónyuges a la aveniencia.

3º - Una posible reconciliación en el futuro.

Para lograr la separación no contenciosa en los matrimonios civiles, FUENMAYOR (18) cree que es imprescindible una reforma de nuestro ordenamiento, que responda a las siguientes exigencias:

1º - Necesidad de causa legítima.

2º - Posibilidad de obtenerla con intervención de la autoridad judicial, en actuaciones de jurisdicción voluntaria, con carácter reservado.

3º - Homologación judicial, si existe causa legítima de separación, y que el juez pueda juzgar sobre la legalidad de los pactos relativos a los efectos de la separación.

4º - Que el juez intente la aveniencia entre los cónyuges antes de decretar la separación.

Vemos que FUENMAYOR distingue entre una separación por vía administrativa para los matrimonios canónicos, que tendría eficacia en el orden civil, y otra para los matrimonios civiles. No nos parece necesario distinguir, en este aspecto, entre matrimonios canónicos y civiles, ya que la separación convencional sirve tanto para unos como para otros, porque ésta no extingue el vínculo matrimonial y consiguientemente no está en contra del principio de indisolubilidad del matrimonio proclamado por la Iglesia Católica, y por el ordenamiento civil, hasta que no se apruebe el Proyecto de Ley que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Además la separación por vía administrativa llevada a cargo por el Ordin

(18)- FUENMAYOR. " Ob. Cit." Págs. 25 y 26

nario del lugar, no tenía lugar en nuestro país en virtud de Concordato celebrado con la Santa Sede en 1953, actualmente derogado por los Acuerdos entre España y la Santa Sede que entraron en vigor el 4 de Diciembre de 1979. Y el artículo VI hace referencia al matrimonio canónico y a la nulidad del mismo. Pero no son posibles las dos vías señaladas por FUEYMAYOR una para cada caso de matrimonio, porque a partir de la Ley de 26 de Diciembre de 1980, las separaciones se tramitan a través de la jurisdicción civil cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.

Para dar eficacia jurídica a la separación de hecho de los cónyuges, y a que ésta sea beneficiosa cuando se separan, piensa OGAYAR (19) que se debe establecer una organización que garantice a éstos su nueva situación, pudiendo reglamentar la separación de bienes, paralela a la separación de cuerpos, dando para ello dos soluciones:

- 1º - Modificación de los artículos 1315, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil.
- 2º - Reconocimiento de la separación convencional de los cónyuges, del mismo modo que el Código Civil italiano. Los pactos de separación deben tener plena validez y fuerza, si han sido aprobados judicialmente, y para ello debe reglamentarse:
 - a. La separación consensual ha de ser pedida por los esposos.
 - b. No necesitan invocar ninguna causa que justifique su determinación, sino solamente su voluntad de separarse.
 - c. El convenio de separación debe consignarse en escritura pública, o en el mismo escrito que se formule al juzgado.

(19)- T. OGAYAR. " La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce ". Edit. Reus, Madrid, 1971. Págs. 157 y 158

- d. Aprobación judicial del convenio, que no puede denegarse si las condiciones estipuladas no son contrarias a las exigencias del interés de la familia.
- e. Homologado el convenio de separación, se disolverá la sociedad de gananciales, que implica la reforma del artículo 1432 del mismo Texto legal.

La primera solución apuntada por OGAYAR ha sido resuelta en la Ley de 2 de Mayo de 1978, que modificó los artículos referentes a las capitulaciones matrimoniales. A partir de esta fecha es posible hacer capitulaciones durante el matrimonio o bien modificar las que se hubieran estipulado antes de contraerlo. Esto fue una medida de gran importancia, pues permite cambiar el régimen económico conyugal y adaptarlo a las diferentes circunstancias por las que atraviesa el matrimonio; así al producirse una separación de hecho, los cónyuges pueden, de común acuerdo, liquidar la sociedad de gananciales y establecer el régimen de separación de bienes.

El Proyecto de Ley sobre régimen económico conyugal no ha modificado el contenido de estos preceptos en relación a lo que acabamos de señalar; aunque el número del articulado ha variado, y regula las capitulaciones matrimoniales a partir del artículo 1325.

Nos parecen acertadas las medidas, que considera OGAYAR, necesarias para regular la separación de hecho. Con respecto a la señalada en el apartado 'e.' tenemos que indicar que al modificarse diversos artículos por la Ley de 2 de Mayo de 1978, no se reformó el artículo 1417 del Código Civil que estaba en relación con los preceptos que hacían referencia a las capitulaciones matrimoniales, puesto que a través de éstas se reguló una forma de poder modificar el régimen legal de gananciales. Pensamos que ello hay que considerarlo como un olvido del legislador, y también a que las reformas del Código Civil siguen ser fragmentarias, lo que en ocasiones da lugar a estos lapsus. Sin embargo el Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de

filiación patria potestad, y régimen económico del matrimonio en su artículo 1392 establece: " La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

- 1º - Cuando se disuelva el matrimonio.
- 2º - Cuando sea declarado nulo.
- 3º - Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.
- 4º - Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevista en este Código ".

Como se puede observar el apartado 4º de este precepto subsana el defecto que tiene actualmente el artículo 1417 del Código Civil, (que con la aprobación de este Proyecto quedará derogado) pues admite la extinción de la sociedad legal de gananciales a través de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, o haciéndolas por primera vez durante el matrimonio, pactándose un régimen diferente.

El mismo Proyecto en su artículo 1393 señala: " También concluirá por decisión judicial la sociedad legal de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, si el otro se encontrare en alguno de los casos siguientes:

3º: llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar ".

Este último precepto, una vez aprobado el Proyecto y siempre que no sufra ninguna enmienda, salvará el problema que se plantea en la práctica, y es que al producirse la separación de hecho, uno de los cónyuges no quiera liquidar la sociedad de gananciales, porque sus intereses personales queden perjudicados, ya que se necesita el mutuo acuerdo de los cónyuges para poder modificar o hacer por vez primera las capitulaciones, constante matrimonio. Y el artículo 1393 indica que automáticamente se producirá la disolución de la sociedad cuando haya transcurrido un año desde la separación de hecho matrimonial.

Aunque la Ley de 2 de Mayo de 1975 y el Proyecto de Ley dan un paso adelante en esta materia hay que objetar dos inconvenientes:

- 1º - Los artículos 1315 y siguientes del Código Civil, al igual que los del Proyecto que hacen referencia a la misma materia, admiten la regulación por primera vez y modificación de las capitulaciones durante el matrimonio, pero es requisito indispensable el que ambos cónyuges estén de acuerdo, y esto no ocurre siempre, dando lugar a que no se pueda modificar el régimen económico en algunos supuestos.
- 2º - El artículo 1393 del Proyecto en su apartado 3º, admite la conclusión de la sociedad de gananciales, pedida por uno solo de los esposos, únicamente si llevan separados de hecho un año. Así que es necesario el transcurso de un año para cambiar el régimen económico del matrimonio, no pudiéndose hacer desde el momento en que se llega a la separación de hecho.

Si se regula la separación de hecho, y como consecuencia los pactos de separación produzcan efectos jurídicos, uno de éstos sería la liquidación automática de la sociedad de gananciales, si fuera el régimen que tuvieran los esposos, y la implantación de la separación de bienes. Con ello quedaría separado uno de los aspectos que tienen más importancia y al mismo tiempo — presenta más dificultades en la separación de hecho.

Las siguientes soluciones son expuestas por IZQUIERDO (20):

- 1º - Mayor flexibilidad en las capitulaciones matrimoniales.
- 2º - Adopción del régimen de separación de bienes.
- 3º - Mayor libertad de actuación de la mujer respecto a sus bienes.
- 4º - Ampliación de la potestad doméstica de la mujer.
- 5º - habilitación judicial in actu
- 6º - Regulación legal exhaustiva de la separación de hecho.

(20) - IZQUIERDO, " El abogado... " Ob. Cit. Págs. 834 - 839

La primera medida que señala este autor tiene un carácter parecido a la que expuso OGAYAR, y la segunda es una consecuencia de la primera. Respecto a la tercera, la Ley de 2 de Mayo de 1975 atribuyó a la mujer casada una mayor disponibilidad sobre sus bienes privativos, pudiendo disponer por sí sola de los bienes parafernales, así como comparecer en juicio y litigar sobre los mismos, el marido únicamente puede ejercitar acciones en orden a dichos bienes como apoderado de su mujer. El Proyecto de Ley de modificación del régimen económico del matrimonio, suprime la regulación específica de los bienes de la mujer o parafernales en acatamiento al principio de igualdad, y el artículo 1381 dice: " Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos, y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá en este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes ".

La opinión dada por IZQUIERDO, contempla según VARELA DE LIMIA (21), a la cual nos adherimos, únicamente el aspecto patrimonial, olvidando las medidas de carácter personal como la asignación de los hijos y el desconocimiento de la paternidad. Le parece acertado que se regule exhaustivamente la separación de hecho, pero no del modo que indica este autor, que es según los artículos 1881 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque están pensados para una solución provisional y anterior a la presentación de la demanda. Estima VARELA DE LIMIA (22) que el modo más conveniente para regular la separación de hecho es a través de la introducción de la separación convencional, " que tiene lugar mediante el mutuo consentimiento de los cónyuges y la posterior homologación del Tribunal ".

Una solución pacífica es defendida por GIMENEZ ARNAU.(23) con respecto a

(21)- VARELA DE LIMIA. " La separación convencional..." Ob.Cit. Págs.169-170

(22)- VARELA DE LIMIA. " La separación convencional..." Ob.Cit. Pág.170

(23)- GIMENEZ ARNAU. "Escrituras de divorcio" Revista de Derecho Notarial. Julio-Diciembre, 1961. Págs. 437 - 439.

los matrimonios que se han distanciado, siendo su convivencia insoportable,- en la cual no se prevé un cambio, dice: " mejor que la intervención del juez, es intentar resolver la situación por vía pacífica y extralitigiosa. Es beneficioso para la sociedad, para los cónyuges interesados que se intente una mínima concordia amistosa para conseguir, sin atentar a la dignidad del vínculo sacramental, una organización estable de la separación de hecho". Con - tinda diciendo que " es fácil la solución en las regiones forales porque se - permite la modificación de las capitulaciones matrimoniales postnupcias; pero no en el Derecho Común ya que lo prohíbe ". Como otros juristas, también - GIMENEZ ARNAU estima que la solución está en la modificación de los capítulos matrimoniales constante matrimonio. Esta medida ya ha sido adoptada por el - Derecho Común como consecuencia de la Ley de 2 de Mayo de 1975, con ello se - ha equiparado el Derecho Común al Derecho Foral en este aspecto. J.M.LETE DEL RIO y J.A:ALVAREZ CAPEROCHIPI (24) piensan que la homologación de los - capítulos se tendría que otorgar por un procedimiento especial, al mismo - tiempo que sencillo que no diera lugar al fraude a terceros y al abuso de un esposo frente al otro. Esto evitaría, en la separación de hecho, el tener que - acudir a la vía judicial. Al llevar consigo la separación judicial unas de - ventajas, opina BASTIDA CANAL (25) que la solución sería un proceso simpli - ficado en materia de separaciones conyugales. Con ello se beneficiarían no - solo los interesados, que se evitarían molestias, sino también la autoridad competente, puesto que tendría más tiempo para atender otros casos que requi - ren mayor estudio. Piensa que el proceso podría constar:

1º - Demanda

2º - La postura de la parte demandada será la de allanamiento.

(24)- J.M. LETE DEL RIO y J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI. "La mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho Común" Revista de Derecho Privado Marzo, 1977. Pág. 174

(25)- BASTIDA CANAL. "A propósito de las llamadas..." Ob.Cit. Págs.121-132

3º - Prueba que bastaría con un par de testigos hábiles.

4º - Publicación de autos

5º - Sentencia, que no será necesario que haga referencia a la separación decretada por consentimiento de los cónyuges, sino a la causa canónica que se puede expresar en los términos genéricos de " vida en común demasiado difícil ".

La separación será por tiempo determinado o definitivo, y podrá consignarse en la parte dispositiva que se acuerda " mientras persistan las presentes circunstancias ". Si uno de los esposos pide que se extinga el plazo de separación, tiene que demostrar que han variado las circunstancias, y a partir de ese momento no se puede hablar de una separación por mutuo consentimiento. Cabría una apelación ante el Tribunal Superior, pero al mismo tiempo esto sería contradictorio, pues supondría que una de las partes consideraría que se ha tomado una decisión en contra de sus intereses. Continúa diciendo el mismo autor que no " sería propio hablar en estos casos de homologación por la autoridad de los acuerdos privados; en cuyo caso la función de la misma se reduce prácticamente a la del notario que da fe de tal acuerdo sin entrar para nada en su mérito o legitimidad, con arreglo al sistema legal. Propugnamos que la autoridad, pastoral en este caso, no renuncie a percatarse, aunque sea somera y superficialmente, pero de forma bastante, que hay motivo de separación ".

Podemos deducir de todo esto, que está haciendo referencia a un proceso-intermedio entre la separación judicial de los esposos y la separación convencional, admitida en el ordenamiento italiano. Consideramos que el proceso que señala como óptimo, es bastante largo, siendo más sencillo y rápido una homologación judicial de los convenios. La apelación nos parece fuera de lugar, porque al consentir los cónyuges en separarse no tienen por qué interponer ante el órgano superior, puesto que ellos han pactado las condiciones de la separación de hecho. Tampoco tiene que ser la autoridad competente la pastoral, pues

esta labor la puede hacer un Tribunal civil, aparte de que en el primer caso sólo tendrían acceso los matrimonios canónicos.

Estima B. CAMY (26) que si el Derecho Canónico admite la separación por la propia autoridad del cónyuge inocente, no es comprensible porqué éste no fue recogido por el Código Civil para regular los efectos civiles cuando se tratara de matrimonios canónicos y admitirla en el matrimonio civil. Cree que se podría admitir la siguiente forma de separación o una parecida a ésta: " Los cónyuges podrán convenir por escritura pública, siempre que a su juicio exista causa de separación y sin que tengan que manifestarla, la separación de hecho que será siempre transitoria y por un plazo que no pueda exceder de cinco años. En ella se acordará como mínimo lo referente a los bienes, pagos o gastos de los cónyuges y de los hijos, lo que proceda respecto al cuidado y educación de éstos que siempre tendrá que ser atribuido a uno u otro de los cónyuges. En estos convenios no podrá liquidarse la sociedad, pero sí modificarse el régimen económico matrimonial, con las limitaciones y requisitos que para ello sean necesarios ". No estamos de acuerdo con que se señale un plazo y que éste sea de cinco años, porque creemos que no se debe determinar un período de tiempo a priori para la separación, ya que no se puede conocer la duración de ésta. Además ¿qué ocurriría cuando se hubiera extinguido este plazo?, ¿se tendría que hacer otra escritura y volver a pactar lo mismo, o por el contrario tendrán que acudir a una separación judicial, si consideraran que no desean seguir viviendo juntos?.

El II CONGRESO JURIDICO CATALAN celebrado en Barcelona en 1971, también mantuvo una postura aperturista hacia la separación convencional, recogiendo en una de sus conclusiones lo siguiente: "Hay que reconocer plena validez y fuerza de obligar a los convenios de separación amistosa, sin otro requisito

(26)- B. CAMY. " Ideas para un nuevo Derecho de Familia en España " Revista de Derecho Privado. Octubre, 1974. Pág. 802.

que el de aprobación y homologación judicial, a semejanza del Código Civil italiano ". De ello únicamente discrepa TAULET (27) en cuanto a la exigencia de la aprobación, puesto que a su juicio es suficiente con la presentación e inscripción ".

E. TAULET (28) considera que hay que llegar a:

- 1º - Reconocimiento explícito de las separaciones de hecho, admitidas y aceptadas en numerosos Textos Legales y Reglamentarios, sirviendo - de ejemplo elocuente los casos del Ordenamiento Laboral;
- 2º - La concesión de la capacidad completa, sin ninguna cortapisa a los cónyuges separados de hecho, para regir su persona y bienes libre - mente, con la posibilidad de que tanto el marido como la mujer puedan llevar al patrimonio propio, como privativos, los bienes que adquieran por cualquier título, con facultad de gravarlos y enajenarlos, desapareciendo prohibiciones y limitaciones de acceso al Registro de la Propiedad.
- 3º - Reconocimiento de las pensiones de fallecimiento a las viudas separadas de hecho, abandonadas por sus maridos.
- 4º - Para acreditar la efectividad y fecha de la separación se propone la instauración de un procedimiento sencillo que permita recoger la voluntad de los consortes en acta notarial o mediante comparecencia - ante el Juez Municipal; en cualquiera de ambos casos se procederá - a la inscripción en el libro correspondiente del Registro Civil.
- 5º - Reconocer la validez de la liquidación de la sociedad conyugal con motivo de la reforma de las capitulaciones y conversión e instaura-

(27)- E. TAULET RODRIGUEZ-LUESO. "La separación de hecho en el matrimonio" Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 15 de Noviembre de 1978 Pág. II.

(28)- E. TAULET. " Ob. Cit ". Pág. 12

ción de un régimen de separación, pudiendo inscribir a nombre de cada cónyuge, como privativos, los bienes que se le hayan adjudicado con ocasión del convenio de separación amistosa.

En contraposición a las opiniones manifestadas en favor de la regulación de la separación de hecho, GARCIA CANTERO (29) se muestra contrario a ello, y afirma que la separación de hecho es ilícita porque atenta a la convivencia de los cónyuges, y que el legislador se ha negado a reglamentar, y la jurisprudencia le ha concedido algunos efectos que se derivan estrictamente de su entidad. " En este reconocimiento de la separación de hecho late una equivocada concepción del patrimonio que podría resumirse así: " concubitus, non - consensus, matrimonium facit ". Ello significaría dar al traste con la concepción consensual del matrimonio y abrir el camino a formas viciosas de unión conyugal, como el matrimonio por la simple convivencia ". También considera - el mismo autor que: (30) a pesar de que los cónyuges tienen poder para finalizar una separación judicial comunicando su acuerdo al Tribunal que conoció el pleito, carecen de él para crear un status de separación con eficacia jurídica, que ningún órgano jurisdiccional podrá legalizar u homologar un - acuerdo de los cónyuges con aquel fin.

Pensamos que es necesaria una regulación jurídica de la separación de hecho matrimonial, debido a que estas situaciones son cada vez más frecuentes - en la vida cotidiana. Ello se debe a la evolución que se ha producido en la sociedad moderna, no primando ya la idea de que los cónyuges tienen que seguir unidos, aunque éste no sea su deseo, y a que se han producido una serie de cambios en la vida familiar, no siendo ya el marido únicamente el que apog

(29)- G. GARCIA CANTERO. " Filosofía del divorcio" Publicado en ABC de 2 de Febrero de 1978 en la Sección "Tribuna Pública"

(30)- G. GARCIA CANTERO. " El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español" Pág. 275

ta los medios económicos para sostener a la familia; sino que también la mujer contribuye en este aspecto, lo que significa que ya no existe una situación de dependencia, y a veces de sumisión de la mujer con respecto a su marido. Todo ello ha traído como consecuencia que se produzcan mayor número de separaciones, aunque no queremos con esto decir que antes no hubiera matrimonios mal avenidos, pero sí que en día están más a la vista de todos.

La vía que existe actualmente para solucionar estas situaciones es la separación legal, puesto que el divorcio no ha sido todavía aprobado por el Parlamento. Pero aunque en un plazo corto, el divorcio quedará regulado en nuestro ordenamiento, ello no significará que sea la salida que quieran todos los cónyuges, bien porque su situación no se pueda encuadrar dentro de una de las causas tipificadas para llegar a éste, bien porque a pesar de que puedan pedir el divorcio todos aquellos que se hayan casado cualquiera que sea la forma de matrimonio, puede haber personas que no estén de acuerdo con esta institución - por diversos motivos o razones, o que estando de acuerdo con la misma no quieran llegar a ella.

El acudir a una separación judicial presenta una serie de problemas, siendo el primero que exista una causa de separación que pueda ser invocada por los esposos. Porque a pesar de que muchas veces la situación a la que se ha llegado en el matrimonio puede ser insostenible, legalmente puede no haber ningún motivo determinado y concreto para presentar una demanda de separación. También puede ocurrir que aunque exista una causa que se pueda invocar para la separación judicial, esta clase de separación no les interese a los cónyuges porque hay que seguir un procedimiento largo y costoso, y que lleva consigo una serie de sinsabores que no interesa soportar, además una vez dado este paso, es mucho más difícil, por no decir imposible, una reconciliación entre los cónyuges.

Por todo ello consideramos que es muy importante regular jurídicamente la separación de hecho, porque ello evitaría la inseguridad que ofrece en la actualidad, tanto a los cónyuges como a sus hijos. Porque aunque hayan pactado convenios de separación, al no tener éstos fuerza coercitiva, puede en cual-

quier momento uno de los esposos dejar de cumplirlos, no existiendo ningún medio legal a través del cual se obligue a su cumplimiento, pudiendo ésto- a veces ocasionar el que los cónyuges acudan a la separación judicial.

La separación de hecho no sólo es relevante porque ofrece una serie de ventajas frente a la separación judicial, sino también porque una vez que se haya aprobado el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la separación de hecho será una causa de divorcio, estando regulado en el artículo 86 número 3.

Al poder ser la separación de hecho una causa de divorcio, pensamos que ésta figura cobrará gran relieve, porque no sólo se llegará a ella con el fin de regular una situación fáctica, sino también para poder pedir posteriormente el divorcio. Este segundo caso ofrece la ventaja de que los cónyuges no tienen que acudir a un procedimiento previo al de divorcio, sino que una vez transcurrido el plazo marcado por la Ley desde que se produjo la separación de hecho se puede pedir el divorcio. El único inconveniente es que el plazo es mayor que el exigido en los números 1 y 2 del artículo 86 del Proyecto, que también establece causas de divorcio; porque ello es lógico ya que se apoya en el mutuo acuerdo de los cónyuges y no ha intervenido la autoridad judicial.

Creemos 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. No obstante pensamos que para ello es necesario que ambos esposos estén de acuerdo en modificar su situación, o que sea uno el que lo desee con el consentimiento del otro. Consideramos que cuando se produzca una separación de hecho los cónyuges estipulen convenios, en los cuales regulen sus relaciones y las de sus hijos, si los hay, tanto personales como patrimoniales, siempre que no perjudiquen los intereses familiares, entendiéndose por éstos los del cónyuge que se encuentre en una situación más débil y los de los hijos menores o incapacitados.

Los convenios de separación deben de ser homologados por el juez, pero - sin que éste entre a examinar la causa que ha motivado la separación de hecho, y sin que pueda modificar o denegar estos pactos, excepto en el supuesto de que fueran en contra del interés familiar. Como consecuencia de la homologación, ambas partes han de cumplirlos y producirán efectos jurídicos, tanto en relación a los cónyuges como a terceros, con lo cual se logrará una mayor seguridad jurídica.

Los convenios de separación tendrán que llevar la fecha del día en que se hicieron, y ello servirá para demostrar la existencia de esta situación, así como también de prueba para el cómputo del plazo si se quiere alegar la separación de hecho como causa de divorcio.

2015-17

CAPITULO SEXTO

LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSA DE DIVORCIO

LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSA DE DIVORCIO

El Proyecto de Ley que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, introduce profundas innovaciones en esta materia, y una vez que se apruebe tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado, modificará lo que respecto a ello regula, actualmente, el Código Civil.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados con fecha 1 de Marzo de 1980 establece: " El expreso reconocimiento constitucional de la igualdad, como presupuesto de la seguridad y de la Justicia, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos son otras tantas manifestaciones constitucionales que la reforma ha tomado como eje y presupuesto de la misma.

Por otra parte, es innegable que el matrimonio y la familia, aún conservando el carácter esencial y el valor permanente que dentro de la sociedad ha tenido tradicionalmente, y siguen teniendo, han experimentado cambios — ciertamente importantes de los que en su día se hizo eco la Ley de 2 de Mayo de 1975 y que en este momento resultaba indispensable perfeccionar y completar.

Asimismo, en este cuadro esquemático de presupuestos de la reforma ha de citarse el Acuerdo del Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos que una vez publicado oficialmente en España forma ya parte de su ordenamiento interno.

Todas estas exigencias jurídicas y sociales han tratado de ser adecuadamente armonizadas para que en aras de los ideales de justicia, de libertad y de seguridad que inspiran nuestra Constitución, la ordenación del matrimonio constituya un instrumento jurídico con plena vigencia social que facilite la convivencia dentro de un clima de paz y concordia ".

Consideramos que la reforma más importante y que mayor trascendencia ha a tener, de este Proyecto de Ley, es la introducción en nuestra legislación del divorcio, que producirá la disolución del vínculo matrimonial, y que únicamente se ha regulado en nuestro país como tal figura jurídica y con estos efectos en la Ley de Divorcio de 2 de Mayo de 1932, que fue derogada por la Ley de 23 de Septiembre de 1939. Puesto que la Ley de Matrimonio Civil de 1970 mantenía el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de establecer como obligatorio el matrimonio civil.

La separación de hecho se recoge en casi todas las legislaciones extranjeras como causa de divorcio, variando únicamente el plazo necesario en cada una de ellas, para lograr la disolución del vínculo matrimonial. Pensamos que esta causa de divorcio no presenta dificultades a las partes en el momento de alegarla para conseguir el divorcio, puesto que los cónyuges no tienen que probar en juicio una causa concreta que determine la culpabilidad o inocencia de uno de los esposos, o bien la buena o mala fe de los mismos.

No obstante ha evolucionado la institución jurídica del divorcio en los distintos ordenamientos, ya que en un principio el divorcio se consideró como una sanción, y era consecuencia de una serie de causas imputables a uno u otro de los cónyuges, mientras que en las últimas décadas ha variado la concepción del mismo, basándose más en causas objetivas, para llegar a ser el divorcio un remedio para los matrimonios definitivamente rotos, que existen en la actualidad. También existe, hoy en día, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, como el logro final del divorcio remedio, y que tantos problemas y controversias ha ocasionado en nuestro país, debido a la inclusión o no del mismo en el Proyecto de Ley.

Pero uno de los motivos que presenta menos obstáculos para conseguir el divorcio es la separación de hecho matrimonial, que se basa en una causa objetiva, no siendo necesario acudir con anterioridad a un procedimiento contencioso, puesto que no se parte de una causa subjetiva, que tenga que ser probada.

da en juicio, sino que es consecuencia de que los esposos no desean seguir-viviendo juntos, porque la convivencia entre ellos se ha hecho insoportable, y la salida más lógica es la separación acordada entre los mismos, pero sin necesidad de tener que acudir a un procedimiento que les suponga un sinnúmero de inconvenientes.

Actualmente se ha notado cómo la convivencia no es un bien que hay que defender a toda costa. Hay que señalar una reciente orientación que tiende a distinguir entre familia que convive y familia separada, incluyendo en ésta también la familia separada de hecho. Mientras que tradicionalmente se distinguía exclusivamente entre cónyuges y cónyuges legalmente separados, sin que el hecho de convivir tuviese alguna importancia; sin embargo hoy es el mismo legislador el que distingue para ciertos efectos limitados, entre cónyuges que conviven y cónyuges que no conviven, independientemente del hecho de que estén o no legalmente separados (1)

El abandono del principio de indisolubilidad del matrimonio, como consecuencia del divorcio, y el reconocimiento expreso que las Leyes de Divorcio hacen de la separación de hecho como causa del mismo en los diferentes ordenamientos, han dado lugar a que caigan muchos de los argumentos que se habían adoptado para sostener la ineficacia de esta clase de separación, que en síntesis se reducían a dos, y eran mantener la tipicidad de la causa de separación y la unidad de la familia.

La separación de hecho es admitida como causa de divorcio en todos aquellos países que reconocen expresamente esta institución, a excepción de Grecia y Canadá, entre otros. Pero lo que varía de una legislación a otra es el plazo que exige para poder pedir el divorcio, siendo éste de seis meses en Cuba, y que establece: "La separación de hecho por más de seis meses, sobre

(1)- V. FRANCESCHELLI. "La separazione di fatto" Edit. Giuffrè, Milán. 1978. Pág. 154

venida por disenso o por negativa de uno de los cónyuges a continuar la vida conyugal ". El plazo mayor que se exige es diez años, y únicamente lo tiene establecido Bélgica. En Francia, el plazo que los cónyuges tienen que llevar separados de hecho para acudir al divorcio es el de seis años. Mientras que se exigen cinco años en Bolivia, Nicaragua, Portugal, Inglaterra, Alemania e Italia. En Panamá, el plazo es de cuatro años; y de tres años en Suecia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda: Dos años son necesarios en Perú, Finlandia, varios Estados de Estados Unidos y en Inglaterra si el demandado consiente en el divorcio. Y en Guatemala, Costa Rica y Australia el plazo que exige la Ley es de un año.

El artículo 86 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, recoge cinco causas de divorcio, y la tercera está redactada de la siguiente forma: " El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

- a. desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
- b. Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación ".

El plazo que ahora señala el Proyecto de Ley que ha sido aprobado por el Congreso de los Diputados es de dos años, lo que significa que ha sido recogido en relación con el que presentó el Consejo de Ministros al Congreso, puesto que éste establecía un plazo de cuatro años. Ello ha sido fruto de las enmiendas que ha tenido dicho Proyecto de Ley, así como de las controversias y enfrentamientos dialécticos que se han producido entre los distintos grupos parlamentarios, apoyando cada uno de ellos lo que consideraba más apropiado

dentro de sus planteamientos y programas.

La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, también, señalaba la separación de hecho como una de las causas de divorcio, y estaba recogida en el artículo 3, número 12, que decía: " La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años ". Para OGAYAR (2) su texto enunciado revela los requisitos que comprende, que son: " que los cónyuges estén separados de hecho o amistosamente; que, como consecuencia de la separación, vivan en distinto domicilio, durante tres años, y que esta separación haya sido consentida por el marido y la mujer libremente, esto es, que hayan llegado a ese estado por mutuo acuerdo ".

Entre ambos preceptos hay unas diferencias notables. En primer lugar, la redacción del Proyecto de Ley establece un plazo inferior al que señalaba la Ley de Divorcio, puesto que actualmente son dos años. Con lo cual el plazo regulado por el Proyecto de Ley como necesario para pedir el divorcio como consecuencia de la separación de hecho, se encuentra entre los plazos menores en relación a los que han sido adoptados en otros países.

Una segunda diferencia, es que el número 12 del artículo 3 de la Ley de Divorcio, exigía que los cónyuges separados de hecho vivieran en distinto domicilio; y el artículo 86, número 3 del Proyecto de Ley señala el cese efectivo de la convivencia conyugal. En principio hay que considerar que ambos preceptos hacen referencia a lo mismo, puesto que parece que el cese efectivo de la convivencia conyugal, implica el que se viva en diferentes domicilios, y además es ésta una de las primeras medidas que son adoptadas por los cónyuges en la separación de hecho.

No obstante el artículo 86 bis del Proyecto de Ley dice: " El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de-

(2)- T. OGAYAR. "La separación de hecho de los cónyuges como causa de divorcio". Revista de los Tribunales y de Legislación Universal. Abril, 1933. Pág. 233

este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca a uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en Derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.". Lo que significa, que a pesar de que la regla general sea el que los esposos separados de hecho tengan domicilios diferentes, puede darse el supuesto de que por las razones que alega el artículo 86 bis,, ambos cónyuges sigan ocupando el mismo domicilio, bien con carácter permanente, bien con carácter temporal.

Se ha basado para introducir este artículo en razones económicas, debido a que mantener dos domicilios puede suponer en algunos supuestos, unos gastos excesivos, que ocasionaría que algunos cónyuges no pudieran alegar el cese efectivo de la convivencia conyugal como causa de divorcio o de separación. A pesar de esto, no estamos de acuerdo con este precepto, porque aunque tener dos domicilios ocasiona gastos, hasta ahora siempre se había adoptado esta medida, tanto en las separaciones legales, como en las de facto y también como consecuencia de las medidas provisionales y provisionales de la separación judicial y no se había pedido su suspensión por falta de medios económicos.

Además creemos que esta medida puede ocasionar fraudes, debido a que haya cónyuges que digan que ha cesado la convivencia conyugal en un tiempo determinado, no obstante vivir en el mismo domicilio, puesto que a pesar de que el artículo 86 bis en el último inciso dice: "... y así sea acreditado por cualquier medio admitido en Derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente ". Ello daría lugar a que se pudiera llegar a un divorcio sin que hubiera transcurrido el tiempo que la Ley señala para ello, siempre que los esposos afirmaran y probaran ante el juez que a pesar de seguir viviendo en el mismo domicilio la convivencia había cesado entre ellos.

Por otro lado consideramos que es difícil que los cónyuges vivan en la misma casa si no se llevan bien, porque la unión y armonía entre ellos ha llegado a ser difícil, por no decir imposible, por lo cual estimamos que la so-

lución más adecuada es vivir en diferentes domicilios, ya que lo contrario - produce un perjuicio mayor a estas personas que el económico. Por lo tanto - pensamos que este artículo podrá ser un arma que se pone en manos de los - cónyuges para alegar una causa de divorcio que puede no ser cierta, y que sin embargo, puede probarse ante el juez por cualquier medio, siempre que los es- posos estén de acuerdo, a pesar de que no fuera cierto el plazo que ha pasado desde que se producen desavenencias entre los mismos, y como consecuencia se- haya llegado a la separación de hecho.

Ambos preceptos hacen alusión a que la separación de hecho tiene que ser libremente consentida por ambos cónyuges. Esto es, que tanto un esposo como - el otro han optado por llegar a esa situación, porque ese era su deseo, y por tanto ha sido consentida libre y voluntariamente por el marido y la mujer, o- bien la voluntad fue en un principio únicamente de uno de ellos, pero luego - el otro ha aceptado la situación.

Aquí se nos presenta un problema, que es que dos cónyuges que hayan consig- nado en llegar a una separación de hecho para solucionar su vida, una vez - transcurridos los dos años de convivencia ininterrumpida, y por tanto haber- cumplido la causa 86, número 3 a) del Proyecto de Ley, puede posteriormente - uno de ellos, no estar de acuerdo para alegarla y pedir el divorcio.

Nos preguntamos, entonces, ¿puede el otro esposo interponer la demanda de- divorcio basándose en esta causa, que sí que ha cumplido, aunque su cónyuge- no desea el divorcio? ¿El consentimiento que se prestó para separarse de he- cho es suficiente y es posible aducirlo también para el divorcio, o bien pug- de ser revocado por un cónyuge porque únicamente deseaba la separación de he- cho pero no el divorcio? Creemos que son cuestiones que presentan dificultades y que se irán solucionando con la práctica, una vez que se apruebe el Proyec- to de Ley, y se comience a interpretar la Ley.

Aunque consideramos que si ambos cónyuges han consentido libremente la - separación de hecho, y llevan en esta situación más de dos años, uno de ellos

puede

alegar esta causa para pedir el divorcio, a pesar de que el otro no desea el mismo, puesto que se cumplen los presupuestos que la Ley establece.

Además el número 4 del artículo 86 del Proyecto de Ley dice: " Son causas de divorcio: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges ". Si examinamos esta causa vemos que es necesario que la casación de la convivencia conyugal haya durado cinco años ininterrumpidos; aunque también se puede aplicar en este caso el artículo 86 bis del Proyecto de Ley.

La primera diferencia que existe entre el número 3, apartado a) parte primera, y el número 4, ambos del artículo 86, es que el plazo que los esposos tienen que llevar separados es diferente, pues en el primer caso es de dos años, y en el segundo de cinco años.

Nos podemos preguntar el porqué de esta diferencia, y la única respuesta que nos parece acertada y adecuada es que en el supuesto del artículo 86, número 3 a) se requiere que el cese de la convivencia sea querido por ambos esposos, y al haber mutuo acuerdo en llegar a separarse de facto, el plazo es menor; mientras que el supuesto de artículo 86, número 4, la separación es unilateral, y por tanto es necesario un plazo mayor para poder pedir el divorcio, puesto que no hay acuerdo mutuo entre los cónyuges, sino que por el contrario ésta parte de uno sólo de los esposos. Pensamos que puede ser como en la legislación inglesa que se puede pedir el divorcio con dos años de separación de hecho, aunque sólo lo pida un cónyuge, pero es necesario que el demandante esté conforme con la demanda. En este caso se requiere llevar cinco años separados de hecho para que el divorcio pueda ser pedido por uno de los cónyuges.

Un obstáculo que se presenta, es a partir de qué momento se comienza a contar el plazo de los años de la separación de hecho, puesto que muchas veces es difícil de saber o, más bien, de probar, el comienzo de la misma. En prin

cipio parece un problema de naturaleza procesal.

Si es verdad que el elemento característico de la separación de hecho es el acuerdo expreso o tácito de voluntad sobre la separación y sobre sus consecuencias, parecería fácil concluir que el momento genético de la separación de hecho ha de coincidir con el encuentro de las dos voluntades. Por otro lado el acuerdo, por ejemplo expreso en forma escrita, es a menudo el fruto de laboriosas discusiones y puede ser logrado cuando ya vivan los cónyuges separados desde hace tiempo.

Igualmente insatisfactoria es la solución que indica el momento genético de la separación de hecho en el momento de la cesación efectiva de la convivencia, y entonces cada partida, cada alejamiento, cada interrupción de la convivencia generaría tal estado, independientemente de los motivos que lo han determinado. En realidad es propio que al transcurrir el tiempo y valorga la actitud de los cónyuges puede conocerse con certeza que se ha llegado a un estado de separación de hecho y no a una interrupción momentánea de la convivencia debida a motivos contingentes o también a un momentáneo y bgnal litigio entre esposos.

A la separación de hecho, en cuanto relación de facto, le falta el momento genético en sentido jurídico. Se deberá entonces aceptar el estado de no-convivencia, no tanto con referencia al momento inicial, sino que es mejor verificar la existencia de un momento temporal determinado, esto es, recurriendo a los ordinarios medios de prueba. Podrá a tal fin ser estipulado un acuerdo escrito (llamado convenio) con el cual los cónyuges regulan las relaciones relativas a los aspectos principales y secundarios de la separación de hecho. Objeto de prueba debe ser la cesación de la convivencia al solo fin de la determinación del término a quo para el transcurso del período, previsto por la ley, y además la separación de hecho en su aspecto sustancial que la mera interrupción de la convivencia en sí, no importa como se ha dicho si no va acompañada de una voluntad directa al objeto de hacer cesar la comunidad conyugal en el sentido más amplio. (3)

(3)- V. FRANCESCHELLI. "Ob.Cit" Págs. 161 - 168

Es evidente que esto plantea un problema, porque puede no coincidir el momento en que comenzó la separación de hecho con el de la fecha del convenio de separación, y también puede ocurrir que haya numerosos casos en que los esposos no hayan pactado estos acuerdos. Pero a pesar de todo, creemos que la mejor solución es el pacto de separación, o cualquier otro documento que ofrezca garantías, y que empiece a contar el plazo que marca la Ley a partir de la fecha del mismo.

En defecto de lo anterior, se pueden presentar todas aquellas pruebas que se consideren pertinentes, como puede ser el hecho de vivir en diferentes domicilios, u otras que determinen que ha cesado la convivencia y unión entre los esposos. También se puede alegar que se está separado de hecho, a pesar de que los esposos vivan en el mismo domicilio, a tenor del artículo 86 bis del Proyecto de Ley.

No obstante opinamos que es conveniente hacer convenios de separación, no sólo porque sirven para probar la fecha de la separación de facto, sino también porque en estos acuerdos los esposos estipulan aquellos aspectos que consideran necesarios tanto desde el punto de vista patrimonial, como personal, con relación a ellos y a terceras personas. Además estos pactos pueden servir de base, en el supuesto de que pidan el divorcio, para el convenio regulador que establece el artículo 86 del Proyecto de Ley en su último apartado: " Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 9o y 103 de este Código".

Por todo ello consideramos que la separación de hecho tiene gran importancia no sólo porque ofrece numerosas ventajas respecto a la separación legal, sino porque también puede alegarse como causa de divorcio, sin que sea necesario que los cónyuges señalen una causa determinada y concreta, o bien que hubieran acudido con anterioridad a un procedimiento judicial.

CAPITULO SEPTIMO

CONCLUSION

CONCLUSIONES

Pensamos que es necesaria una regulación jurídica de la separación de hecho matrimonial, debido a que estas situaciones son cada vez más frecuentes en la vida cotidiana.

La vía que existe actualmente para solucionar estas situaciones es la separación legal, puesto que el divorcio no ha sido todavía aprobado por el Parlamento. Pero, aunque en un plazo corto, el divorcio quedará regulado en nuestro ordenamiento, ello no significará que sea la salida que quieran todos los cónyuges, bien porque su situación no se pueda encuadrar dentro de una de las causas tipificadas para llegar a éste, bien porque a pesar de que puedan pedir el divorcio todos aquellos que se hayan casado, cualquiera que sea la forma de matrimonio, pueda haber personas que no estén de acuerdo con esta institución por diversos motivos o razones, o que estando de acuerdo con la misma no quieran llegar a él.

El acudir a una separación judicial presenta una serie de problemas, siendo el primero que exista una causa de separación que pueda ser invocada por los esposos. Porque a pesar de que muchas veces la situación a la que se ha llegado en el matrimonio puede ser insostenible, legalmente puede no haber ningún motivo determinado y concreto para presentar una demanda de separación. También puede ocurrir que aunque exista una causa que se pueda invocar para la separación judicial, esta clase de separación no les interesa a los cónyuges, porque hay que seguir un procedimiento que suele ser largo y costoso, y que lleva consigo una serie de sinsabores que no interesa soportar, además una vez dado este paso es mucho más difícil, por no decir imposible, una reconciliación entre los cónyuges.

Por todo ello consideramos que es muy importante regular jurídicamente la separación de hecho, porque ello evitaría la inseguridad que ofrece en la actualidad, tanto a los cónyuges como a sus hijos. Porque aunque hayan pactado convenios de separación, al no tener éstos fuerza coercitiva, puede en

cualquier momento uno de los esposos dejar de cumplirlos, no existiendo ningún medio legal a través del cual se obligue su cumplimiento, pudiendo ésto a veces ocasionar el que los cónyuges acudan a la separación judicial.

La separación de hecho no sólo es relevante porque ofrece una serie de ventajas frente a la separación judicial, sino también porque una vez que se haya aprobado el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la separación de hecho será una causa de divorcio, estando regulado en el artículo 86 número 3.

Al poder ser la separación de hecho una causa de divorcio, pensamos que esta figura cobrará gran relieve, porque no sólo se llegará a ella con el fin de regular una situación fáctica, sino también para poder pedir posteriormente el divorcio. Este segundo caso ofrece la ventaja de que los cónyuges no tienen que acudir a un procedimiento previo al divorcio, sino que una vez transcurrido el plazo marcado por la Ley desde que se produjo la separación de hecho se puede pedir el divorcio.

Creemos 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. No obstante, pensamos que para ello es necesario que ambos esposos estén de acuerdo para modificar su situación o que sea uno el que lo desee con el consentimiento del otro. Consideramos que cuando se produzca una separación de hecho se estipulen convenios, en los cuales regulen sus relaciones y las de sus hijos, si los hay, tanto personales como patrimoniales, siempre que no perjudiquen los intereses familiares, entendiéndose por éstos, los del cónyuge que se encuentre en una situación más débil y los de los hijos menores o incapacitados.

Los convenios de separación deben de ser homologados por el juez, pero sin que éste entre a examinar la causa que ha motivado la separación de hecho, y sin que pueda modificar o denegar esos pactos, excepto en el supuesto de que fueran en contra del interés familiar. Como consecuencia de la ho

mologación, ambas partes han de cumplirlos y producirán efectos jurídicos, tanto en relación a los cónyuges como a terceros, con lo cual se logrará una seguridad jurídica.

Del presente trabajo podemos deducir las siguientes conclusiones:

1º Consideramos que los pactos de separación en el Ordenamiento español, no son nulos porque vayan en contra de la ley, la moral y el Orden Público, puesto que a pesar de que el artículo 56 del Código Civil establece que los cónyuges están obligados a convivir, pensamos que es posible que los esposos vivan en domicilios diferentes siempre que estén de acuerdo y se deba a circunstancias especiales.

Además los convenios de separación no se oponen por sí mismos a la ley, y en particular al artículo 56, puesto que en determinadas circunstancias no es ilícito permitir que los esposos vivan separados, si ésta es su voluntad. Y el artículo 58 del Código Civil, que hace referencia al domicilio conyugal, después de la Ley de 2 de Mayo de 1975, admite una mayor flexibilidad respecto al mismo. Por ello creemos que los convenios de separación no encierran en sí ninguna causa ilícita.

Tampoco estamos de acuerdo con que se pueda equiparar el convenio de separación a una transacción, porque esta última tiene como objetivo evitar un pleito o poner fin al que había comenzado. Mientras que, por el contrario, los acuerdos de separación dejan siempre abierto el camino para que los cónyuges puedan acudir a la vía judicial.

Y el último argumento por el que la jurisprudencia y parte de la doctrina era contraria a esta clase de pactos, se debía a que alteraba la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, que estaba prohibido en los artículos 1315 y siguientes del Código Civil. Pero ello perdió su validez a raíz de la Ley de 2 de Mayo de 1975, que establece que las capitulaciones se pueden establecer por primera vez o modificarse constante matrimonio. Como consg

cuencia de ello los cónyuges pueden adaptar su régimen económico a las diversas contingencias por las que la relación conyugal puede pasar, encontrándose entre ellas la separación de hecho matrimonial.

Los pactos de separación pueden hacerse en:

- 1 - Documento privado, a pesar de que no tiene las notas de vinculatoriedad y obligatoriedad propias del convenio.
- 2 - Documento público.

A. Acta notarial. En ellas el fedatario se limita a emitir un juicio de licitud, que consiste en afirmar que el hecho documentado no es contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Dichas actas tienen que hacer referencia a las relaciones personales entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos. En ellas se especificará el domicilio de los esposos, los alimentos y el cuidado y guarda de los hijos.

Las actas producen una serie de efectos como es la legitimación de las firmas, y de la fecha. Los demás efectos se producen de forma indirecta, entendiéndose por ello que no tienen fuerza vinculante entre las partes, aunque sí que procede acudir a juicio si alguno de ellos no se cumple.

B. Escritura pública. El régimen económico matrimonial se estipula en las capitulaciones matrimoniales, bien haciéndolas por primera vez durante el matrimonio, bien modificando las anteriores, pero es necesario que ambos cónyuges estén de acuerdo. Ello da lugar a que se pueda cambiar el régimen económico del matrimonio, que generalmente en el Derecho común es el de la sociedad legal de gananciales y pactar el de separación de bienes que es el régimen que se adecúa más a la nueva situación de los esposos.

Hay que destacar que:

- a. El acuerdo de separación de hecho no tiene el mismo valor, trascendencia, eficacia, obligatoriedad, vinculatoriedad que la sentencia de separación o la homologación judicial de un convenio.
- b. El pacto de separación excluye toda imputación de abandono al cónyuge que, conforme a él, se aleja del hogar familiar.
- c. La separación de hecho no excluye el poder acudir a la separación judicial, excepto si se alegan como causas el abandono de familia o la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue, artículo 82, número 1, párrafo 2º del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

2º Estimamos que la separación de hecho matrimonial, produce una serie de efectos entre los cónyuges, entre éstos y sus hijos, si los hubiera, y en relación con terceras personas.

Estos efectos se pueden dividir en efectos personales y efectos patrimoniales.

Entre los efectos personales hay que señalar:

- a. Derecho al nombre y honores. Pensamos que la mujer separada de hecho tiene derecho a seguir usando el apellido de su marido, puesto que lo adquirió por razón del matrimonio, y éste sigue existiendo. Además la separación judicial no incluye entre sus efectos el que la mujer pierda este derecho, por consiguiente consideramos que no hay ninguna razón para que se aplique lo contrario en los supuestos de separación de hecho matrimonial. No obstante creemos que los cónyuges pueden estipular en el acuerdo de separación, el que la mujer deje de usar el-

apellido de su marido, si hace un uso indebido e inadecuado del mismo, que pueda ocasionar perjuicios a su cónyuge tanto en el ámbito personal como profesional.

El derecho a gozar de los honores es un deber recíproco que corresponde tanto al marido como a la mujer con respecto a los que tiene el otro cónyuge, excepto en el caso de que éstos tengan un carácter personalísimo.

El artículo 64 del Código Civil señala dos excepciones y son, que no puede hacer uso de ellos el cónyuge que no los había adquirido de forma directa si contrae segundo matrimonio, o si es declarado culpable en la separación legal.

Este Precepto no hace ninguna alusión a la separación de hecho, por lo tanto pensamos que los esposos que se encuentran en esta situación pueden gozar de los honores de su consorte, puesto que no existe ningún procedimiento en esta clase de separación y por consiguiente no se declara la culpabilidad o inocencia de ninguno de los cónyuges.

Sin embargo el Texto actual del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, no recoge ningún precepto que haga alusión a esta materia, lo cual nos lleva a una interpretación dual:

Una primera que sería el que siguiera teniendo vigencia como Derecho consuetudinario debido a la tradición histórica que tiene en nuestro país. Y una segunda, que sería que el legislador no lo ha regulado porque considera su aplicación inadecuada en el momento actual.

Tanto si el motivo se debe a una de estas razones, o bien a otras diferentes, consideramos que la separación de hecho no modifica ni altera esto, sino que por el contrario, los cónyuges separados de hecho, si seguirán gozando de los mismos privilegios que tuvieran durante su

vida matrimonial, o también pueden pactar este aspecto en el acuerdo de separación, si su voluntad es contraria a ello o existen intereses contrapuestos que puedan perjudicar al cónyuge titular de los honores.

- b. El domicilio. Consideramos que no se vulnera el artículo 56 del Código Civil porque los esposos separados de hecho establezcan como una de las medidas de los convenios de separación el fijar domicilios distintos.

A pesar de que el marido y la mujer están obligados a vivir juntos, y el artículo 58 del Código Civil hace referencia al domicilio conyugal, y el artículo 64, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: " El domicilio de las mujeres casadas, que no están separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan ".

La jurisprudencia se ha mostrado tolerante y está de acuerdo en que los cónyuges que se encuentran separados de hecho fijen domicilios diferentes.

Por lo tanto, si los cónyuges separados de hecho residen en diferentes lugares, se ha de considerar que tienen domicilio propio e independiente para todos los efectos legales, ya que la residencia habitual es la base del concepto de domicilio, y prevalece el real y efectivo sobre el legal.

Por ello estimamos que la separación de hecho legaliza el domicilio de los cónyuges, y por tanto el de la mujer.

- c. Nacionalidad y vecindad civil. La mujer casada no pierde su nacionalidad por razón de matrimonio, a partir de la Ley de 2 de Mayo de 1975, según el artículo 21 del Código Civil. La mujer española que la hubiera perdido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, podrá recuperarla con arreglo al artículo 24 del mismo Texto Legal, en su-

nueva redacción, que establece que se hará ante el encargado del Registro Civil del lugar de su residencia, si declara que esa es su voluntad y renuncia a la nacionalidad extranjera que hubiese ostentado.

De ello se deduce que la mujer española separada de hecho, que se hubiera casado con anterioridad a la Ley de 2 de Mayo de 1975, puede volver a recobrar su nacionalidad de origen. Y las que contraigan matrimonio después de esta fecha, no pierden su nacionalidad; pero si, no obstante, hubieran adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge, tendrían que aplicar el artículo 24 del Código Civil para recuperar su antigua nacionalidad.

Por tanto, actualmente, no se plantea ningún problema en el supuesto de que se produzca una separación de hecho, porque a pesar de que hubiera cambiado voluntariamente de nacionalidad al contraer matrimonio, y hubiese optado por la de su marido, puede en cualquier momento renunciar a ésta y adquirir la española.

Los preceptos relativos a la vecindad civil no han sido modificados siguiendo la ratio que ha primado en materia de nacionalidad. - Así el artículo 14, 4 del Código Civil dice: " La mujer casada seguirá la condición del marido..."

En la vecindad civil persiste todavía el principio de la unidad familiar, y resulta extraño comprobar que se ha podido lo más esto es, - que los cónyuges tengan diferente nacionalidad, y sin embargo no se puede lo menos, es decir, que ostenten distinta vecindad.

No obstante, consideramos que aplicando el artículo 14 de la Constitución que dice: " Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social "; y el artículo 32 número 1 de la misma que proclama: " El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica

Existe una contradicción entre los preceptos de la Constitución y el artículo 14,4 del Código Civil, puesto que los primeros se basan en la igualdad, mientras que en el segundo hay una discriminación entre el marido y la mujer.

Teniendo en cuenta los artículos 14 y 32,1, ambos de la Constitución, no puede existir una discriminación entre los cónyuges; y el artículo 14,4 del Código Civil establece una diferencia entre los esposos. Consideramos que los artículos 14 y 32,1 de la Constitución dan lugar a que apliquen con preferencia, al artículo 14,4 del Código Civil, por lo tanto, la mujer casada no tiene la obligación de seguir la condición de su marido.

Así el artículo 14,4 del Código Civil queda derogado aplicando los principios de que la ley superior deroga la inferior; y ley posterior deroga ley anterior.

Pero si adquirió la vecindad de su esposo, podrá recobrar su antigua vecindad u otra diferente, siempre que reúna los requisitos del artículo 14,3 del Código Civil.

Por lo tanto la mujer separada de hecho que hubiera adquirido la condición de su marido por razón de matrimonio, puede recuperar la suya propia u otra distinta, si cumple las condiciones exigidas en el número 3 del artículo 14 del Código Civil, debido a que hay una contradicción entre el artículo 14,4 del mismo Texto Legal y los artículos 14 y 32,1 de la Constitución.

- d. La paternidad. El Código Civil regula la presunción de paternidad en el artículo 108. Consideramos que el hijo nacido después de los trescientos días de la separación de los cónyuges no goza de la presunción de legitimidad, sino que ésta se tiene que probar, y que dentro del término "separación de los cónyuges" del párrafo 1º, último inciso del artículo 108 del mismo Texto Legal, se puede incluir la separación de

hecho de los cónyuges.

Por tanto el hijo nacido después de los trescientos días de la separación de hecho de los cónyuges se presume que es extramatrimonial y le corresponde a la madre probar la legitimidad de su hijo, puesto que la separación de hecho matrimonial se presume que origina la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer.

Además el Proyecto de Ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en su artículo 116 señala que no se presumen hijos del marido, los nacidos después de los trescientos días desde la separación de hecho. Por lo tanto, a partir de la aprobación de este Proyecto de Ley, son hijos extramatrimoniales los que nazcan una vez que haya transcurrido este plazo desde la separación de hecho. Pero a pesar de faltar esta presunción cabe que se inscriba como hijo matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges, según el artículo 118 del citado Proyecto de Ley.

La dificultad se puede presentar para probar el momento de la separación de hecho, y a partir del mismo contar los trescientos días.- Pensemos que la solución está en la fecha del convenio de separación, pero puede que ésta no coincida con el momento real de dicha clase de separación, o que no se haya estipulado ningún acuerdo, lo cual dará lugar a que las partes presenten todas aquellas pruebas que consideren pertinentes, y que demuestren el hecho de la separación de facto.

Si a pesar de existir separación de hecho, el hijo nace antes de los trescientos días de la separación, ya no cabe este supuesto en el artículo 116 del Proyecto de Ley. Pero si el marido cree que ese hijo no es suyo, puede acudir a un juicio sobre filiación, y en base al artículo 39,2 de la Constitución pedir la investigación de la paternidad.

Así lo recoge el artículo 127 del Proyecto de Ley.

Como consecuencia, pensamos que no se presume hijo del marido el-

que haya nacido después de los trescientos días de la separación de hecho. Y además cabe siempre la investigación de la paternidad.

- e. La patria potestad. La separación de hecho, actualmente, no produce por sí misma ningún cambio respecto al ejercicio de la patria potestad, por lo tanto sigue ostentándola el padre, puesto que es una facultad personal, irrenunciable e intransferible.

El Proyecto de Ley en materia de patria potestad establece en el artículo 154 que esta facultad corresponde al padre y a la madre conjuntamente.

Pero el problema se plantea cuando se presentan situaciones excepcionales, entre las cuales se encuentra la separación de hecho. Sin embargo creemos que en estos supuestos se podrá estipular en el convenio de separación, que la patria potestad corresponda a uno u otro de los padres, puesto que ello no irá en contra de ninguna norma, ya que el artículo 156 en su apartado 1º dice: " La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro ". Y al pactar el convenio de separación de hecho, los cónyuges tienen que estar de acuerdo, y si se otorga en el mismo la patria potestad a uno de los progenitores, significa que el otro ha consentido en ello.

En el caso de que los esposos no hayan hecho el pacto de separación de hecho, no hay porqué entender que la patria potestad continúa siendo una facultad conjunta, puesto que se produciría una situación extraña que originaría grandes inconvenientes, no sólo a los cónyuges, sino también a sus hijos. Consideramos que en este supuesto habría que aplicar el artículo 156, apartado último, que señala: " Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel que viva permanentemente con el hijo ". A pesar de que este precepto no hace una referencia expresa a la separación de hecho, entendemos que -

cabe dentro del artículo, porque el precepto dice: " si los cónyuges-viven separados", y esta circunstancia se da tanto en la separación - legal como en la separación de hecho, ya que es una de las primeras - medidas adoptadas por los esposos, cuando se producen estas situacio- nes.

La guarda y cuidado de los hijos. La guarda de los hijos correspon- de al titular de la patria potestad. Pero este derecho se puede desgl- sar de la patria potestad, y el legislador ha previsto que ante situa- ciones anómalas del matrimonio, la guarda y custodia de los hijos per- tenezca a la madre, sin que por ello el padre deje de ser titular de- la patria potestad.

Pensamos que los cónyuges deben estipular en el convenio de sepa- ración lo referente a la guarda y cuidado de los hijos, y que éstos no son nulos, porque estos derechos no son irrenunciables ni intrans- feribles, a diferencia de la patria potestad y no hay porqué confun- dirlo con ésta. Además el artículo 9o del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se de- termina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separa- ción y divorcio, diferencia entre la patria potestad y el cuidado , - pudiendo no corresponder ambas facultades a la misma persona, y ade- más establece que en el convenio regulador de la separación legal y - del divorcio se tiene que indicar a quién corresponde la guarda de - los hijos. Y si no es nulo que en estos pactos se acuerde sobre esta- materia, tampoco tiene porqué serlo en los convenios de separación de hecho matrimonial.

Pero si los padres no han convenido en los acuerdos de separación sobre la guarda y cuidado de los hijos, consideramos que corresponde- rá al que viva con el hijo, que es al mismo tiempo el que ejerce la pa- tria potestad, a tenor del artículo 156, último apartado del Proyecto

la Ley en materia de patria potestad. En su defecto habrá que aplicar el artículo 159 del proyecto citado que regula que los hijos e hijas menores de siete años estarán al cuidado de la madre.

El cuidado de los hijos no tiene porqué tener un carácter permanente, sino que éste puede ser temporal o definitivo, teniendo en cuenta el beneficio de los mismos.

La comunicación entre el progenitor que no viva ni tenga la patria potestad sobre sus hijos, es un derecho que no se pierde como consecuencia de la separación de hecho, sino que por el contrario hay que estipularlo en los convenios de separación, indicando en los mismos el tiempo, modo y lugar.

La responsabilidad por los actos realizados por los menores corresponde al titular de la patria potestad. Sin embargo a partir de la aprobación del Proyecto de Ley en materia de patria potestad, será responsable de los actos de los menores o incapaces, el progenitor que los tenga en su guarda, es decir el que viva con ellos, que será también lógicamente el que ostente la patria potestad.

Dentro de los aspectos patrimoniales, podemos señalar las siguientes conclusiones:

- a. Alimentos. En la separación de hecho sigue subsistiendo la obligación alimenticia entre los cónyuges, puesto que el matrimonio permanece, siendo admisible y válido el convenio de separación que estipule esto.

La doctrina jurisprudencial española ha dictado sentencia en favor de la mujer separada de hecho, teniendo derecho a pedir alimentos a su esposo siempre que abandone el hogar conyugal con justa causa o en el supuesto de que lo abandone el marido. Pero no tiene obligación de

prestar alimentos a su marido si ella abandonó injustificadamente el hogar, aunque tampoco tiene derecho a reclamárselos a éste.

Sin embargo, el marido sólo puede recibir alimentos de su esposa cuando no administre los bienes parafernales, y no tenga o no pueda realizar un trabajo u oficio, siempre que abandonara el domicilio conyugal con justa causa.

Ello se debe a que en virtud del artículo 59 del Código Civil, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales; y al producirse la separación de hecho continúa siéndole, excepto si se disuelve la sociedad conyugal a través de capitulaciones matrimoniales, con lo cual pensamos que es lógico que tenga que dar una pensión alimenticia a su mujer en el caso de producirse una separación de hecho.

Esto ha sido consecuencia de que el marido debía proteger a su mujer y era el representante legal de la misma. Pero ya no es así a partir de la reforma del Código Civil de 2 de Mayo de 1975, que ha dado lugar a que los cónyuges sean iguales jurídicamente, y la representación entre los esposos tenga carácter voluntario (artículo 63 del Código Civil).

Se pueden deducir varias conclusiones de la doctrina jurisprudencial:

- 1º - La prestación alimenticia procede cuando la separación de hecho es consentida por ambos cónyuges; lo cual hay que acreditarlo pues, en caso contrario se carece de acción para reclamar los alimentos y hay que acudir a la separación legal.
- 2º - No es necesario que esté regularizada la separación de hecho, ya que si existe no concede la pensión alimenticia.
- 3º - La acción para reclamar el derecho de alimentos es imprescriptible.

Tras la promulgación de la Ley de 2 de Mayo de 1975 se puede disolver la sociedad de gananciales constante matrimonio, y por consiguiente, al tener lugar la separación de hecho matrimonial, modificar el régimen económico conyugal pasando de la sociedad de gananciales a la separación de bienes. Con lo cual cada cónyuge administra la parte que le corresponda de los bienes privativos, sin ser ya necesario, en algunos casos la pensión alimenticia.

Teniendo ésto en cuenta creemos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no tendría que tratar con tanto rigor y dureza al marido, debido:

1º - A la modificación de los artículos del Código Civil referentes a las capitulaciones matrimoniales.

Consiguientemente se disuelve la sociedad conyugal entre los esposos, administrando cada uno su parte correspondiente, con lo cual la mujer ya no necesita que su marido le pase una pensión alimenticia, si tiene medios suficientes para ello.

2º - Hoy en día, por lo general, la mujer trabaja fuera del hogar conyugal, obteniendo un sueldo al igual que su marido. Durante el matrimonio el dinero que gana es un bien ganancial, según el artículo 1401 número 2 del Código Civil. Pero al originarse una separación de hecho y disolverse la sociedad de gananciales, el dinero que percibe por su trabajo será un bien privativo. Con lo cual no es necesario que su marido le pase una pensión alimenticia, siempre que su sueldo sea suficiente, ya que ella tiene su propio dinero.

Como consecuencia, si se dan estas dos circunstancias, es decir, disolución de la sociedad de gananciales y que la mujer trabaje ganando-

un sueldo, no tiene porqué tener derecho a pedir alimentos a su esposo, a no ser que lo que obtenga sea insuficiente. Unicamente cabría la obligación de alimentos entre los cónyuges en el caso de que uno tuviera necesidad de ellos.

Consideramos que la Jurisprudencia tendría que modificar y no favorecer tanto a la mujer, excepto en el supuesto de que no se cumplan estos requisitos. Con ello se llegaría a una mayor igualdad jurídica entre el marido y la mujer. Y por tanto tener derecho a la pensión alimenticia tanto un cónyuge como el otro, siempre que se estime que no tiene medios suficientes para vivir.

Estimamos que la pensión entre cónyuges, es un deber que tiene tanto un esposo como el otro en relación al que se encuentre en una posición económica más desfavorable. No tiene porqué constituir únicamente una obligación de marido con respecto a su mujer, porque ello contradice el artículo 62, apartado 1º del Código Civil, y la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de Mayo de 1975 que tiende a igualar jurídicamente a los cónyuges. También el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, regula en el artículo 66: " El marido y la mujer son iguales en Derechos y deberes ". Y el precepto 68 señala: " Los cónyuges están obligados a ... socorrerse mutuamente ".

De todo ello se desprende la igualdad jurídica de los cónyuges, y que ésta afecta tanto a los derechos o facultades, como a los deberes u obligaciones.

Además el artículo 14 de la Constitución Española dice: " Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. ". Y —

el artículo 32,1 de la Constitución establece: " El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" - Por consiguiente no cabe ninguna discriminación que traiga como consecuencia un trato desfavorable a un cónyuge respecto del otro, siempre que se encuentren en igualdad de condiciones. Por tanto creemos que sería anticonstitucional el que el marido tuviera siempre la obligación de pasar alimentos a la mujer, a pesar de que ésta poseyera bienes propios y suficientes para vivir, o tuviera un trabajo remunerado que le permitiera desenvolverse en la vida cotidiana con holgura. Caso distinto sería, por supuesto, si la mujer separada se encontrara en alguna de las hipótesis que acabamos de señalar, o que los medios que obtuviera no cubrieran todas sus necesidades, porque aquí sí que creemos que el marido tiene que ayudarla a través de una pensión alimenticia, pero no porque sea mujer y se considere que existe el deber de protegerla, sino porque hay una necesidad y por lo tanto se aplican los artículos del Código Civil respecto a alimentos. De la misma forma pensamos que si es el marido el que necesita ayuda de su mujer, en el aspecto económico, ésta tiene obligación de proporcionársela.

El convenio de alimentos es un pacto temporal que tiene que ser revisado cada cierto tiempo por los esposos, puesto que la pensión alimenticia ha de ser modificada teniendo en cuenta la posición económica del cónyuge alimentante y alimentista, de acuerdo con el coste de la vida.

Pensamos, incluso, que se puede acudir a un procedimiento judicial para pedir una pensión alimenticia superior, si no se quiere pactar a través del convenio, siempre que existan motivos para ello. Y también en el supuesto de que el cónyuge alimentante no cumpla lo que se estipuló de mutuo acuerdo en el pacto de separación.

Sin embargo estimamos que el precepto que no tiene que seguirse

en estos convenios es el 149 del Código Civil en su último apartado, pues el cónyuge que presta alimentos no podrá elegir la opción de mantener en su propia casa al cónyuge que los recibe. Ello se debe a que no se tendría en cuenta la primera medida que se adopta en toda separación de hecho como tal y estaríamos ante una obligación de manutención, pero no de alimentos entre los cónyuges. Además sería un medio indirecto para lograr que un esposo viviera en el domicilio del otro y se reanudara la convivencia entre los mismos sin que el consentimiento fuera libre, sino a través de una coacción.

Además, la segunda opción señalada por este artículo supone un peligro para el cónyuge, pues va en contra de su tranquilidad e independencia. La Jurisprudencia ha solucionado esto, porque si se aplica el artículo 149 del Código Civil de una forma rígida, daría lugar a la destrucción del fundamento que concede alimentos basándose en la separación.

Ambos cónyuges, o uno de ellos, si el otro no tiene medios suficientes, han de pasar alimentos a sus hijos, puesto que es una obligación de los padres, y ello ha de hacerse en proporción a la posición económica que tengan los progenitores.

- b. El consentimiento uxorio. La separación de hecho matrimonial da lugar a que el consentimiento uxorio suponga un obstáculo para el marido en la esfera patrimonial, porque si la mujer le niega el consentimiento tiene que acudir a la autoridad judicial. No obstante el acto de disposición sin el consentimiento uxorio o sin la autorización del juez no presenta demasiadas dificultades al marido en la vida práctica.

Antes de la Ley de 2 de Mayo de 1975, la necesidad de armonizar la licencia marital con el consentimiento uxorio, daba lugar a que en el convenio de separación los cónyuges suprimieran las limitaciones dispositivas que tenían sobre el otro. Aunque opinamos que como consecuencia de poder hacer por primera vez o modificar las capitulaciones

durante el matrimonio, la solución más rápida, fácil y eficaz es cambiar el régimen económico conyugal, siempre que se produzca una separación de hecho, pactando a partir de esa fecha la separación de bignes. Con ello la solución es sencilla dado que a cada esposo le pertenece la mitad de los bienes comunes, pudiendo administrar, gravar y enajenar sin que necesite ningún tipo de consentimiento o autorización. Además, de esta forma no se ocasiona un posible fraude al otro cónyuge o a la sociedad de gananciales, que era lo que trataba de evitar la licencia marital, y lo que todavía pretende el consentimiento uxorio.

El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, establece que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges. Esto dará lugar a que desaparezca el consentimiento uxorio, puesto que el marido no será el único administrador de la sociedad de gananciales, sino que esta función la compartirá con su mujer, quedando por tanto suprimido el actual artículo 1413 del Código Civil. Los artículos 1376 y 1377 del Proyecto citado regulan que los actos de administración y disposición requerirán el consentimiento de ambos cónyuges, y si uno de ellos no lo presta, podrá el juez autorizarlos, si lo considera de interés para la familia.

Esto origina que si se aprueban estos preceptos del Proyecto de Ley, al producirse una separación matrimonial de hecho, los esposos no tendrán que pactar sobre este aspecto en su convenio de separación, puesto que el consentimiento dejará de ser unilateral (uxorio), para pasar a ser mutuo, y así tanto el marido como la mujer si quieren llegar a cabo un acto de administración o de disposición, con los bienes de la sociedad de gananciales, necesitarán siempre el consentimiento del otro esposo, o en su defecto tendrán que acudir al juez. Aunque creemos que este supuesto no se planteará, ya que se habrá estipulado

la separación de bienes como régimen económico conyugal.

El acto que requiera el consentimiento de ambos esposos y uno no lo emita, será anulable pero únicamente a instancia del cónyuge que no lo haya prestado o de sus herederos.

- c. La sociedad de gananciales. La administración de la sociedad de gananciales corresponde, actualmente, al marido salvo estipulación en contrario, según los artículos 59 y 1412 del Código Civil. Pero ello presenta numerosos inconvenientes cuando se producen situaciones anómalas en el matrimonio, como puede ser la separación de hecho, ya que existe una notable diferencia entre la situación del marido y de la mujer, en detrimento de esta última, puesto que el marido continúa con las mismas facultades; facultades que exceden a las que tiene un administrador en cualquier otra sociedad.

El Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en los artículos 1375 y siguientes atribuye la administración de la sociedad legal de gananciales a ambos cónyuges, excepto en el supuesto de que se pacte otra cosa en capitulaciones matrimoniales. Ello solucionará, en parte, los inconvenientes que pueden presentarse a un matrimonio separado de hecho, que tenga como régimen económico conyugal el de sociedad de gananciales.

No obstante pensamos que el problema se ha de solucionar liquidando la sociedad de gananciales, a través de capitulaciones matrimoniales, bien haciéndolas por primera vez, bien modificando las anteriores, y estipulando como régimen económico del matrimonio la separación de bienes. Para esto es necesario que ambos esposos estén de acuerdo, pero puede ocurrir que uno de los cónyuges no quiera disolver la sociedad de gananciales, dando lugar a que no se pueda modificar el régimen económico matrimonial, ya que no cabe acudir a la autoridad judicial para que determine lo procedente en interés de la familia,

pues el Código Civil no lo señala en ningún precepto, como sucede en otros supuestos en que el marido y la mujer no están de acuerdo. Por tanto se seguirán rigiendo por el mismo sistema, a pesar de que éste no sea el más adecuado para su situación.

Este obstáculo queda salvado por el citado Proyecto de Ley, que en su artículo 1393, número 3 establece: " También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, y en alguno de los casos siguientes: 3º: llevar separado - de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar ". Ello evitará el que ambos esposos tengan que estar de acuerdo para - liquidar la sociedad de gananciales, una vez que se hayan separado de hecho, puesto que es suficiente que sea pedida por uno de ellos, aun que es necesario que haya transcurrido un año desde la separación de hecho.

- d. Compras con precio aplazado. A nuestro juicio la postura acertada es la basada por analogía en el artículo 1446 del Código Civil, puesto que el Código Civil no regula esta clase de supuestos. Por tanto el bien será privativo o ganancial según domine en la cantidad de dinero entregado el de una naturaleza u otra. Así, si se ha pagado la mayor parte del bien con dinero de la sociedad de gananciales, éste será ganancial, y si se ha pagado con dinero de uno de los cónyuges, el bien será privativo del marido o de la mujer. No obstante habrá un crédito de la parte que haya adquirido el bien, contra la parte que haya puesto el dinero.

El Proyecto de Ley de régimen económico del matrimonio, soluciona el problema en el artículo 1356. Así, el bien adquirido durante la sociedad de gananciales, por uno solo de los cónyuges con precio aplazado, tendrá la naturaleza del dinero con el que se haya efectuado el primer desembolso, aunque el resto de los plazos se haga con-

dinero de distinto carácter. Sin embargo según el artículo 1357 del mismo Proyecto, si la compra es a plazos y se hace por uno de los cónyuges, pero antes de comenzar la sociedad de gananciales, el bien será siempre privativo aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Establece el artículo 1358 del Proyecto de Ley que habrá que reembolsar el dinero al patrimonio que lo ha prestado, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación. Esta medida ha sido introducida en este Proyecto, y nos parece muy acertada, puesto que de esta forma no se produce un enriquecimiento a costa del caudal de la sociedad de gananciales o de uno de los cónyuges, en perjuicio del que ha concedido el crédito.

e. Acciones adquiridas en virtud de un derecho de suscripción preferente.

Hay que preguntarse si las acciones adquiridas en virtud de un derecho de suscripción preferente son gananciales o privativos, siempre que las acciones pertenezcan a la mujer.

Si son gananciales, porque se considera que son el fruto de las acciones antiguas, el administrador es el marido.

Pero consideramos que las nuevas acciones tienen naturaleza privativa por varios motivos:

1º - La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1947, - considera que al derecho de suscribir nuevas acciones no tiene carácter de fruto.

2º - Del artículo 41,1 de la Ley de Sociedades Anónimas deducimos que el derecho de suscripción preferente corresponde al nudo propietario. Interpretando el nudo propietario, como el titular de las acciones, en este caso la mujer; y el usufructuario como la sociedad de gananciales, estimamos que el derecho de suscripción preferente corresponde a la mujer titular

de las acciones, y por tanto tienen carácter privativo.

- 3º - Teniendo en cuenta el principio general, de que todo incremento que se derive de una cosa tiene la misma naturaleza - que ésta, podemos decir que el elemento accesorio, en este caso la nueva acción, tiene que tener el mismo carácter y naturaleza que el elemento principal que es la acción matriz.- Y si la acción matriz es un bien parafernial, la acción que se ha adquirido en virtud del derecho de suscripción preferente es también privativo de la mujer.
- 4º - En toda acción hay que distinguir entre el derecho de suscripción preferente y el dividendo. El primero consideramos que - tiene naturaleza privativa; sin embargo el dividendo es el beneficio o interés que produce esa acción y que es ganancial, según el artículo 1401, 3 del Código Civil.
- 5º - Si tenemos en cuenta la clase de dinero con el que se han comprado las acciones en virtud del derecho de suscripción preferente, caben tres supuestos:
- a. Que la adquisición de éstas sea gratuita porque se haga en razón del fondo de reserva, lo que da lugar a - que si las acciones antiguas son bienes paraferniales, - las nuevas también lo son.
 - b. Si las nuevas acciones se adquieren con dinero privativo de la mujer siguen la misma naturaleza que las antiguas, es decir, que también son paraferniales. Porque - si las antiguas acciones son privativas de la mujer y - el derecho de suscripción preferente se paga con dinero particular de ésta, se aplica el artículo 1396,4 - del Código Civil: " Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: los comprados con dinero exclusivo de la

mujer o del marido " .

c. La duda se plantea en el tercer supuesto, que se refiere a que las nuevas acciones se compren con dinero ganancial. Podrían ser estas acciones gananciales ya que se han adquirido con dinero de esta naturaleza. Pero consideremos que esto ocasionaría un enriquecimiento injusto para la sociedad legal de gananciales, ya que se aprovecharía de un derecho que le corresponde al titular de la acción, en este caso la mujer. Además ocasionaría un perjuicio a ésta, porque al perder la titularidad de las nuevas acciones, deja de tener una serie de derechos políticos y económicos que le corresponden. Por tanto estimamos que la solución sería un crédito a favor de la sociedad de gananciales que la mujer tiene que pagar cuando se disuelva la misma.

Esta tesis es la que mantiene el Proyecto de Ley de régimen económico conyugal en el apartado 2º del artículo 1352 que dice: " Si para el pago de la suscripción se utilizaran fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

6º - Y el artículo 1352 en su apartado 1º expresa: " Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritas como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Así mismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir " .

Por tanto estimamos que las acciones adquiridas en virtud de un derecho de suscripción preferente tienen carácter privativo, y por lo tanto pertenecen al titular de las antiguas acciones, tanto si se han comprado -

con dinero del cónyuge titular de las acciones, como si es de la sociedad conyugal; y en este caso nace un crédito a favor de la sociedad de gananciales.

Ello es importante en todos los supuestos, y en la separación de hecho matrimonial, porque las nuevas acciones bienes privativos pertenecen a la mujer, la cual tiene la administración y disposición sobre las mismas. Sin embargo, si estas nuevas acciones fueran bienes gananciales, la administración y disposición correspondería al marido, y cuando se apruebe el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, estas facultades serán desempeñadas por ambos cónyuges.

f. Bienes parafernales. La naturaleza de los frutos de los bienes parafernales es la de ser bienes gananciales, por lo tanto el administrador de los mismos es el marido, y están sujetos al levantamiento de las cargas familiares. Y las obligaciones del marido pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, siempre que redunden en provecho de la familia, artículos 1385 y 1387 del Código Civil.

A pesar de que exista una separación de hecho matrimonial, la naturaleza de éstos sigue siendo la misma; pero hay que determinar si cambia el destino de los frutos de los bienes parafernales.

Pensamos que si los cónyuges separados de hecho tienen hijos, y por lo tanto existen cargas familiares, el destino de éstos frutos es el mismo; pero puede la mujer separada de hecho administrar dichos frutos, lo que significa que no tiene que entregarlos a su marido.

Sin embargo, si no hay hijos, los frutos de los bienes parafernales no tienen que levantar ninguna carga matrimonial, y además el marido no puede hacer efectivas sus obligaciones sobre los mismos, con lo cual la mujer no sólo administra estos frutos, sino que también puede disponer sobre los mismos, debido a que el objetivo o fin que debían cumplir

ha desaparecido.

El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, no recoge estos preceptos, puesto que se suprime la denominación de bienes parafernales, en acatamiento al principio de igualdad jurídica de los cónyuges, siendo designados tanto los bienes del marido como los de la mujer, bienes privativos, teniendo ambas clases de bienes la misma regulación y trato. En su lugar el artículo 1381 establece: Al no ser materia de orden público la administración de los bienes gananciales, el Proyecto de Ley admite la validez de los pactos relativos a la administración de los frutos y ganancias de los bienes privativos de cada cónyuge, aunque no de su destino. Por lo tanto la administración de los mismos se regirá por lo dispuesto en los capítulos.

Ahora bien, el artículo 1375 de dicho Proyecto de Ley establece — " en defecto de pacto " una regla general: " la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes ". Y el artículo 1381, recoge una excepción, como lo demuestra la palabra " sin embargo ", y es que establece la facultad (" podrá ") a los cónyuges de disponer unilateralmente y a este sólo efecto, de los frutos y productos de sus bienes.

Consideramos que hay que entender que a pesar de que los frutos y ganancias de los bienes privativos son gananciales, el cónyuge propietario de dichos bienes puede disponer de los frutos y ganancias de éstos, pero teniendo en cuenta que están sujetos a las cargas de — la sociedad de gananciales, es decir que lo único que no necesita es el consentimiento del otro cónyuge para realizar estos actos determinados. Ello supone un avance en relación con la actual redacción del artículo 1385 del Código Civil, porque los frutos de los bienes parafernales son gananciales, y la administración de dicha sociedad le —

corresponde al marido salvo estipulación en contrario, a tenor de los artículos 59 y 1412, ambos del Código Civil. Y la mujer casada no interviene en ningún momento en la administración de los mismos, a pesar de que los frutos han sido producto de sus bienes, y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Además ello cobrará mayor relevancia en aquellas situaciones excepcionales que se produzcan en el matrimonio, como es la separación de hecho, porque aunque los esposos no hayan modificado su régimen económico conyugal, de sociedad de gananciales a separación de bienes, la mujer puede disponer libremente de los frutos y ganancias de sus bienes siempre que éstos cumplan su misión u objetivo. Así lo indica el artículo 1368 del Proyecto de Ley al regular: " También 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 ". Y en aquellos supuestos en que no haya cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales, porque no tengan hijos, tiene plena libertad para disponer cada cónyuge de los frutos de sus bienes privativos sin necesidad del consentimiento del otro esposo.

- g. Los impuestos personales. La forma de tributación es conjunta en todos aquellos supuestos en que subsista el vínculo matrimonial o no mediante sentencia firme de separación. No se establece ninguna diferencia como consecuencia del régimen económico matrimonial que hayan adoptado los cónyuges, por lo que existe acumulación tanto si el régimen es el de la sociedad legal de gananciales, como si es el de separación de bienes.

La única diferencia entre ambas clases de regímenes económicos es que existe un prorrateo, en el caso de separación de bienes, entre las

diferentes personas que componen la unidad familiar en relación a la parte de renta o al patrimonio que corresponde a cada una. No obstante esta distinción tiene únicamente relevancia en el aspecto interno de las relaciones entre los miembros que forman la unidad familiar.

Nos parecería una solución más adecuada el que no se diera una acumulación de rentas y de patrimonio en la unidad familiar, si el régimen económico conyugal es de la separación de bienes, porque si existen diferencias entre este régimen y el de sociedad de gananciales - desde el punto de vista civil, tanto en la propiedad de los bienes como en su administración, consideramos que esto habría tendido que trascender a la legislación tributaria.

La separación de hecho no está regulada en el Código Civil, y como consecuencia de ello las leyes tributarias guardan silencio respecto a esta figura. Esto da lugar a que en los casos en que exista una separación de hecho los cónyuges tengan que tributar conjuntamente, - aunque su régimen económico sea el de separación de bienes, debido a que no tienen sentencia firme de separación, ya que no interviene el órgano jurisdiccional, puesto que no hay procedimiento.

A pesar de que en la separación de hecho sigue subsistiendo el vínculo matrimonial, los esposos viven en diferentes domicilios lo que significa que tienen mayores gastos, ya que ha dejado de existir la unidad de consumo, no cumpliéndose uno de los fundamentos básicos para que la unidad familiar tribute conjuntamente. Por ello pensamos que en esta situación los cónyuges tendrían que tributar por separado, ya que mantienen economías separadas, no ponen en común sus rentas y al ser los impuestos personales de carácter progresivo, salen perjudicados al tener que sumar sus rentas y su patrimonio produciéndose una cuota mayor, porque aunque posteriormente se prorratee entre ellos en

proporción a lo que tengan, siempre será una cantidad superior a si tributan por separado.

La única vía que tienen los esposos separados de hecho para poder tributar individualmente es a través del artículo 34, número 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que dice:

" Cuando exista imposibilidad de hecho de suscribir relación única corresponderá al cónyuge o cónyuges declarantes manifestar bajo su responsabilidad, la causa de dicha imposibilidad ".

Dentro de los casos de imposibilidad de hecho cabe incluir los supuestos de las separaciones de facto, puesto que se presentan mayores dificultades para que los cónyuges hagan la declaración conjunta, ya que tienen diferentes domicilios y puede incluso ocurrir que vivan en ciudades distintas. El Reglamento de esta Ley no hace ninguna referencia al número 4 del artículo 34, y por tanto no señala cuáles son los casos en que tiene lugar este precepto, por ello pensamos que podemos incluir la separación de hecho dentro de los supuestos de imposibilidad de hecho.

El silencio que mantienen las Leyes tributarias respecto a la separación de hecho, trae como consecuencia que no se incluyan estos supuestos entre los que forman una unidad familiar diferente a la hora de tributar, pudiendo dar lugar a que se estimulen las separaciones judiciales entre los cónyuges que sólo deseaban en un principio la separación de hecho. Porque si la ventaja económica que obtienen al poder tributar aisladamente les compensa de los inconvenientes que supone todo procedimiento judicial, es lógico que adopten esta solución; y sobre todo, esto se llevará a cabo con más frecuencia en aquellos matrimonios que gozan de una posición económica elevada, ya que son los que salen más perjudicados al tributar conjuntamente.

Y por el contrario, las uniones extramatrimoniales, no cumplen el requisito de tener un vínculo legal, pero sí que forman una unidad -

familiar desde el punto de vista económico, ya que se ha formado una-
unidad de consumo, y sin embargo sus miembros tributan individualmen-
te. Así parece que se llega a la conclusión de que el fundamento pri-
mordial por el que los cónyuges tienen que tributar juntos no es por
razón de que forman una unidad de consumo y de producción, sino porque
media entre ellos el vínculo matrimonial y no hay una sentencia firme
de separación. Porque si no fuera así, los separados de hecho no ten-
drían que tributar conjuntamente, y sin embargo, por el contrario, sí
que tendrían que hacerlo las personas que tienen uniones maritales de
hecho.

En definitiva creemos que los cónyuges separados de hecho tendrían
que tributar por separado, aunque para poder hacerlo sería necesario-
presentar un documento que probara la veracidad de su situación, y el
documento podría ser el pacto de separación matrimonial. Sin embargo
la única solución que les queda a los cónyuges separados de hecho para
poder tributar individualmente es la que señala el artículo 34, número
4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que
consiste en no hacer una declaración única, debido a que tienen una -
imposibilidad para ello, y es el vivir en diferentes domicilios.

h. Derechos sucesorios.

Tanto el marido como la mujer pueden aceptar una herencia pero, para -
que respondan los bienes de la sociedad de gananciales si no se ha acep-
tado la herencia a beneficio de inventario, es necesario el consenti-
miento del otro cónyuge. Esto ha supuesto que después de la Ley de 2
de Mayo de 1975, la mujer casada, y por tanto la separada de hecho, -
pueda aceptar cualquier herencia, ya que se ha suprimido la licencia -
marital y tampoco se necesita el consentimiento del marido.

Estimamos que la separación de hecho matrimonial no lleva consigo-

que el cónyuge supérstite pierda sus derechos legítimos. Nos basamos para ello en los artículos 834 y 835 del Código Civil, porque a pesar de que estos hacen referencia a la separación, sin aludir expresamente a la judicial, el artículo 834 incluye la palabra " culpa ", dándose ésta únicamente en la separación legal, no en la de hecho, puesto que en esta última no hay procedimiento contencioso. Además el artículo 835 dice expresamente: " los cónyuges separados en virtud de abandono, requisito que no se produce en la separación de hecho. Un sector de la doctrina opina de igual forma y, también, ha sido considerado esto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1980.

Pensamos que un cónyuge no puede desheredar al otro de forma directa, únicamente porque estén separados de hecho, ya que no hay norma legal que así lo establezca. Sin embargo sí que cabe esta posibilidad a través del artículo 855,1 del Código Civil, siempre que se cumpla el último apartado del precepto citado que dice: " Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo ". Y este requisito se cumple en la separación de hecho, porque una de las primeras medidas que adoptan los esposos es vivir en distintos domicilios. Por tanto la pérdida de la legitimidad viual sólo se da en la separación de hecho, si expresamente un cónyuge deshereda al otro en su testamento por uno de los motivos del artículo 855 del Código Civil.

Consideramos que la separación de hecho sí que tendría que traer como consecuencia el que un cónyuge no tuviera derechos sucesorios sobre el otro, si el causante así lo deseara. Con lo cual se dejaría abierta la puerta para que un esposo pudiera desheredar al otro sin tener que acudir al artículo 855, número 1 del Código Civil, ya que éste exige un medio de prueba, puesto que es triste que un cónyuge heredede del otro y no haya compartido con él su vida; pero, al mismo tiempo,

po si no se quiere desheredar al otro, no hubiera porqué hacerlo. La solución sería una norma de carácter dispositivo y no de ius cogens, con lo cual se podría acoger a ello aquel que lo deseara. Porque al no tener cabida en nuestro ordenamiento un precepto que regula este aspecto, se puede producir el que haya cónyuges que acudan a la vía judicial para obtener su separación, con el objetivo de que el esposo culpable no participe en su cuota viudal. Aunque hay que reconocer que para declarar a un cónyuge culpable es necesario que haya incurrido en uno de los motivos recogidos en el artículo 105 del Código Civil, que son al mismo tiempo una de las causas por las que un esposo puede desheredar al otro. Y sin embargo para que se decrete la separación legal es necesario un procedimiento judicial, que es más largo, costoso y desagradable que la desheredación del artículo 855 número 1 del Código Civil, aunque, por supuesto, la separación judicial produce - junto a la pérdida de los derechos sucesorios otros efectos.

- d. La separación de hecho matrimonial será causa de divorcio, a tenor del artículo 86,3 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, siempre que se haya producido un cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos, y que sea alegado este motivo por los cónyuges.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO.M. " Manual de Derecho de familia y sucesiones " Librería Bosch, Madrid, 1974.
- "Compendio de Derecho Civil" Librería Bosch, Barcelona, 1974.
- "Derecho Civil" T.I, vol. 1º, 6ª ed. Librería Bosch, Barcelona, 1980
- ALEMANY, J.M. " La separación matrimonial de hecho " Revista Jurídica de Cataluña, Abril - Junio, 1966
- "Panorama del divorcio en la actualidad " Revista Jurídica de Cataluña. Enero - Marzo, 1968.
- "Todo sobre separación matrimonial " Guía Legal práctica para todos. Edit. le Vecchi. Barcelona, 1975
- ALONSO, H. y B. " La separación matrimonial. Sus causas legítimas y el proceso de la acción " Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1958.
- "La nulidad y disolución del matrimonio. Sus causas y otras nuevas en el futuro " Gráficas Uguina, Imp. Madrid, 1974
- "Observaciones del nuevo texto " De matrimonio" (La reforma del Código de Derecho Canónico). Gráficas Uguina, Imp., Madrid, 1976
- AMO, L. del. " Reflexión acerca de las causas matrimoniales en España "
- ANTON PEREZ, J.; DIAZ MELLADO, J.; GARCIA MARTIN, J.A. " La unidad contribuyen te" Revista de Hacienda Pública española, nº 30, 1974
- ARADILLAS, A. " Proceso a los Tribunales eclesiásticos" Edit. Sedmay, S.A. Madrid, 1975.
- ARIAS RAMOS, J. " Derecho Romano" vol. II., 1ª edic., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- AZZOLINA, V. " La separazione personale dei coniugi" 3ª edic., Edit. Torinese, Milano, 1966
- BARASSI, L. " La famiglia legittima nel nuovo codice civile" 3ª edic., Edit. Giuffrè, Milano, 1947
- BASTIDA CANAL, X. " A propósito de las llamadas "separaciones consensuales" Revista Jurídica de Cataluña, Enero - Marzo, 1976
- BATLLE, " Observaciones sobre la reforma del Código Civil " (La Ley de 24 de Abril de 1958) Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Octubre, 1958.
- BELTRAN FUSTERO, L. " Los convenios contra el matrimonio o sus bienes fundamentales " Revista de Derecho Notarial. Enero - Marzo, 1959.
- BERCOVITZ, R. " La capacidad de la mujer casada en las situaciones anormales del matrimonio " Revista de Derecho Privado, Septiembre, 1974.
- "Derecho de la Persona " Edit. Montecorvo, Madrid, 1976.
- "Comentarios a las reformas del Código Civil" vol.1º, Edit. Tecnos, Madrid 1977.
- "Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales" T.I. Edit. Edersa, Madrid, 1978.

- "La Adquisición y pérdida de la vecindad civil en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil" Conferencias de Derecho Foral, 1975 - 1976, Edit. Itxaro-pena, 1978.
- "La vecindad civil en los Estatutos de las comunidades autónomas" Revista - Jurídica de Cataluña, Abril - Junio, 1981
- BERNARDEZ, " Las causas canónicas "
- BLANQUER UBEROS, R.; MARTINEZ GIL, J.L.; SIMO SANYOJA, V.L. "Los efectos del divorcio, de la separación de los cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en el Derecho Comparado" Ponencia de la Delegación española del XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 1971. Revista de Derecho Notarial, Julio - Diciembre, 1971.
- BONET RAMON, F. "Código Civil comentado" Edit. Aguilar, Madrid, 1962.
- BRIOSO ESCOBAR, E.L. "Posiciones sobre los artículos 60 a 62, 1387 y 1388 - del Código Civil" Revista de Derecho Notarial, Abril - Junio, 1977.
- CAMARA, M. de la. "El nuevo artículo. 1413 del Código Civil" Anuario de Derecho Civil, Julio - Septiembre, 1959.
- "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" Anuario de Derecho-Civil, Enero - Marzo, Abril - Junio, 1969.
- CAMY, B. "Ideas para un nuevo Derecho de Familia" Revista de Derecho Privado, Octubre, 1974
- CAPELLLO, "Tractatus Canonico-moralis de sacramentis" V. de Matrimonio, Roma, 1950.
- CAREAGA, I. "La ruptura conyugal" I, Estatuto superatorio del matrimonio en España., Madrid, 1971
- CARNELUCCI, "Separazione per accordo fra i coniugi" Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 3 de Marzo de 1936. Rivista di Diritti Processuale Civile, 1936, II
- CARRION, S. "Historia y futuro del matrimonio civil en España" Edit. Revista de Derecho Privado, Jaén, 1977
- "Notas en sede doctrinal sobre el régimen jurídico de la separación conyugal en el ordenamiento italiano (De la separación por culpa a la separación por justa causa)" Revista General de Derecho, Junio-Julio-Agosto, 1980
- CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho civil español, común y foral" T.V., vol. I, 9ª edc. Edit. Reus, Madrid, 1976
- CASTAN VAZQUEZ, J, M. "Algunas cuestiones actuales del Derecho de Familia" - Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Mayo - Junio, 1976
- "La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio" Revista de Derecho Privado, Marzo, 1977.
- CASTRO PEREZ, "La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad" Madrid, 1950
- CASTRO, F. de. "Derecho Civil en España" T. II., vol.1º, Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1952
- "El negocio jurídico" Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971

- "Temas de Derecho Civil" Edit. Rivadensyra, Madrid, 1976.
- CIGU, A. "El derecho de familia" Traducido por S. Sentís Melendo, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1947
- CLEMENTE DE DIEGO, F. "Consulta publicada en la Revista de Derecho Privado"- Noviembre, 1924.
- COCA PAYERAS, M. "Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal" Revista Jurídica de Cataluña, Enero - Marzo, 1981.
- CORPS DE DROIT CIVIL ROMAIN, 14, LES NOVELLES DE L' EMPEREUR JUSTINIEN, II. T.II. Traducido en Francés por M. Berenguer. Edit. Chez Lamort, 1810. Reimprimé en 1979 par Scientia Verlag, Aalen, Alemania.
- CDPUS IURIS CANONICI. Decretalium Collectiones. Parte segunda. Edit. Friedberg. Akademische Druck. - V. Verlagsanstalt, 1959
- CORTEZO, J. "Situación de la mujer casada" Edit. Montecorvo, Madrid, 1976.
- COSSIO y GULLÓN. " Nueva edición de "Las instituciones de Derecho Civil" de De DIEGO, T.II., Madrid, 1959.
- CUERPO DE DERECHO CIVIL ROMANO, T. IV. CODIGO. Por I. L. GARCÍA DEL CORRAL.- Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Ossenbrüggen. Barcelona, Jaime Moenias, editor. Valencia, nº 378, 1892
- CUERPO DE DERECHO CIVIL ROMANO, T.VI. NOVELAS, por I.L. GARCIA DEL CORRAL. - Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Ossenbrüggen. Barcelona, 1898
- D'ANTONIO, A. "Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione" Rivista di Diritto Civile, 1959, 2ª parte.
- DEGNI, "Separazione dei coniugi" Nuovo Digesto Italiano, T. XII,1. Edit. Torinese, Torino, 1940.
- DELGADO ECHEVARRIA, J. "El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña" Edit. Tecnos, Madrid, 1974.
- DIEGO DIAZ-SANTOS, M. R. "Los delitos contra la familia" Edit. Montecorvo, Madrid 1973.
- DIEGO LORA, de. "Función pastoral y separación de los cónyuges" Ius Canonium, XIII, nº 261973.
- DIEZ-PICAZO, L. "La situación jurídica del matrimonio separado" Revista de Derecho Notarial, Enero - Marzo, 1961
- "El negocio jurídico del Derecho de familia" Revista de Legislación y Jurisprudencia, Junio, 1962.
- DORAL, J.A. "Pactos en materia de alimentos" Anuario de Derecho Civil, Abril Junio, 1971.
- ESPIN, D. "Manual de Derecho Civil, español" vol. 1º, Parte general, - 7ª edic. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979
- FAUS CONDOMINES. "Las capitulaciones matrimoniales en la comarca de Guissona, (Lérida)" Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1902.
- FAUS ESTEVE, R. "La separación de hecho en el matrimonio" Anales de la Academia Matritense del Notariado. T.II, 1., Madrid, 1950.

- FONT BOIX, V. " El notario y la jurisdicción voluntaria " VIII. Congreso Internacional del Notariado Latino. México, 1965. Ponencias presentadas por el Notario español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. vol. I. Gráficas Cóndor S.A. Madrid, 1975.
- FRANCESCHELLI, V. " La separazione di fatto " Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1978.
- FUENMAYOR, A. de. " La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español " Revista de Derecho Privado, Enero, 1975.
- FUENTES QUINTANA, " Hacienda Pública " Introducción, Presupuestos e ingresos públicos.
- GANGI, C. " Derecho Matrimonial " Traducido por M. Moreno Hernández, Edit.- Aguilar, Madrid, 1960.
- GARCIA, M. A. " Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención Judicial " Revista de Derecho Privado, Junio, 1978.
- GARCIA AMIGO, M. " Instituciones de Derecho Civil " T. I., Parte General. - Edit. Edersa, Madrid, 1979:
- GARCIA CANTERO, G. " El vínculo del matrimonio civil en el Derecho Español " Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1959.
- " La separación de los cónyuges en el matrimonio civil " Revista de Derecho Notarial, Abril - Junio, 1959
- " El divorcio en los Estados Modernos " Cap. IX. del vol. colectivo " El vínculo matrimonial ¿Divorcio o indisolubilidad? " Edit. B.A.C., Madrid, 1978.
- " El Estado y la familia " Separata Extracomercial de Verbo. Serie XVII, - Nos. 165 - 166. Spiro, S.A., 1978.
- GATTI, H.E. " Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges " Revista de Legislación y Jurisprudencia, Julio - Diciembre, 1959
- GIMENEZ - ARNAU. " Escrituras de Divorcio " Revista de Derecho Notarial. Julio - Diciembre, 1961.
- GITRAMA, M. " En tema de adquisición de vecindad civil " Revista de Derecho Privado, Abril, 1976.
- GOMEZ FERRER, R. " Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil " Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Mayo - Junio, 1978.
- GONZALO DE LIRIA, J.M. " Vecindad civil: consecuencias de su cambio en el orden familiar " Anales de la Real Academia Matritense del Notariado, T.XX, 2 Madrid, 1976.
- GULLON BALLESTEROS. " Comentarios a las reformas del Código Civil. El Nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de Mayo de 1975 " Edit. Tecnos, Madrid, 1977.
- IBAN, I. C. " El matrimonio en la Constitución " Revista de Derecho Privado, - Febrero, 1980.
- IGLESIAS FERREIROS, A. " Uniones matrimoniales y afines en la Derecho Histórico español " Revista de Derecho Notaria, Julio-Diciembre, 1974,

- IGLESIAS, J. " Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado " 6ª edic. - Edit. Ariel, Barcelona, 1972.
- IZQUIERDO, E. " El abogado ante la separación de hecho " Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero - Junio. 1971
- JEMOLO. " Il matrimonio. Trattato di Diritto civile italiano " T.I., vol.3º, Fasc. 1., 4ª edic. Edit. Torinese, Turín, 1961.
- JUBANY. " Causas de separación personal temporal " del volúmen " Sobre las causas matrimoniales " Salamanca, 1953.
- LACRUZ, J.L. " Derecho de Familia, El matrimonio y su economía " Librería Bosch, Barcelona, 1963.
- " El nuevo Derecho Civil de la mujer casada " Cuadernos Civitas. Edit. Civitas, Madrid, 1975.
- " Manual de Derecho Civil " Librería Bosch, Barcelona, 1979.
- LACRUZ, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRIA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. " La reforma del Derecho de Familia del Código Civil - español " Fascículo I, Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.
- LALAGUNA, E. " Estudios de Derecho matrimonial " Edit. Rialp. ;Madrid, 1962.
- LETE DEL RIO, J. M. " Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal " - Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Febrero, 1976.
- LETE DEL RIO, J.M. y ALVAREZ CAPEPOCHIPI, J. A. " Notas sobre la 'mutabilidad' del régimen económico matrimonial en el Derecho Común " Revista de Derecho Privado, Marzo, 1977.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. " La evolución del Derecho de Familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges " Revista de Derecho Notarial. Julio Diciembre, 1975.
- " Anotaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio " Revista Pretor, Julio - Septiembre, 1978.
- MANRESA, J.M. " Comentarios al Código Civil español " T.V., vol 1º, 8ª edic. Edit. Reus, Madrid, 1951
- MALDONADO, J. " Una autorizada opinión sobre la repercusión del Concordato en materia procesal matrimonial " Revista de Derecho Procesal, vol.4º. - Pág. 6731954.
- " Curso de Derecho Canónico para juristas civiles " Parte General. Gráficas Hergón, S.L. , Madrid, 1977.
- MARICHELENA, A. y MANRIQUE, C. " Recitaciones del Derecho Civil de España " 2ª parte de la obra de la Historia de la Legislación " T.I. Imp. de la Suc. de M. Minuesa de los Rfos, Madrid, 1915.
- MARSA VANCELLS, P. " La mujer en el Derecho Civil " Edit. Universidad de Navarra. Pamplona, 1970.
- MARTINEZ CALCEPRADA, L. " La filiación extramatrimonial " Revista de Derecho Privado, Febrero, Marzo, Abril, 1974.
- MARTINEZ MORAN, U. " La familia y su protección constitucional " Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 1 Monográfico, 1978.

- MIGUELEZ, " El Concordato entre la Santa Sede y el Estado Español " Revista de Derecho Notarial, II. nº 3, 1954.
- MOLANO, E. " Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio " Edit. Universidad de Navarra. Pamplona, 1977.
- MOLES COUBET, J. M. " Una nueva familia separatoria " Revista Jurídica de Cataluña. Julio - Septiembre, 1975.
- MOLES COUBET, J.M. " Problemas matrimoniales. Introducción a su estudio" Edit. Seix Barral, Barcelona, 1977.
- MONTERO. " El nuevo Concordato español" Madrid, 1954.
- NAGORE y ARNOZ. " Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales " - Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas. Vol. IV.- Edit. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
- NART FERNANDEZ, I. " El régimen matrimonial de separación de bienes " Revista de Derecho Privado, Enero, 1951
- NAVARRO FAJARDO, J.J. " El Derecho a la custodia de los hijos en los padres separados " Boletín de información del Ministerio de Justicia, nº 1189. 25 de Diciembre de 1979. Madrid,
- NUÑEZ BOLUDA, M.D. " Facultades de la mujer en cuanto a los bienes gananciales en situaciones normales del matrimonio " Revista de Derecho Notarial (separata) Enero - marzo, 1978.
- " Efectos del matrimonio que significan ampliación de la capacidad de obrar y son comunes a ambos cónyuges " Revista General de Legislación y jurisprudencia. Marzo - Abril, 1978
- OGAYAR, T. " La separación de hecho de los cónyuges como causa de divorcio " Revista de los Tribunales. Abril, 1933
- " La separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce " Edit. Reus, Madrid, 1971
- ORUE, F. de. " Disolución del vínculo conyugal en el Derecho Canónico. por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges: su relación con el Código Civil " Revista de Derecho Privado, Diciembre, 1924
- PALAO TABOADA, C. " A unidade familiar como sujeito fiscal " Melatorio General. IX Jornadas Luso - Hispano- Americanas. 29 de Septiembre - 2 de Octubre de 1980.
- PEÑA BERNALDE DE QUIROS, M. " El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos de la Santa Sede " Anuario de Derecho Civil. Julio - Septiembre, 1980.
- PERE y RALLUY. " Panorama del estado civil y del registro civil desde 1966 - hasta 1969 " Revista Pretor, 3. 1970.
- PEREZ JOFRE, J.M. " La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges " Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre, 1975.
- PEREZ y LOPEZ, A.X. " Teatro de Legislación Universal de España e Indias " - T.XI. Imprenta de Ramón Ruiz, Madrid, 1976.
- PEREZ - LLANTADA, J. " Matrimonio - familia en la nueva Constitución Española " Lecturas sobre la Constitución española I. Edit. U.N.E.D., 1978

- PEREZ MIER. " El Concordato español de 1953 " Revista Española de Derecho-Canónico, IX: 1954.
- PEREZ RAMOS, A. " El proceso sumario de separación conyugal " Revista de Legislación y Jurisprudencia, Diciembre, 1978.
- PEREZ SANZ, A. " La situación jurídica de la mujer casada y deberes de los cónyuges " Revista de Derecho Notarial Julio - Diciembre, 1976.
- PIÑAR, B. " La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil " Revista de Legislación y Jurisprudencia. Julio - Diciembre, 1955.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J. " Tratado práctico de Derecho Civil Francés " T.II. La Familia, Con el concurso de A. ROUAST. Traducido por M. DIAZ CRUZ. Edit. Cultural. La Habana, 1946.
- PRIETO. " El procedimiento en las causas de separación conyugal " Revista Española de Derecho Canónico. XI. 1956.
- PUIG BRUTAU. " Fundamentos de Derecho Civil " T. V., vol 3º. Edit. Bosch.-Barcelona, 1964.
- PUIG FERRIOL, L. " Incidencias del Nuevo Derecho Interregional en el Derecho Civil de Cataluña " Conferencias sobre Derecho Foral, 1975 - 1976. Edit. Itxaropena, 1970.
- PUIG PEÑA, F. " Las uniones matrimoniales de hecho " Revista de Derecho Privado, Diciembre, 1949.
- RAMALLO, J. " A unidad familiar como sujeto fiscal" Relatorio Nacional de España. IX Jornadas Luso - Hispano- americanas de Estudios Tributarios, 29 de Septiembre - 2 de Octubre de 1980.
- " La Reforma del Derecho de Familia" Departamento de Derecho Civil II. Universidad de Salamanca, 1977.
- REGATILLO. " Tratamiento de las causas de divorcio " - " El matrimonio canónico en el registro del Estado " Ecclesia, 1953.
- REVISTA DE LOS TRIBUNALES. CONSULTA nº 16. " Separación amistosa entre cónyuges. " 1931:
- RICO PEREZ, F. " La compra de un piso por mujer casada " Comentario a la Resolución de 8 de Febrero de 1977) Revista de Derecho Privado, Julio - Agosto, 1977.
- Adquisición de inmuebles a plazos por la esposa " (Comentario a la Resolución de 4 de Mayo de 1978). Revista de Legislación y Jurisprudencia. Enero, 1979.
- RICHARDSON. " Les pactes de separation amiable entre epoux" París, 1930.
- RODRIGUEZ ADRADOS, A. " Disposición onerosa de inmuebles gananciales " Revista de Derecho Notarial. Julio - Diciembre, 1958.
- " Las compras de la mujer casada " Revista de Derecho Notarial. Abril - Junio, 1975.
- ROYO MARTINEZ. " Derecho de Familia" Sevilla, 1949.
- RUGGIERO, R. " Instituciones de Derecho Civil " T. II. vol. 2º. Traducido por R. Serrano Suárez y J. Santa-Cruz. Edit. Reus. Madrid, 1944.

- ROSA, de . " Sulla validità degli accordi circa il cognome delle moglie separata ". Giurisprudenza Italiana, 1957.
- SALRIS, F. " Sulla famiglia c.d. " di fatto " e sui " rapporti di fatto " configurabili nell'impresa familiare " Rivista di Diritto Agrario. Julio-Septiembre, 1976.
- SANCHEZ SERRANO, L. " A unidade familiar como suieto fiscal " Algunos aspectos formales de la unidad familiar . IX. Jornadas Luso-hispano-americanas 29 de Septiembre - 2 de Octubre de 1980.
- SANCHO REBULLIDA, F. " Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales " T.II. Edit. Edersa, 1978.
- SANTAMARIA ROJAS, A. " La autoridad marital en la vida " Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. II. 1950.
- SAVATIER, R. " Les conventions de separation amiable entre epoux " Revue Trimestrale de Droit Civil. 1931.
- SCARDULLA, F. " La separazione personale dei coniugi " Edit. Giuffrè, Milano, 1967.
- SIMO SANTONJA, V.L. " Divorcio y separación en los países del Tratado de Montevideo " Revista de Derecho Notarial. Enero - Marzo, 1973.
- " Divorcio y separación en los países afroasiáticos " Revista de Derecho Notarial, Julio - Diciembre, 1973
- " Divorcio y separación en los países del Código de Bustamante " Revista de Derecho Notarial, Abril - Junio, 1974
- " Divorcio y separación. Derecho comparado y conflictual europeo " Edit. - Tecnos, Madrid, 1973.
- SOLER ROCH, M.T. " La unidad contribuyente en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas " Revista española de Derecho - Financiero. Julio- Diciembre, 1977.
- TAULET RODRIGUEZ-LUESO, E. " La separación de hecho en el matrimonio " Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1149., 15 de Noviembre de 1978. Madrid,
- " Las separaciones de hecho y la situación de la mujer " Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Enero - Febrero, 1980.
- VARELA DE LIMIA, F. " La separación convencional de los cónyuges en el Derecho español " Edit. Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.
- VILAR BADIA, R. " Una reforma legislativa inaplazable. La filiación extramatrimonial " Revista Jurídica de Cataluña, Enero - Marzo, 1978.
- VIVES VILLAMAZARES. " La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho " Anales de la Universidad de Valencia. vol. XXXIX. Curso. 1955-56. Fasc. II. Derecho.
- ZANON MASDEU, L. " La separación matrimonial de hecho " Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1974.

