UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Doctorando: Carlos Sánchez Aguirre

Directora: Dra. Concepción Saiz García

Valencia, Junio de 2025

A Susana

A Carla, Javier y Álvaro

AGRADECIMIENTOS

Llegué a Valencia en 1991 para empezar mis estudios de licenciatura en Derecho. Venía a una ciudad a la que ya, en ese momento, me unían importantes lazos familiares. Pronto, Valencia se convirtió en mi propia casa. En mi recuerdo de aquellos primeros meses en la ciudad, revive el cariño de mi abuela Pepita, que fue mi anfitriona. El régimen de custodia compartida enseña que puede crecerse en dos hogares a un mismo tiempo. Esa fue mi otra suerte al llegar a esta ciudad. En Valencia me recibió una Universidad en cuyo entorno encontré amigos, maestros y, a la postre, una nueva vida que seguir. Agradezco a mis padres, Carmina y Carlos, su confianza por haberme dejado crecer tantos años aquí y su constante sacrificio y apoyo para hacerlo posible.

En mi cuarto año de carrera conocí a Don Vicente Luis Montés. A mi maestro le debo, entre otras muchas cosas, innumerables momentos gratos, charlas instructivas, horas de lecciones magistrales, el interés vivo por el Derecho y, sobre todo, mi integración en una familia de juristas de la que me honra formar parte. El magisterio, generosidad y carisma de Don Vicente siguen inspirando el Departamento de Derecho civil de nuestra Facultad y esta tesis es parte del tributo que debo a ambos; y el cumplimiento de una promesa pendiente.

Para escribir esta tesis doctoral he contado con la guía de la Dra. Concepción Saiz García. Su designación para asumir tan mal pagada tarea fue otro de los aciertos del profesor Montés. Mi gratitud con mi directora no puede ser mayor. La profesora Saiz García ha sabido darme aliento en los momentos de cansancio, convicción cuando aparecían las dudas, orientación ante las encrucijadas y consejos precisos y certeros. Confío en que su profundo conocimiento del Derecho y su vocación universitaria se vean reflejados de algún modo en esta obra, que desde luego no habría podido concluir sin su soporte. Asumo, por tanto, personalmente, cada uno de los errores que se puedan encontrar en el trabajo a pesar de su magnífica dirección.

Finalmente, quiero agradecer a Susana, mi mujer, y a mis hijos, Carla, Javier y Álvaro, el sacrificio que han soportado para que yo pudiera escribir esta tesis. Soy consciente de que muchas horas de dedicación a este trabajo podría haberlas disfrutado con ellos. Confío en que, con su habitual cariño, me concedan también su indulgencia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

1.- PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 2
2.- OBJETIVOS 7
3.- METODOLOGÍA 8

CAPÍTULO PRIMERO.- LA INCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO 13

I.- LA SEPARACIÓN DE HECHO: EVOLUCIÓN DE SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 14

1.- APROXIMACIÓN CONCEPTUAL 14
1.1.- El matrimonio como relación de convivencia 14
1.2.- Noción y elementos de la separación de hecho 18
1.3.- La prueba de la separación de hecho 25
2.- LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL 27
2.1.- Su desfavor ante la Ley 27
2.2.- Manifestaciones históricas del rechazo a la separación de hecho 35
2.2.1.- Los expedientes sobre vida maridable 35
2.2.2.- El depósito de la mujer 36
2.2.3.- El rechazo de los pactos privados y notariales reguladores de la separación de hecho 39
3.- LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DERECHO ESPAÑOL ACTUAL 40
3.1.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho civil 43
3.1.1.- Derechos de la persona 43
3.1.1.1.- Nacionalidad 43
3.1.1.2.- Vecindad civil 43
3.1.1.3.- Filiación 43
3.1.1.4.- Emancipación 44
3.1.1.5.- Ausencia 45
3.1.1.6.- Medidas de apoyo a las personas con discapacidad 45
3.1.1.7.- Derecho al honor 48
3.1.1.8.- Adopción 49
3.1.1.9.- Reproducción asistida 50
3.1.2.- Obligaciones y contratos 50
3.1.2.1.- Arrendamientos urbanos 50
3.1.2.2.- Arrendamientos rústicos 52
3.1.2.3.- Seguro de vida 53
3.1.2.4.- Revocación de donaciones 54
3.1.3.- Responsabilidad civil extracontractual 54
3.1.4.- Prescripción de acciones 55
3.1.5.- Derechos reales 55
3.1.5.1.- Comunidad de bienes 55
3.1.5.2.- Usufructo 56
3.1.6.- Derecho de familia 56
3.1.6.1.- Disposición de vivienda familiar 56
3.1.6.2.- Pensión compensatoria 58
3.1.6.3.- Compensación por trabajo en el hogar 60
3.1.6.4.- Pacto de supervivencia 64
3.1.6.5.- Constitución de unión de hecho 64
3.1.6.6.- Prestación recíproca de ayuda, socorro y deber de alimentos 64

3.1.7.- Derecho de sucesiones ... 66
3.1.7.1.- La legítima del cónyuge viudo separado de hecho ... 66
3.1.7.2.- Sucesión intestada del cónyuge viudo separado de hecho ... 69
3.1.7.3.- Testamento con disposición a favor del cónyuge con separación sobrevenida ... 70
3.1.7.4.- La designación de cónyuge fiduciario antes de la separación de hecho ... 72
3.1.7.5.-Predetracción ... 73
3.1.8.- Derecho concursal ... 74
3.1.9.- Derecho procesal civil ... 76
3.1.10.- Derecho notarial ... 76
3.2.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho penal ... 77
3.2.1.- Relevancia, asimilación y tratamiento de la separación de hecho ... 77
3.2.2.- La separación de hecho ante la circunstancia mixta de parentesco ... 79
3.2.3.- El problema de la excusa absolutoria y la circunstancia mixta de parentesco ... 81
3.2.4.- Los delitos de apropiación indebida y administración desleal ... 82
3.3.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho administrativo ... 86
3.3.1.- Relevancia, asimilación y tratamiento de la separación de hecho ... 86
3.3.2.- La separación de hecho ante el régimen de mutualismo administrativo ... 89
3.3.3.- El tratamiento de la separación de hecho en las normas sobre extranjería ... 90
3.3.3.1.- Reagrupación familiar ... 91
3.3.3.2.- Mantenimiento del Derecho de residencia ... 93
3.4.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho laboral y de la Seguridad Social ... 94
3.4.1.- Consideración previa ... 94
3.4.2.- Pensión de viudedad ... 95
3.4.3.- Unidad económica de convivencia ... 99
3.4.4.- Prestaciones sanitarias y asistenciales ... 101
3.5.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho fiscal ... 102
3.5.1.- Consideración previa ... 102
3.5.2.- La separación de hecho y el principio de individualización de rentas ... 108
3.5.3.- Pensión compensatoria ... 111
3.5.4.- Anualidades por alimentos a favor de los hijos ... 113
3.5.5.- La tributación conjunta ante el fenómeno de la separación de hecho ... 114
4.- REFLEXIÓN CRÍTICA ... 116
4.1.- La separación de hecho es una situación jurídica legítima ... 116
4.2.- La separación de hecho no es una situación jurídica sustancialmente transitoria ... 117
4.3.- La normalización de la separación de hecho en el ordenamiento español ... 118
4.4.- La regulación de la separación de hecho desde la coherencia y la razonabilidad ... 119
4.5.- Derechos fundamentales y protección penal del cónyuge separado de hecho ... 119
4.6.- La tendencia a la equiparación con la separación legal ... 120
4.7.- La indiferencia del origen y la duración de la separación de hecho ... 120

II.- LA SOCIEDAD GANANCIAL. FUNDAMENTO Y CAUSAS DE DISOLUCIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL ... 121

1.- COMUNIDAD DE VIDA COMO FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES ... 121
1.1.- Matrimonio y sociedad de gananciales ... 121
1.2.- La vida en común de los cónyuges como presupuesto de la formación de la masa ganancial en nuestros textos históricos ... 124
1.3.- La entronización de la sociedad de gananciales como régimen legal en el Código Civil ... 133
1.4.- Crítica a la continuidad de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en el sistema del Código Civil ... 140
2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES ... 142
2.1.- La situación anterior al Código Civil ... 143
2.2.- El Código Civil de 1889 ... 152
2.3.- La Ley de 2 de marzo de 1932 ... 159
2.4.- El Decreto de 26 de enero de 1944 ... 162
2.5.- La Ley de 24 de abril de 1958 ... 164
2.6.- La Ley 14/1975, de 2 de mayo ... 166
2.7.- La Ley 11/1981, de 13 de mayo ... 171
2.8.- La Ley 30/1981, de 7 de julio ... 175
2.9.- La Ley 13/2005, de 1 de julio, y la Ley 15/2005, de 8 de julio ... 178
2.10.- La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ... 183

III.- LA INTERACCIÓN ENTRE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA SOCIEDAD GANANCIAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO 184

1.- NORMATIVA ACTUAL EN DERECHO COMÚN 185
1.1.- La separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales 185
1.2.- Las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho 185
1.3.- La administración de la sociedad ganancial durante la separación de hecho 187
2.- NORMATIVA ACTUAL EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS 188
2.1.- Navarra 188
2.2.- Aragón 189
2.3.- Cataluña 190
2.4.- País Vasco 191
2.5.- Comunidad Valenciana 191
2.6.- Conclusión 192
3.- DERECHO COMPARADO 193
3.1.- Europa 194
3.1.1.- Alemania 194
3.1.2.- Bélgica 194
3.1.3.- Dinamarca 197
3.1.4.- Francia 198
3.1.5.- Italia 201
3.1.6.- Luxemburgo 203
3.1.7.- Portugal 204
3.1.8.- Reino Unido 206
3.1.9.- Rumanía 210
3.1.10.- Turquía 210
3.1.11.- Otros ordenamientos europeos 211
3.1.12.- El régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias 213
3.2.- América del Norte 214
3.2.1.- Arizona (Estados Unidos de América) 214
3.2.2.- California (Estados Unidos de América) 214
3.2.3.- Luisiana (Estados Unidos de América) 219
3.2.4.- Ontario (Canadá) 220
3.2.5.- Quebec (Canadá) 221
3.2.6.- Washington (Estados Unidos de América) 222
3.3.- América del Sur 225
3.3.1.- Argentina 225
3.3.2.- Bolivia 227
3.3.3.- Colombia 229
3.3.4.- Costa Rica 232
3.3.5.- Ecuador 233
3.3.6.-Perú 235
3.3.7.- Uruguay 237
3.4.- Oceanía 240
3.4.1.- Australia 240
3.4.2.- Nueva Zelanda 241
3.5.- Conclusiones 243
4.- TRABAJOS LEGISLATIVOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* REALIZADOS SOBRE LA MATERIA 245
4.1.- Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil 245
4.2.- Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de febrero de 2014 247
4.3.- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013 249
4.4.- Los principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges 251

CAPÍTULO SEGUNDO.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 256

I.- RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL SOBRE LA MATERIA 257

1.- LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA EXAMINADA 257
2.- LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS DISTINTOS PERÍODOS 258

II.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO INICIAL 261

1.- INCIDENCIA EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PARAFERNALES 261
1.1.- Los bienes parafernales 261
1.2.- La gestión de los bienes parafernales y de sus frutos en el Código Civil 262
1.3.- La incidencia de la separación de hecho en la gestión de los bienes parafernales y de sus frutos en el Código Civil según la jurisprudencia 264
1.3.1.- La casuística habitual planteada ante los tribunales 264
1.3.2.- La doctrina del Tribunal Supremo 269
2.- INCIDENCIA EN LA CONTINUIDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 272
2.1.- Precisiones sobre el marco legal que abarca el período analizado 272
2.2.- La incidencia de la separación de hecho en la continuidad de la sociedad de gananciales según la jurisprudencia 272
2.2.1.- La casuística habitual planteada ante los tribunales 272
2.2.2.- La doctrina del Tribunal Supremo 274

III.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO INTERMEDIO 276

1.- LA STS DE 13 DE JUNIO DE 1986 COMO ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL 276
1.1.- Asunto que resuelve la sentencia y relevancia de la resolución 276
1.2.- Tesis que elabora la sentencia 278
1.3.- Consolidación del criterio en la jurisprudencia posterior del período 282
2.- CUESTIONES PROCESALES 283
2.1.- Procedimientos en los que se suscita la cuestión 283
2.2.- La regla jurisprudencial como fundamento de la acción ejercitada y como motivo de excepción ante la pretensión actora 287
3.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO 290
3.1.- Presupuestos para la aplicación de la doctrina de la limitación funcional 290
3.1.1.- Los cónyuges casados en régimen de gananciales 290
3.1.2.- La separación de hecho 290
3.1.2.1.- El carácter consensual de la separación 290
3.1.2.2.- La voluntad inequívoca de cesar la convivencia conyugal 292
3.1.2.3.- Relevancia de los acuerdos privados de separación de hecho 294
3.1.2.4.- Relevancia de las relaciones patrimoniales entre cónyuges posteriores al cese de la convivencia 299
3.1.3.- El carácter innecesario de una sentencia previa de disolución de la sociedad de gananciales 303
3.2.- Consecuencias de la aplicación de la doctrina de la limitación funcional 304
3.2.1.- La falta de disolución formal de la sociedad de gananciales 304
3.2.2.- Mantenimiento de las reglas de la sociedad de gananciales sobre el patrimonio común adquirido antes de la separación de hecho 310
3.2.3.- Pérdida de derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho 311
3.2.4.- Pérdida de derechos consorciales del cónyuge separado de hecho 313
3.3.- La retroacción de efectos en la doctrina de la limitación funcional 314
4.- LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES 318
4.1.- El mero acuerdo sobre la fecha de separación 318
4.2.- La separación de mutuo acuerdo o con acuerdos patrimoniales expresos 320
4.3.- La sentencia de separación eclesiástica 320
4.4.- El abandono del domicilio por uno de los cónyuges 324
4.5.- El ingreso en prisión de uno de los cónyuges 325
4.6.- La realización de actos procesales y el pronunciamiento de resoluciones judiciales diferentes a la sentencia de separación o divorcio 326
4.6.1.- El auto de medidas provisionales 327
4.6.2- La presentación de la demanda de divorcio o separación 329
4.6.3.- La orden de protección 330

IV.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO ACTUAL 333

1.- LAS SSTS DE 28 DE MAYO Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 2019: EL ORIGEN DEL NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL 334
1.1.- Asuntos debatidos en los procedimientos que resuelven las sentencias 334
1.2.- La fijación de una nueva norma jurisprudencial 338
1.3.- Tesis que elaboran las sentencias. El cambio de orientación jurisprudencial 339
2.- CUESTIONES PROCESALES 340
2.1.- Procedimientos en los que se plantea la cuestión 340
2.2.- Procedimiento adecuado para plantear la cuestión 341
3.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO 344
3.1.- Presupuestos para la aplicación de la nueva norma jurisprudencial 344
3.1.1.- Matrimonio casado en régimen de gananciales y separado de hecho 344
3.1.2.- El carácter abusivo de la reclamación 345
3.1.2.1.- Reclamaciones no abusivas 345
3.1.2.2.- Reclamaciones abusivas 346
3.2.- Consecuencias de la aplicación de la nueva norma jurisprudencial 350
3.2.1.- La falta de disolución de la sociedad de gananciales 350
3.2.2.- Exclusión de las ganancias y adquisiciones posteriores a la separación de hecho del inventario de la sociedad de gananciales 351
3.2.3.- Reconocimiento de reembolso a cargo del cónyuge que haya dispuesto de fondos comunes para fines distintos de la satisfacción de cargas familiares 351

V.- LA JURISPRUDENCIA DE OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES Y LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA 351

1.- JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 352
1.1.- El embargo de sueldos y salarios obtenidos por el cónyuge casado con el deudor en régimen de gananciales durante la separación de hecho 352
1.2.- La titulación de bienes adquiridos durante la sociedad de gananciales por el cónyuge separado de hecho 353
2.- JURISPRUDENCIA SOCIAL 354
3.- DOCTRINA ADMINISTRATIVA 355

VI.- RECAPITULACIÓN CRÍTICA 356

1.- UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE UN VACÍO DEL ORDENAMIENTO 356
2.- EL CARÁCTER INCOMPLETO DE LA SOLUCIÓN 357
3.- LA IDEA DE UNA DISOLUCIÓN *DE FACTO* DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EXCLUSIVAMENTE ENTRE CÓNYUGES 358
4.- LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL 359
5.- REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL 360

CAPÍTULO TERCERO.- LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD GANANCIAL. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN 368

I.- INTRODUCCIÓN 369

II.- POSICIONAMIENTOS DOCTRINALES 369

1.- LA MERA SEPARACIÓN DE HECHO NO PUEDE AFECTAR A LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 370
2.- LA SEPARACIÓN DE HECHO NO AFECTA A LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES HASTA SU DISOLUCIÓN FORMAL, SALVO EN SITUACIONES EXCEPCIONALES 376
3.- LA SEPARACIÓN DE HECHO DETERMINA LA SUSPENSIÓN DE LA SOCIEDAD GANANCIAL 378
4.- LA SEPARACIÓN DE HECHO ES CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 380

III.- EL FUNDAMENTO DE LA COMUNICACIÓN GANANCIAL COMO ELEMENTO RELEVANTE DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA 382

IV.- INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1393.3º Y 1394 DEL CÓDIGO CIVIL..... 386

1.- LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO SITUACIÓN JURÍDICA PREVISTA EN EL PRECEPTO 387
2.- LA INSTANCIA DE PARTE 390
2.1.- Necesidad de la solicitud *390*
2.2.- Legitimación de los cónyuges *390*
2.3.- Legitimación de terceros *393*
2.3.1.- Representante del cónyuge con discapacidad que requiere representación 393
2.3.2.- Sucesores de los cónyuges 396
3.- EL ELEMENTO TEMPORAL DE LA NORMA 399
4.- LA NECESIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL 404
5.- LA FECHA EN QUE SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN 405
5.1.- Propuestas doctrinales *405*
5.2.- Antecedentes legislativos y discusión parlamentaria de la norma *407*
5.3.- Interpretación teleológica *412*
5.4.- La interpretación de la norma desde los principios constitucionales *412*
5.5.- La retroacción de efectos en la jurisprudencia actual *414*
5.6.- El contexto de la norma *415*
6.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS 420

V.- LA SITUACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS CÓNYUGES DESDE LA SEPARACIÓN DE HECHO HASTA LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD .. 428

1.- ACOTACIÓN DEL PROBLEMA 428
2.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN 429
2.1.- Reflexión crítica sobre los planteamientos actuales *429*
2.2.- La problemática continuidad de la sociedad ganancial entre los cónyuges durante la separación de hecho *431*
3.- PLANTEAMIENTO DE UNA PROPUESTA ALTERNATIVA 432
3.1.- Presentación de la propuesta *432*
3.2.- El cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges durante su separación de hecho *433*
3.1.1.- La norma del artículo 1344 del Código Civil 433
3.1.2.- Argumento literal 434
3.1.3.- Argumento teleológico 435
3.1.4.- Antecedentes históricos y legislativos 438
3.1.5.- Argumento contextual 441
3.1.6.- Argumento sociológico 447
3.1.7.- Conclusión 450
3.3.- La aplicación del régimen de separación de bienes entre los cónyuges durante su separación de hecho *450*
3.3.1.- La necesidad de asignar a los esposos separados de hecho un régimen económico matrimonial para regular sus relaciones internas 450
3.3.2.- Argumento literal 452
3.3.3.- Argumento teleológico 452
3.3.4.- Argumento contextual 452
3.4.- Situación de los bienes gananciales adquiridos por los cónyuges antes de la separación de hecho *453*
3.4.1.- Supuesto de hecho 453
3.4.2.- Inicio y conclusión de la comunidad surgida por la separación de hecho 454
3.4.3.- Comuneros 454
3.4.4.- Normas básicas reguladoras de la comunidad 455
3.4.5.- Normas sobre la disposición y administración de los bienes de la comunidad 456
3.4.6.- Responsabilidad de la comunidad 459
3.5.- Efectos de una eventual reconciliación *460*
3.6.- Régimen de responsabilidad ante terceros *462*
3.6.1.- La aplicación del artículo 1368 del Código Civil 462
3.6.2.- Posiciones doctrinales sobre el alcance del precepto 463
3.6.3.- Antecedentes del precepto 465
3.6.4.- Conclusión 469
3.6.4.1.- Responsabilidad ad extra 469

3.6.4.2.- Responsabilidad ad intra 471

VI.- CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* 474

CAPÍTULO CUARTO.- LA CONCLUSIÓN EFECTIVA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LA SEPARACIÓN DE HECHO 481

I.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD 482

1.- LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO 482
2.- EL INTENTO DE ACUERDO COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD 484
2.1.- La acreditación del intento de solución extrajudicial del conflicto como requisito de procedibilidad 484
2.2.- Los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional 486
2.3.- La identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio 487
2.4.- Actuaciones excluidas por su objeto del requisito de procedibilidad 488
2.5.- Principio de autonomía privada en el desarrollo de los medios adecuados de solución de controversias 492
2.6.- La terminación de la negociación 493
2.6.1.- La terminación de la negociación sin acuerdo 493
2.6.2.- La terminación de la negociación con acuerdo 494
2.6.2.1.- La formalización del acuerdo 494
2.6.2.2.- La validez y eficacia del acuerdo 496
2.7.- La acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad 497
2.8.- La relevancia de la actividad negociadora en la condena en costas 497

II.- EL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO 498

1.- LOS ACUERDOS CONYUGALES 499
1.1.- Los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial 499
1.2.- Los acuerdos alcanzados durante la separación de hecho 504
2.- LA CONCILIACIÓN 506
3.- LA MEDIACIÓN 514
4.- EL ARBITRAJE 518
5.- OTROS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 520
5.1.- La realización de oferta vinculante 520
5.2.- La emisión de una opinión por una persona experta independiente 521
5.3.- El proceso de Derecho colaborativo 522

III.- EL ACUERDO EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO 523

1.- LAS SOLICITUDES FORMULADAS DE MUTUO ACUERDO, O POR UN CÓNYUGE CON CONSENTIMIENTO DEL OTRO: LA PROPUESTA DE CONVENIO REGULADOR 523
2.- LA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO ALCANZADO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO 527

IV.- EL EJERCICIO CONTENCIOSO DEL DERECHO 528

1.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1393.3º DEL CÓDIGO CIVIL 529
1.1.- La finalidad del procedimiento previsto en el artículo 1393.3º del Código Civil 529
1.2.- Especialidades procesales 531
1.2.1.- La anotación preventiva de la demanda y la inscripción de la sentencia firme 531
1.2.2.- La práctica del inventario 533
1.2.3.- Las medidas para la administración del caudal 541
2.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO 542
2.1.- La disolución de la sociedad de gananciales como cuestión a resolver en la sentencia sobre nulidad, separación o divorcio 542
2.2.- El ejercicio de la pretensión del artículo 1393.3º del CC en los procedimientos de separación o divorcio. 544

3.- EL POSIBLE EJERCICIO DEL DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO 550

V.- EL CESE EFECTIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO MOTIVO DE EXCEPCIÓN DE FONDO EN EL PROCESO 558

RESULTADOS Y CONCLUSIONES FINALES 562

1.- PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN 563
2.- OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN 563
2.1.- Problemática analizada 563
2.2.- Solución que ofrece el ordenamiento vigente a la problemática analizada 564
2.3.- Valoración crítica de la solución que proporciona el ordenamiento vigente 564
2.4.- Juicio de oportunidad sobre una posible propuesta alternativa 566
3.- CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN 567
Primera 567
Segunda 568
Tercera 570
Cuarta 572
Quinta 573
Sexta 574
Séptima 576
Octava 578
Novena 578
Décima 580
Decimoprimera 582
Decimosegunda 583
Decimotercera 584
Decimocuarta 587
Decimoquinta 589
Decimosexta 593
Decimoséptima 594
Decimoctava 596
Decimonovena 601
Vigésima 602
Vigesimoprimera 604
Vigesimosegunda 605
Vigesimotercera 606
Vigesimocuarta 609
Vigesimoquinta 611
Vigesimosexta 612
Vigesimoséptima 613
4.- PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* 613
5.- CONSIDERACIÓN FINAL 615

BIBLIOGRAFÍA 617

JURISPRUDENCIA 656

LEGISLACIÓN 687

INTRODUCCIÓN

1.- PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

I.- "*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*". Esta regla -que reproduce el artículo 1344 del Código Civil- tiene pleno sentido mientras los esposos comparten su vida en común.

Cesada la convivencia matrimonial con la separación de hecho, es muy extendida la idea de que carece de lógica perpetuar la sociedad de gananciales entre dos personas que ya llevan vidas independientes. Se suele destacar especialmente, en ese contexto, la falta de justificación de seguir atribuyendo carácter ganancial a las retribuciones laborales o profesionales de los cónyuges que ya no conviven. Sin embargo, por razonable que sea esa propuesta, no encuentra rúbrica directa en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico. Al menos, así se viene entiendo.

II.- En el ámbito de la sociedad de gananciales, el legislador ha introducido algunas reglas especiales ante el advenimiento del cese de la convivencia conyugal. Son básicamente las recogidas en los artículos 1368 y 1388 del Código Civil, que se refieren –respectivamente- a la responsabilidad de los bienes comunes frente a las obligaciones asumidas por uno de los cónyuges para la atención de las necesidades de los hijos de la familia y a la posibilidad de conferir la administración de los activos a uno solo de los esposos.

A pesar de lo anterior, suele convenirse en que la separación de hecho no es causa inmediata de disolución de la sociedad ganancial en nuestro Código Civil. El texto sólo atribuye tal efecto a la separación *legal* (artículo 1392.3º) o, en su caso, a una resolución judicial que declare la disolución de la sociedad de ganancias a solicitud de uno de los cónyuges, cuando la separación de hecho se haya prolongado durante más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar (artículo 1393.3º).

Mantener la naturaleza común de los ingresos del trabajo una vez cesada la convivencia entre los cónyuges presenta, en cualquier caso, graves inconvenientes, y genera situaciones de injusticia e inseguridad patrimonial, más allá del posible agravamiento de las diferencias personales que puedan haber determinado la quiebra de su relación.

III.- Consciente de la problemática, la comunidad jurídica ha buscado soluciones en el ordenamiento para superar la rigidez normativa.

El esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia por ofrecer respuestas adecuadas que permitan enervar la continuidad de la comunicación ganancial de los ingresos de los cónyuges desde que cesa su convivencia ha sido notable y fructífero.

Una conocida corriente jurisprudencial iniciada con la STS de 13 de junio de 1986 constituyó un hito en la materia. Tras más de cuarenta años de separación de hecho mutuamente consentida, una viuda reclamaba su derecho a participar en bienes que habían sido adquiridos por el esposo después de la ruptura de la convivencia. La sentencia desestimó la pretensión de la actora, rechazando su propósito de "*obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto".* En su argumentación, la Sala calificaba la conducta de la viuda demandante de *"contraria a la buena fe",* entendiendo que ésta conformaba *"uno de los requisitos del abuso de derecho, complementado por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la conviviente con el marido (...) e incluso al hijo del matrimonio, (...), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo siete, apartado dos, del Código Civil*".

Aunque esta sentencia aplicaba normas propias del Derecho Civil aragonés, su razonamiento influyó con notable inmediatez en la interpretación jurisprudencial de los artículos 1392.3º y 1393.3º del Código Civil. Dos sentencias de la misma Sala, de 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988 recurrían a la misma argumentación para rechazar pretensiones de participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge separado de hecho, sin ninguna colaboración por parte de quien demandaba.

Aquellos primeros pronunciamientos alumbraban una posible doctrina favorable a la atenuación de las consecuencias de la falta de disolución formal de una sociedad ganancial cuyos partícipes, en realidad, habían cesado su convivencia como esposos.

La buena acogida de aquella doctrina se fue haciendo cada vez más patente en la práctica. El Tribunal Supremo -aunque con alguna sentencia en otra línea- fue aplicándola a situaciones cada vez menos palmarias y muchos tribunales de instancia dieron sanción en la práctica a una nueva regla jurídica, conforme a la cual, a solicitud de una parte, la sociedad ganancial podía considerarse suspendida, o incluso disuelta *de facto*, desde el momento en que se acreditara un cese cierto de la vida en común. La jurisprudencia había elaborado lo que denominamos en esta tesis *doctrina de la limitación funcional*, pues en eso consistía el remedio: en limitar funcionalmente la sociedad de gananciales entre los cónyuges durante la separación de hecho.

Mediante dos sentencias de 28 de mayo y 27 de septiembre de 2019, el Tribunal Supremo cambió la orientación de su doctrina sobre esta cuestión. La nueva corriente jurisprudencial advierte de que la aplicación de la doctrina de la limitación funcional debe realizarse como una solución excepcional, solo a supuestos muy puntuales, pues las normas que determinan el momento de la disolución de la sociedad de gananciales no lo hacen coincidir con la mera separación de hecho. Según postula el actual planteamiento jurisprudencial, las reglas generales son las contenidas en los artículos 95, 1392 y 1393 del Código Civil y solo cabrá matizar sus consecuencias en el supuesto de la separación de hecho si las circunstancias del caso lo justifican de manera especialmente acusada.

Claramente, las dos SSTS de 28 de mayo y 27 de septiembre de 2019 han supuesto un giro radical en el que ya casi parecía un entendimiento generalizado de que la separación de hecho anticipaba los efectos de la disolución de la sociedad ganancial. Las sentencias que se han dictado sobre la materia desde ese momento han reiterado la excepcionalidad de la doctrina de la limitación funcional, incluso cuando han accedido a aplicarla.

IV.- Así las cosas, conforme a la jurisprudencia actual debemos entender que la separación de los esposos, salvo en situaciones excepcionales, no afecta a la vigencia de la sociedad de gananciales ni, en principio, tiene más consecuencias sobre su consorcio que las previstas en los artículos 1368 y 1388 del Código Civil, aun sin perjuicio de su derecho a instar la disolución ante la autoridad judicial, o a separar sus bienes otorgando capitulaciones matrimoniales.

Este planteamiento implica aceptar como efecto práctico que, con carácter general, los cónyuges, a pesar de llevar vidas separadas, seguirán sin ser dueños exclusivos de los frutos de su propio trabajo y no podrán adquirir bienes para sí mismos con esos ingresos mientras dure dicha situación. Puede decirse que la sociedad sobrevive a la separación física y a la desafección personal entre quienes en su día la formaron con su matrimonio o con su pacto capitular.

Ese es el problema que se toma como punto de partida de esta investigación y a cuya mejor solución se pretende contribuir modestamente con sus resultados.

V.- Nuestro Código Civil no recoge la mera separación de hecho entre cónyuges como causa de disolución de la sociedad ganancial. Al menos, no lo ha hecho expresamente y ello a pesar de que la cuestión ha concitado comentarios, e incluso debates sobre su conveniencia, que se remontan a la etapa preconstitucional.

En efecto, con ocasión de la que sería la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN[1] ya invitó a reflexionar sobre que "*[t]al vez una de las líneas de la reforma pudiera ser la flexibilización de las causas de disolución de la sociedad. La comunidad de la ganancia tiene sentido ligada con la comunidad de vida. Se ha dicho con razón que el "durante el matrimonio" (...) no es mientras subsiste jurídicamente el vínculo, sino mientras existe vida común o, mejor, trabajo común*". Es conocido que la citada reforma no abordó la cuestión.

Muchos años más tarde, en esta misma línea de razonamiento, el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria volvía sobre la misma recomendación. El documento identificaba abiertamente la "*convivencia entre esposos*" como verdadero "*fundamento de la*

[1] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal", *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pág. 865.

comunicación ganancial" y proponía incluir la separación de hecho acreditada de manera fehaciente como causa de disolución de la sociedad de gananciales.

El fin último de estas propuestas de *lege ferenda* es perfectamente comprensible, en la medida en que servirían para remediar la anomalía sobre la que tratamos y a la que aún se enfrenta el sistema. En este estudio, nos pronunciamos sincera y abiertamente a su favor. Pero quizás el examen de nuestro ordenamiento permite plantear una propuesta más ambiciosa y la apuesta de este trabajo es sostener la viabilidad de esa solución, al menos en la relación interna entre los cónyuges, con las herramientas actuales.

VI.- La tesis que se propone en este trabajo es que la separación de hecho -pactada o asumida por ambos esposos, o incluso impuesta unilateralmente por uno de ellos- es causa de cesación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges. Motivos de legalidad y seguridad jurídica exigirán proteger los derechos de terceros de buena fe de ese efecto que, diremos también, para desbordar el ámbito interno del matrimonio requerirá además el pronunciamiento de una resolución judicial, a instancia de cualquiera de los cónyuges, o el otorgamiento de un pacto capitular con las formalidades requeridas por el ordenamiento que la declare, con su publicidad registral. La quiebra de la convivencia entre cónyuges, en tanto extingue la comunidad de vida, determina también que, a solicitud de cualquiera de ellos, el fin de la comunicación ganancial pueda obtenerse formalmente con efectos retroactivos desde la fecha de inicio de la separación de hecho, mediante la resolución judicial que en su día declare disuelta la sociedad por la causa prevista en el artículo 1393.3º del Código Civil. Este el alcance que, en esta investigación, creemos que cabe atribuir a su artículo 1394.

Estas conclusiones se alcanzan a nuestro juicio como resultado de una ponderada lectura de los antecedentes históricos y del análisis de la evolución normativa de las dos instituciones jurídicas que atraen la atención de la investigación, la separación de hecho y la sociedad de ganancias; de la interpretación acorde a esos antecedentes de los preceptos del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y de la propia teleología de unas normas que, en nuestra respetuosa opinión que creemos compartir con el grueso de la comunidad jurídica, siempre presumieron que la sociedad ganancial se superpone como régimen económico a un matrimonio en el que existe convivencia entre consortes y ambos trabajan para la misma unidad familiar. Podremos comprobar cómo esa solución no es muy disímil de la que ofrecen ordenamientos foráneos próximos al nuestro.

VII.- Con la finalidad de aportar argumentos y fundamentación a esta tesis, se ha dividido el trabajo en cuatro capítulos.

En el primero, se ofrece un análisis histórico sobre el tratamiento en nuestro ordenamiento de la separación de hecho y de la sociedad de gananciales. El estudio se detiene en las principales reformas legales que han afectado a ambas instituciones, y en los condicionamientos de orden jurídico, legal, social y religioso que perfilaron en cada momento el sentido de las normas que las regularon. Ese recorrido concluirá con la

exposición de las normas que rigen en la actualidad la cuestión que da título a la tesis, tanto en Derecho común como en los otros Derechos civiles de ámbito territorial de España, y en otros ordenamientos extranjeros en los que su legislador apuesta también por los regímenes de comunidad. La sección se rubricará con una referencia necesaria a otras aportaciones valiosas sobre la materia, que han venido de la mano de destacadas propuestas académicas para la reforma del Código Civil, trabajos legislativos que no vieron la luz, informes de órganos consultivos y proyectos, aún germinales, elaborados en el ámbito comunitario.

El segundo capítulo del trabajo se dedica al análisis de la doctrina de la limitación funcional creada por la jurisprudencia. Sus aportaciones en esta materia han sido fundamentales y es justo destacar la concienzuda tarea del Tribunal Supremo para enfrentar una problemática resuelta deficientemente por el ordenamiento, y para resolver con justicia y fundamentación técnica situaciones concretas que venían perjudicadas por esa falta de expresa previsión y protección normativa. En esta parte del estudio se distinguirán las distintas expresiones y etapas de ese tratamiento de la jurisprudencia sobre el patrimonio ganancial ante las situaciones de separación de hecho en el matrimonio, y se destacarán sus principales fundamentos y consecuencias.

El trabajo destinará entonces un tercer capítulo al tratamiento actual de la cuestión central que es objeto de la tesis. En ese capítulo, se expondrán las principales corrientes doctrinales de interpretación de la problemática con un examen crítico. Tras ese ejercicio, se ofrecerá la propuesta de solución que surge de nuestro estudio. Como se verá, dedicamos un apartado específico al estudio de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil, explicando los razonamientos que nos llevan a entenderlos como dos normas que permiten al cónyuge casado en gananciales separado de hecho obtener una resolución judicial que, por una parte, extinguirá la sociedad de gananciales y, por otra, podrá recomponer la situación patrimonial que existía al romperse la convivencia, a efectos liquidatorios. Abordamos después una cuestión complicada, pero requerida de atención y, quizás, la que menos consenso ha recabado por quienes han estudiado la materia; se trata de analizar la situación jurídico-patrimonial en la que quedan los esposos durante la separación de hecho. La tesis más propagada ha sido, lógicamente, la de entender que, hasta la disolución de la sociedad de gananciales, los cónyuges siguen vinculados por la misma, sin perjuicio de poder pactar o instar en juicio su extinción y de recurrir al remedio del artículo 1388 del Código para los problemas de gestión del consorcio. En esto, hemos sido conscientemente aventurados y, sabedores de la crítica que habrá de recibir nuestra propuesta de construcción jurídica, defendemos que, a partir del artículo 1344 del Código Civil, cabe una intelección alternativa del Código que permitiría entender que la separación de hecho determina, *ad intra*, la disolución de la sociedad de gananciales, iniciando un régimen interino de separación de bienes entre los cónyuges. El final del capítulo lo dedicamos a nuestra propuesta de *lege ferenda* para el mejor tratamiento del problema.

La tesis incorpora un cuarto capítulo dedicado al principio dispositivo al que queda sujeta la materia estudiada. Se analizan los principales instrumentos extrajudiciales y

judiciales que el ordenamiento jurídico español pone a disposición de los cónyuges. También se examina la incidencia de la trascendente reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Se tratan, en definitiva, algunas cuestiones procesales relevantes en la materia que, a fecha de hoy, siguen siendo objeto de viva controversia. Es especialmente importante a nuestro juicio destacar que, cuando la disolución de la sociedad de gananciales deba declararse en el ámbito del juicio de separación o divorcio, el cónyuge que pretenda hacer valer la separación de hecho como evento determinante de la disolución de la sociedad ganancial previa a ese momento habrá de instarlo en ese procedimiento de forma expresa. En nuestra opinión, esta solución dota al sistema de una mayor seguridad jurídica y se ajusta mejor a la normativa que la de diferirla, sin necesidad de alegación previa, hasta el momento de liquidar la sociedad.

El trabajo concluye con la exposición de sus principales conclusiones, que en buena parte hemos avanzado ya. Obviamente, la naturaleza del estudio exige hacer referencia a las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales y normativas utilizadas, que también se incorporan en sus correspondientes índices.

2.- OBJETIVOS

Hemos dicho que el punto de partida de la investigación se encuentra en la problemática que plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, la continuidad de la sociedad de gananciales entre cónyuges que se hallan separados de hecho. El objetivo del trabajo que se realiza es, asumiendo su modestia, contribuir a reavivar el debate sobre la materia e intentar coadyuvar a su mejor solución.

El primer objetivo del trabajo es exponer cuál es el origen de la problemática que analizamos, cuáles han sido los problemas que ha enfrentado la comunidad jurídica para su solución a lo largo de nuestra historia y cuál es el escenario actual en el que debe evaluarse el problema y tratar de encontrarle una adecuada solución.

A lo largo de este trabajo deberá verificarse cómo la problemática que justifica la investigación aún existe y es relevante. Pretende justificarse también la insuficiencia de los remedios actuales que se proponen para solucionar todos los aspectos que derivan de la cuestión.

Interesa conocer si el problema que es objeto de estudio se produce también en otros ordenamientos jurídicos. En tal caso, habrá de verificarse si el legislador que dispone las normas en cada uno de aquellos sistemas ha propuesto soluciones y, de ser así, en qué han consistido.

La Ley dispone unas normas con las que resolver los conflictos jurídicos y permite al jurista recurrir a distintos instrumentos de hermenéutica para entenderlas y aplicarlas, lo que lleva, con cierta habitualidad, al concurso de interpretaciones diferentes. Desde esa perspectiva, este trabajo también pretende apoyar la propuesta doctrinal que sostiene que, a partir del artículo 1394 del Código Civil, la autoridad judicial puede retrotraer al

momento inicial de la separación de hecho entre los cónyuges los efectos *ad intra* de la disolución de su sociedad de gananciales, respetando los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Esta tesis se plantea también un propósito quizás ambicioso. Creemos posible realizar una lectura de los preceptos del Código Civil que regulan la sociedad de gananciales a partir de un entendimiento alternativo de su artículo 1344. El objetivo es proporcionar una posible solución de *lege data* a la intrincada cuestión de la pervivencia plena de la sociedad de gananciales en los matrimonios que han puesto fin a su vida común.

El trabajo aspira también a ordenar sistemáticamente las diferentes maneras en que los cónyuges separados de hecho pueden llevar a efecto el derecho a disolver su sociedad de gananciales obteniendo los efectos de su cese desde el inicio de la ruptura de la convivencia. Ese análisis se quiere enriquecer con el tratamiento y posible solución de las cuestiones procesales que suelen resultar más controvertidas en la materia.

Finalmente, el estudio quiere contribuir con unas propuestas de *lege ferenda* ante lo que pudiera ser una futura reforma de nuestro ordenamiento jurídico en la materia que se estudia.

3.- METODOLOGÍA

La investigación que desarrolla este trabajo es, en lo principal, correlacional y propositiva.

El primero de dichos aspectos se advierte ya en el propio título de la obra ("*La separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales*"), en el que cobran debido protagonismo los dos elementos nucleares (separación de hecho y sociedad ganancial) sobre los que pivota el desarrollo del estudio.

Ciertamente, el aspecto correlacional del estudio también se vislumbra de forma muy acusada en el texto desde su primer capítulo. En éste, la tesis emplea un método de análisis-síntesis sobre los dos referidos elementos principales que contiene el objeto de la investigación. Así, se ha optado por iniciar el trabajo dedicando un esfuerzo específico a estudiar la evolución del tratamiento de la separación de hecho en nuestro ordenamiento jurídico y, por otra parte, la de las causas de disolución de la sociedad de gananciales. Tanto el estudio de derecho comparado como la exposición de los trabajos legislativos y propuestas doctrinales que se incluyen ahí se elaboran también atendiendo a la interacción de los dos elementos. En el capítulo segundo también se revela esta realidad, al estudiarse cómo ha entendido la jurisprudencia la interacción de la separación de hecho en el funcionamiento de la sociedad de gananciales, desde la etapa anterior al Código Civil hasta hoy. El capítulo tercero revela la misma metodología. Pueden verse ahí las diferentes líneas interpretativas que se han realizado en torno al

binomio “separación de hecho - sociedad de gananciales”, así como nuestras propuestas de interpretación de las normas que regulan la correlación entre ambos elementos.

La aspiración propositiva de la investigación se materializa principalmente en dos aspectos. El primero de ellos consiste en una propuesta de interpretación de los artículos 1394 y 1344 del Código Civil, a la que se dedica en particular el capítulo tercero de la obra. El segundo lo constituye el esbozo de las modificaciones normativas que sugerimos considerar en cualquier proceso de reforma que se adopte sobre la materia analizada.

Con todo lo anterior, la investigación que se presenta al lector aglutina algún elemento proyectivo. Aunque la predicción del tratamiento que recibirá la materia estudiada en el futuro no es, desde luego, la finalidad de esta tesis, el análisis de la evolución de las dos figuras que, a modo de fanal, le sirven de guía, lleva a que la obra, en aspectos relevantes de la misma -como el estudio de la jurisprudencia o el análisis de los trabajos doctrinales y legislativos realizados hasta la fecha-, ofrezca algunas apreciaciones de prognosis. Creemos, en cualquier caso, que tanto la propuesta interpretativa de la Ley vigente que se defiende en la investigación, como las posibles reformas de *lege ferenda* que se plantean, avanzan hacia lo que consideramos la solución más adecuada y lógica a la problemática que se trata de resolver, atendiendo a su desarrollo histórico.

La obra se ha desarrollado y alcanza sus resultados aplicando diversas metodologías propias de los trabajos de investigación jurídica. Principalmente, se recurre a los métodos “histórico-lógico”, de “análisis-síntesis”, de “abstracción-concreción”, “inductivo-deductivo”, “sistémico-estructural-funcional”, de “derecho comparado” y de “análisis de contenido”[2]. Cada uno de los métodos empleados enriquece el conjunto de la investigación. De hecho, en el desarrollo del trabajo se recurre reiteradamente a su aplicación híbrida.

Aun brevemente, cabe precisar algunas notas sobre cómo se ha procedido a la aplicación de esos métodos en la investigación y cuál ha sido su influencia en el resultado final.

El método “histórico-lógico” se utiliza en todos los capítulos de la obra. Es en el primer capítulo, no obstante, donde la investigación se remonta a etapas más remotas, con el objeto de seguir desde su origen la ilación de las normas que han regulado la interacción entre la convivencia (y su ruptura) y el consorcio matrimonial, y el sentido de su regulación y de sus cambios. La visión histórica que pretende la investigación “*no*

[2] GUANOLUISA ALMACHE, Francisco Alejo; BOSQUEZ REMACHE, Javier Darío; ESPARZA PIJAL, Sheila Belén; y BENAVIDES SALAZAR, Cristian Fernando: *Apuntes sobre los métodos de investigación y técnicas de recolección de datos utilizadas en la investigación jurídica*. (*Bibliotecas. Anales de Investigación*, Volumen 19, Número 3, 2, 2023). Septiembre-diciembre de 2023. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9285926 (fecha de consulta: 23 de marzo de 2025). Las citas literales que realizaremos de seguido en el texto principal respecto de cada uno de los métodos se extraen de este trabajo.

se concibe simplemente como una sucesión de eventos, sino como no se concibe simplemente como una sucesión de eventos, sino como una evolución dialéctica en la que se pueden observar y explicar las rupturas, los saltos y los cambios de dirección en el desarrollo"[3].

Conforme al método de "análisis-síntesis", el objeto de estudio se descompone continuamente en sus dos elementos constitutivos (análisis) para luego reconstruirlo mediante su integración (síntesis). De este modo se reflexiona sobre las interacciones intrínsecas entre las partes y en su resultado. "*integrar los componentes del objeto para lograr una comprensión holística. Este proceso iterativo de descomposición-examen-reconstrucción-visualización de interconexiones proporciona una nueva perspectiva del objeto, crucial para su estudio en profundidad*".

Acerca del método de "abstracción-concreción", al igual de lo que se realiza con el método anterior, en la investigación se recurre a la abstracción -para aislar- y a la concreción -para unir- los elementos que componen el conjunto estudiado de los entornos socioeconómicos, políticos, religiosos y culturales que han influido en las normas rectoras de su interacción a lo largo de la historia de nuestro Derecho. Esto permite realizar un análisis coherente del problema que nos ocupa en el marco concreto del ordenamiento jurídico actual y valorar de forma adecuada los intereses a proteger mediante las propuestas que se realizan.

El estudio recurre también al método "inductivo-deductivo". Se ha dicho que "*el razonamiento inductivo posibilita la construcción de teoremas a partir de situaciones particulares y casos concretos, así como la identificación de regularidades, generalizaciones y conclusiones. En contraste, el razonamiento deductivo facilita la inferencia desde lo general hacia lo específico, permitiendo el abordaje de lo desconocido basándose en lo conocido y la formulación de conclusiones desde principios generales y consistentes. En última instancia, la combinación y la aplicación de estos enfoques en la ciencia jurídica nutren una comprensión más completa y precisa de las complejidades y las conexiones que conforman el sistema legal y sus interacciones con la sociedad*"[4]. En nuestro caso, el principal intento institucional de poner solución a los problemas que genera la ruptura de la convivencia en las parejas casadas bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales ha venido de la mano de la jurisprudencia. Como veremos, el Tribunal Supremo ha elaborado la *doctrina de la limitación funcional* a partir de la solución jurídica que dio a un conflicto concreto, resuelto en la STS de 13 de junio de 1986. En particular, la proyección de esa tesis sobre controversias similares y su posible interpretación expansiva o restrictiva exige recurrir a este análisis.

[3] GUANOLUISA ALMACHE, Francisco Alejo y otros: op. cit., pág. 6.

[4] GUANOLUISA ALMACHE, Francisco Alejo y otros: op. cit., pág. 7.

Nuestra investigación exige integrar una respuesta lógica y adecuada a la problemática que se analiza en el marco de un sistema jurídico definido, cuyo elemento central debe ser, por su objeto, la sociedad de gananciales. Desde esta perspectiva, la aplicación del método "sistémico-estructural-funcional", es "*particularmente pertinente en estudios donde el objeto de análisis forma parte de un sistema más amplio*"[5]. Las propuestas de esta investigación han tenido especialmente que el carácter consustancial de la convivencia y colaboración entre esposos en la sociedad de gananciales, conclusión a la que se llega a través del estudio de las fuentes estudiadas.

El método del estudio del "Derecho comparado" también sedimenta esta investigación, con las aportaciones que se exponen en su primer capítulo.

Huelga incidir quizás en la relevancia que también concede este estudio a las normas rectoras de la hermenéutica normativa, como son los artículos 3.1 y 3.2 del Código Civil, o el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La rúbrica de este apartado exige realizar una referencia final a las fuentes analizadas para la realización del estudio, que se han recopilado para aportar a la investigación los resultados de la metodología de "análisis de contenido". La investigación se realiza sobre una materia que ofrece un amplio espacio de reflexión, que es resultado del propio disenso existente entre los estudios y propuestas realizados para su tratamiento hasta la fecha. La investigación exige estudiar esa bibliografía para entender el alcance de la problemática analizada y de su debate. A partir de ahí se han aplicado los métodos de investigación ya referidos para descomponer el estudio en los elementos que exigían un análisis de cierta profundidad y proceder nuevamente a su conjugación, todo ello mediante el estudio de los materiales (obras doctrinales y fuentes legales, repertorios de jurisprudencia y obras históricas, tanto nacionales como supranacionales y extranjeras) que el lector encontrará relacionados en los correspondientes índices bibliográfico, jurisprudencial y normativo que se incluyen como cierre del trabajo.

Merece destacarse la amplitud de normas del ordenamiento jurídico que se han analizado en nuestro estudio, muchas de ellas que pertenecientes a ámbitos jurídicos que trascienden del Derecho civil. Este esfuerzo era necesario para comprobar la preocupación del legislador sobre el impacto del fenómeno de la separación de hecho desde una perspectiva completa.

El estudio también ha incorporado puntualmente algunos materiales de estadística. Su inclusión responde a la necesidad de conocer y justificar afirmaciones que se realizan sobre aspectos como la esperanza de vida entre cónyuges, el cambio de la realidad económica de los matrimonios en España a lo largo de la historia, o el impacto cuantitativo de las situaciones de separación de hecho en la sociedad española. Por último, la obra incorpora, aunque en mucha menor medida, otros materiales de

[5] GUANOLUISA ALMACHE, Francisco Alejo y otros: op. cit., pág. 7.

contenido no jurídico, como noticias de prensa relacionadas con las materias analizadas o incluso algún panfleto de sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA INCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

I.- LA SEPARACIÓN DE HECHO: EVOLUCIÓN DE SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.- APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1.- El matrimonio como relación de convivencia

El matrimonio es una institución reconocida y amparada por el ordenamiento español[6]. Las principales normas que garantizan su existencia, el derecho a contraerlo y su propia tutela como realidad diferente a la propia familia no facilitan su definición. Sin embargo, existe una noción jurídica de lo que puede admitirse como matrimonio, en la que cooperación y convivencia entre esposos se presentan como elementos nucleares.

La STC de 6 de noviembre de 2012 resolvió un recurso de inconstitucionalidad promovido contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el

[6] La protección del matrimonio se garantiza en el artículo 32 de la Constitución española. El precepto establece, en primer lugar, que "*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*", y, tras ello, que "*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*". La protección del matrimonio queda garantizada también en diversos tratados internacionales suscritos por el Reino de España, que suelen concebirlo como objeto de amparo junto a la institución de la familia. En este sentido cabe referirse al artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 ("*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*"); al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 15 de diciembre de 1966 ("*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos*"), o al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 ("*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil*").

Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio[7]. La cuestión sometida a su escrutinio era básicamente la de decidir si autorizar su celebración entre dos personas del mismo sexo tenía cabida en nuestro sistema constitucional.

El Tribunal Constitucional recordó entonces que el artículo 32 de la Constitución otorga al matrimonio un doble contenido, pues lo contempla como "*un derecho constitucional*" y, simultáneamente, como una "*garantía institucional*". Según la sentencia de referencia, la garantía institucional *"no asegura un contenido concreto (…), sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*". Así, el tribunal reconocía expresamente un amplio margen al legislador ordinario para definir el contenido del matrimonio, con el límite de preservarlo en términos reconocibles, respetando de este modo su reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza.

Este exordio llevaba al tribunal a pronunciarse sobre si, tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantenía en términos perfectamente reconocibles para la imagen que tenía de ella la sociedad española del momento. Definió entonces el Tribunal Constitucional el matrimonio como una "*comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento"*. Así –indicaba la sentencia- "*la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador*".

Esta definición de matrimonio, que se facilitaba en el contexto de una sentencia que debía responder con concreción al cuestionamiento del matrimonio homosexual, incorporaba algunos elementos característicos de una relación cooperativa y de naturaleza convivencial. En este sentido, se aludió a la "*ayuda mutua*", al hecho de "*unirse en un proyecto de vida común*", o al "*consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución",* lo que implicaba el necesario deber de vivir juntos y socorrerse[8] de los contrayentes, así como el de ayudarse mutuamente[9].

[7] El núcleo del recurso lo constituyó, en realidad, como precisa la propia sentencia, el primer apartado del artículo único de la Ley, que añadió un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, en virtud del cual "*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*".

[8] Este deber se encuentra sancionado legalmente en el artículo 68 del CC. El Código Civil complementa el deber de convivencia conyugal con dos reglas. La primera de ellas, prevista en el artículo 69, es la presunción de convivencia. La segunda, contenida en su artículo 70, es la fijación por acuerdo de los

Desde la perspectiva constitucional del matrimonio, parece que la convivencia y la cooperación identifican la relación entre esposos[10]. Así se había entendido también en la literatura jurídica española más clásica, que fue muy expresiva al valorar el carácter fundamental de los preceptos que exigían a los cónyuges su cohabitación[11]. Aún hoy, la doctrina continúa atribuyendo relevancia al deber de convivencia en el matrimonio, que algunos califican como "*el más elemental*" [12], o como deber conyugal "*por excelencia*"[13], por más que se reconozca que no está sujeto a sanción o coerción[14]. La convivencia es el modo natural de la relación entre dos cónyuges unidos en matrimonio, entendiéndose por alguna doctrina que, en el consentimiento para contraer el

---

cónyuges o, en su defecto, por resolución judicial dictada "*en interés de la familia*", del que será el domicilio conyugal.

[9] Artículo 67 del Código Civil.

[10] La nota de convivencia que caracteriza la relación típica de matrimonio ha sido también destacada por la jurisprudencia ordinaria al referirse a las uniones de hecho. POSADA FERNÁNDEZ, María Teresa: *Ruptura de la pareja de hecho: la influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los deberes y derechos de los convivientes*, Tesis doctoral, Directora de Tesis: SOLÉ RESINA, Judith, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018, pág. 162, ha destacado que la STS de 18 de mayo de 1992 fijó por primera vez los requisitos que debía cumplir una convivencia estable "*para ser asimilada a la conyugal*". En este sentido, se exigía que "*la convivencia "more uxorio" ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*". De ahí se infieren las notas que caracterizan la convivencia entre cónyuges dentro del matrimonio. Asimismo, cabe destacar con OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: "La capacidad y la simulación en el matrimonio", *Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pág.12, que la convivencia, junto a otros elementos como los hijos comunes y embarazos, son circunstancias que "*determinan la imposibilidad de acreditar la ausencia de consentimiento matrimonial, puesto que suponen la existencia de comportamientos propios de la institución*".

[11] Así, FALCÓN, Modesto: *Código Civil español*, Tomo I, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1888, pág. 91, o NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*, Juan Vidal Editor, Madrid, 1880, págs. 76-77.

[12] SERNA MEROÑO, Encarna: "Comentario a los artículos 66 a 69 del Código Civil", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2009, pág. 445.

[13] En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, VVAA, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1984, pág.334, o RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "Los deberes conyugales", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 14-15, 1996-1997, pág. 279.

[14] Por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 1959 incide en su carácter "*marcadamente ético*" porque "*se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes*".

En cuanto a su inexigibilidad coercitiva pueden leerse también, por ejemplo, GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *¿Hay deberes matrimoniales?* 11 de julio de 2015. Disponible en: https://almacendederecho.org/hay-deberes-matrimoniales (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024); SERNA MEROÑO, Encarna: op. cit., pág. 444; o BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 106, quien no obstante matiza que, en su opinión, los cónyuges puedan pactar la indemnización por incumplimiento de los deberes personales del matrimonio en caso de que produzcan daño.

matrimonio, se manifiesta una voluntad de los esposos a compartir una relación de mutua convivencia[15].

La doctrina ha subrayado también cómo, en algunos sistemas jurídicos, el cumplimiento de la conducta convivencial exigible entre esposos ha sido determinante de la propia permanencia del matrimonio y su quiebra implicaba su desaparición. En este sentido, MIQUEL explica cómo a finales del siglo XIX se puso en tela de juicio la concepción hasta entonces dominante del matrimonio romano. Hasta ese momento, el estudio sobre el consentimiento en el matrimonio romano se había centrado en su expresión inicial. Según la nueva tesis, el matrimonio en Roma se habría caracterizado en realidad por un "*consentimiento duradero, expresado, por tanto, no con el término consensus, sino con el término affectio maritalis*"[16]. Así, en el matrimonio romano "*la convivencia no sería un elemento decisivo, sino tan sólo el consentimiento, concebido como consentimiento duradero*", llamado *affectio maritalis*. El reflejo de permanencia de esa *affectio maritalis* se expresaba en el modo de tratarse los cónyuges, tanto entre sí como ante la sociedad, conocido como *honor matrimonii*. La mujer conservaba así la posición social del marido y la dignidad de esposa[17]. Tal comportamiento -propio e identificativo de la condición de esposos- era exigible incluso si los cónyuges se encontraban separados[18]. El matrimonio -en su concepción *in facto ese*- determinaba la voluntad de hombre y mujer de constituir un *consortium omnis vitae*, una suerte común

[15] Como ha indicado PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pág. 19, refiriéndose al matrimonio en el actual marco constitucional: "*Quizá la manifestación más singular de esta relación es la convivencia, que expresa la voluntad de las partes de compartir su vida, y a la que quedan anudadas el resto de las conductas que asumen los convivientes*".

Para DE LA HERA, Alberto: "La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 8, 1992, págs. 41-42, "*[e]l libre desarrollo de la personalidad –mencionado expresamente en el artículo 10 de la Constitución- supone en el negocio matrimonial una situación de desarrollo no sólo paralelo, sino confundido o, mejor, fundido entre sí, de dos personalidades. (...) a la elección personal que una parte hace de la otra se la puede llamar elección matrimonial si ambas partes, a) pueden establecer una vida en común (...) ; b) consienten en establecerla; c) y por tanto unen sus vidas in facto esse para la consecución de ese desarrollo en común*".

[16] MIQUEL, Juan: "*Consortium omnnis vitae*, una reflexión sobre derecho matrimonial comparado", *Anales de la Facultad de Derecho*, Número 20, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2003, pág. 89.

[17] ÁLVAREZ, Mirta Beatriz y SCONDA, Mariana Verónica: "El matrimonio romano: definición elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la Ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos Actuales", *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid, 2021, pág. 623, afirman en este sentido que "*el elemento intencional y ético de la affectio maritalis, se demostraba mediante las declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos, pero más que nada por medio de su manifestación exterior, o sea, el honor matrimonii, que era el modo de tratarse, en todas las formas, como en la sociedad se debían tratar dos cónyuges, conservando la mujer la posición social del marido y la dignidad de esposa*".

[18] MIQUEL, Juan: op. cit., pág. 90.

de toda la vida, es decir, de todas sus cosas, tanto prósperas como adversas[19]. Una vez dejaba de estar presente ese consentimiento duradero, el matrimonio llegaba a su fin[20].

Nuestro ordenamiento no sigue ese modelo. Aquí, el matrimonio, como vínculo jurídico, subsiste entre los esposos a pesar de la quiebra de sus relaciones personales, afectivas y patrimoniales. El estado civil no muta con la sola actitud que mantengan entre sí quienes constan como casados ante la autoridad. La Ley determina cómo y cuándo se extingue el matrimonio y éste solo se disuelve por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los esposos, o por su divorcio[21]. Por ello, se ha apuntado con rigor que "*la convivencia no es imprescindible para que exista matrimonio"* y que su ausencia entre los esposos *"no pone fin por sí misma al vínculo conyugal"*, por lo cual, en consecuencia, un matrimonio en el que no exista convivencia *"será un matrimonio relajado, en crisis o fracasado, pero matrimonio al fin y al cabo*"[22].

1.2.- Noción y elementos de la separación de hecho

Cuando existe un vínculo matrimonial entre dos personas sin relación de convivencia, o ésta se produce de un modo distinto al que caracteriza la sinergia conyugal, se produce la *separación de hecho*.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ[23] facilita un material extenso sobre doctrina publicada durante el periodo inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de

[19] MIQUEL, Juan: op. cit., pág. 93.

[20] MIQUEL, Juan: op. cit., pág. 89. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, Antonio: "Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el Derecho español y comparado desde su origen con el derecho romano", *Anuario de la Facultad de Derecho,* Universidad de Extremadura, Número 22, 2004, pág. 208. Incide en la misma idea SOUTO PAZ, Jose Antonio: "Matrimonio y experiencia jurídica", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 1, 1985, pág. 381, al explicar que "*el matrimonio romano es un hecho social que se manifiesta en la convivencia o unión de hecho con intención marital, es decir, con voluntad o consentimiento, constante y continuado, de vivir en matrimonio, de tal manera que cuando cesa este consentimiento se interrumpe la relación matrimonial*".

[21] Así lo determina el artículo 85 del Código Civil, siendo procedente subrayar en este contexto que el artículo 32 de la Constitución española sanciona que la ley regulará las causas de disolución del matrimonio y sus efectos.

[22] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: op. cit., pág. 280.

[23] HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: *La separación de hecho matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981, págs. 18-22.

Según el texto que citamos, ROYO MARTÍNEZ explicaba entonces que la separación de hecho consistía en "*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*"; ZANÓN MASDEU, que se trataba de "*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*"; CÁMARA, que había separación de hecho "*cuando ambos cónyuges convienen 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*"; OGÁYAR, que era "*el*

julio, del que se desprende la noción de la separación de hecho que se compartía entonces entre los autores patrios.

En aquel contexto doctrinal, la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Tanto la separación como el divorcio se introdujeron como medidas para solucionar las crisis matrimoniales. El *cese efectivo de la convivencia* conyugal se identificó como una expresión sinónima de la *separación de hecho*[24] y constituyó presupuesto habilitante de ambos remedios[25]. Aun así, el legislador tampoco definió entonces el concepto, aunque sí facilitó unas pautas relevantes de

---

alejamiento voluntario y consentido de los esposos, con el propósito de extinguir la convivencia"; FAUS ESTEVE, que se trataba del "*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*"; VARELA DE LIMIA la entendía 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*"; PÉREZ SERRANO la definió -cerrando con la suya esta relación de citas- como 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*".

[24] Por ejemplo, LACRUZ BERDEJO, Jose Luis; SANCHO REBULLIDA Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Volumen I, Barcelona, 1990, págs. 199-200.

[25] El cese efectivo de la convivencia era causa de separación cuando se produjera durante seis meses, libremente consentido (artículo 82.5ª); o durante el plazo de tres años (artículo 82.6ª). La Ley también previó como causas de separación algunas de las situaciones de cese efectivo de convivencia conyugal contempladas como causales de divorcio, en concreto cuando ésta se hubiera producido durante dos años desde la separación de hecho consentida, o de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges; o cuando, al iniciarse la separación de hecho, el otro cónyuge estuviese incurso en causa de separación; también, en definitiva, cuando el cese se hubiera verificado durante cinco años, sin el concurso de ninguna otra circunstancia (artículo 82.7ª).

El cese, por otra parte, era reconocido como causa de divorcio cuando se hubiera perpetuado durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio (artículo 86.1ª); durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia (artículo 86.2ª); durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consintiera libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos; o durante al menos dos años ininterrumpidos cuando quien pidiere el divorcio acreditara que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación (artículo 86.3ª); o durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges (artículo 86.4ª).

De este modo, como hacen ver GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: "Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)", *Anuario de Derecho Civil*, 2014, pág. 847, el nuevo sistema que introducía la Ley para autorizar la separación judicial y el divorcio pasaba a fundamentarse "*en la ruptura de la vida conyugal cuando era razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla*".

interpretación auténtica, al precisar que dicho cese era compatible "*con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos*", así como que la interrupción de la convivencia "*no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*"[26].

Del compendio de definiciones recopilado por la autora en el período anterior a la reforma y de ese entonces novedoso entorno legal, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ[27] concluía que cabía referirse a la separación de hecho como una situación de "*interrupción indefinida de la vida conyugal*", que se caracterizaba por la concurrencia de los siguientes requisitos:

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[28].

La definición de la figura en términos similares ha seguido siendo aceptada por doctrina posterior. Por ejemplo, LACRUZ BERDEJO[29] describe la separación de hecho explicando que "*se contrapone a la separación judicialmente establecida y supone la intención de hacer cesar, por decisión unilateral o por acuerdo bilateral de los esposos, la convivencia conyugal de manera definitiva o, al menos, indefinida y de modo no transitorio o circunstancial*". Para BLASCO GASCÓ[30], la separación de hecho "*supone la cesación o cese de la convivencia al margen de los trámites y formalidades legalmente previstos. Esta situación puede obedecer a un previo acuerdo de los cónyuges que deciden poner fin a su convivencia (se trata de la separación de hecho convencional); también puede ser el resultado de la imposición unilateral de uno de los cónyuges, consentida o no por el otro (separación de hecho unilateral), pero en cualquier caso, con contravención del deber de convivencia, salvo en el supuesto del art. 105 CC*". En definitiva, la separación de hecho en un matrimonio se produce con la

[26] Así lo dispuso expresamente el artículo 87.2 conforme a la redacción que le dio la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sobre ello, también RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: op. cit., pág. 281. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 136, han precisado que los cónyuges "*pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino, a lo más común, como un medio de concluir con el matrimonio: no para permanecer en él*".

[27] HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: op. cit., págs. 21-22.

[28] Añadía la autora, op. cit. pág. 22, sobre este requisito: "*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*".

[29] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 200.

[30] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: op. cit., pág. 279.

ruptura indefinida de la convivencia, ayuda y socorro mutuo entre los esposos, por imposición de uno de ellos o por acuerdo de ambos.

En cuanto al contenido de la figura, la doctrina distingue en ella dos dimensiones. En este sentido se dijo, por ejemplo, que las causales basadas en el cese efectivo de la convivencia conyugal exigían "*la ruptura de la cohabitación física de los esposos"* y, como elemento adicional, *"la ruptura del amor conyugal, con la consiguiente quiebra para la afectividad marital*"[31]. Algunos autores incidieron en mayor medida en este último plano, subjetivo o intencional, al exponer que la separación de hecho "*supone la intención de hacer cesar"*[32], por decisión unilateral o por acuerdo bilateral de los esposos, la convivencia conyugal de manera definitiva o, al menos, indefinida y de modo no transitorio o circunstancial. Incidía también en ese elemento volitivo la STS de 25 de noviembre de 1985, al describir de manera muy gráfica que la convivencia conyugal es manifestación de la comunidad de vida, y que ésta puede ser inexistente a pesar de que marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, pues "*lo que da color*" a tal situación es el "*cumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio*".

Con todo, al tratar de definir en qué consiste la separación de hecho, nos hallamos ante un concepto jurídico que la ley sigue sin ofrecer pero que exige concreción jurídica, por tratarse de un elemento que –como veremos después- integra el presupuesto de hecho de numerosas normas.

En nuestra opinión, en el actual contexto normativo no es sencillo acuñar un concepto de separación de hecho más preciso que el ya reconocido entre la comunidad jurídica[33]. Aun con ello, sí creemos que, al menos en el ámbito del Derecho español,

---

[31] ROMERO COLOMA, Aurelia María: "Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español: Análisis y valoración crítica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 655, Noviembre-Diciembre, 1999, pág. 2433. En opinión de RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: op. cit., pág. 283, "*[t]ampoco es efectiva la convivencia cuando las personas se relacionan, pero no lo hacen como cónyuges, sino en otro sentido distinto. Algunas sentencias han dado lugar a la separación matrimonial porque uno de los cónyuges probó que el otro le trataba exclusivamente como un empleado doméstico. La misma conclusión podría extraerse cuando uno de los cónyuges considera al otro como una mera fuente de ingresos. En estos dos casos se produce también una falta de respeto conyugal*".

[32] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., págs. 199-201, precisan que lo fundamental para la separación de hecho *"es el animus; el corpus –distanciamiento residencial- será normalmente expresión de aquel* (…)".

[33] Algún autor se ha cuestionado si, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, cabe mantener el concepto de separación de hecho. Se lo pregunta y responde MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: "La problemática separación de hecho conyugal", *El Notario del Siglo XXI*, Número 5, Enero-Febrero 2006. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3135-la-problematica-separacion-de-hecho-conyugal-0-2170238031232951 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), en estos términos: "*¿Alguien puede definir inequívocamente qué requisitos deben darse para poder hablar de una separación de hecho? Se trata, como ha señalado la doctrina, de un concepto jurídico indeterminado. Para intentar determinarlo algo, uno no puede sino lamentar que la misma Ley 15/2005, por la vía de dejar sin contenido los Arts. 82 y 87 y de reducir el del art. 86 de tal Código, haya eliminado toda referencia al "cese efectivo de la convivencia conyugal" (cecc), concepto éste relativamente diáfano que guardaba y guarda semejanza con el concepto de la separación de hecho. Obsérvese lo que, con pleno acierto, decía hasta hace poco el art. 87 del Código. Su párrafo 2º señalaba que "la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o*

procede identificar la figura y ponderar los elementos que la integran desde la perspectiva clarificadora que ofrece su evolución en nuestro ordenamiento.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, apostó por un sistema de divorcio principalmente causal. Su funcionamiento pivotaba principalmente en torno al evento del cese efectivo de la convivencia. Este presupuesto, acompañado de otras circunstancias, determinaba que, con el transcurso de unos plazos establecidos por la ley, los cónyuges pudieran instar su separación[34] y divorcio.

El actual sistema, introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, implica otra concepción de la separación y el divorcio. Cumplidos los tres meses desde la celebración del matrimonio, cualquiera de los cónyuges puede instar la separación legal, o incluso el divorcio, sin alegación de causa. La reforma apostó así por un nuevo modelo, en el que -según expresión literal de su exposición de motivos- el ejercicio del "*derecho a no continuar casado*" no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues "*la causa*" determinante no es más que el fin de esa

---

cualesquiera otros de naturaleza análoga", lo cual sigue siendo perfectamente predicable de la separación de hecho, pues lo decisivo es no tanto el "corpus" –el vivir en distintos sitios- como el "animus" –el no querer vivir juntos-. Y esto se aprecia aún más paladinamente en el párrafo 1º del mismo artículo, según el cual el cecc "es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en 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 correspondiente". A la vista de los prohibitivos precios de la vivienda que sufrimos todos hoy más que ayer, es evidente la conveniencia de seguir entendiendo que se da la citada compatibilidad. Pero en algo parece haber cambiado el concepto de la separación de hecho de 1981 a esta parte. Entonces, el citado art. 45 exigía que la separación de hecho fuese "de mutuo acuerdo": le preocupaba entonces al legislador que pudiese uno de los cónyuges imponer al otro la separación de hecho, en coherencia con lo que pasaba con la separación judicial y para el divorcio, que no podía ser un "trágala" de un esposo sobre su consorte y, menos todavía, del cónyuge culpable –p.ej., el adúltero- sobre el inocente (a menos que hubiese mediado cierto tiempo de cecc). Hoy, por contra, por cruel que parezca, un casado puede abandonar al consorte, tras haberle maltratado con violencia y, a más inri, ser el primero quien pida con éxito la separación legal o el divorcio para suspender o disolver el vínculo con la víctima, aunque ésta no lo desee. Con mayor razón, podrá, por tanto, actualmente, un cónyuge imponerle al otro la mera separación de hecho, de efectos menores. Quizás ello explique la supresión de la antañona exigencia del "mutuo acuerdo" para la separación de hecho".

En cuanto a la supresión del párrafo segundo del artículo 87 del Código, lo dispuesto en el derogado artículo 87.2 CC, autoras como ATIENZA NAVARRO, María Luisa y MÁS BADÍA, María Dolores: op. cit., págs. 5-6, han entendido que el derogado precepto puede valer para interpretar aún cuándo se cumple el deber de convivencia, a pesar de existir una separación física, no espiritual, entre los cónyuges. Creemos que la observación es acertada. En cualquier caso, debemos añadir que el ordenamiento conserva normas que vendrían a respaldar esa reflexión. Así, el artículo 15 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, que aprobó el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, designa entre las posibles personas beneficiarias del sistema al "*cónyuge del mutualista*", siempre que cumpla -entre otros- con el requisito de "*vivir con el titular del derecho y a sus expensas*", sobre lo cual el precepto puntualiza que "*no se apreciará falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razones de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y demás circunstancias similares*".

[34] Obviamente, debe matizarse que asistía a los cónyuges la posibilidad de instar la separación de mutuo acuerdo –o por uno con el consentimiento del otro- sin más requisito que haber mantenido su matrimonio durante un año.

"*voluntad expresada en su solicitud*", ni, desde luego, de una "*previa e ineludible situación de separación*".

CARRIÓN OLMOS [35] entiende que la *affectio maritalis* constituye el elemento informador del que depende actualmente la permanencia del matrimonio, según la exposición de motivos de la norma. Ahora, "*jurídicamente, lo relevante es la voluntad de no permanecer en la relación. El legislador digamos "no puede descender más": ha de quedarse en esa "voluntad" contraria a la permanencia de la convivencia, por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos*". Por eso, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA ha recurrido a explicar que la única causa actual del divorcio es la *desaffectio maritalis*[36].

No es extraño, por tanto, que parte de la doctrina identifique ciertos rasgos comunes entre el actual sistema de divorcio español con el que fuera el sistema romano, principalmente en la desaparición de la *affectio maritalis* como argumento bastante para poder obtener el divorcio[37]. Nuestro ordenamiento reconoce el divorcio al cónyuge que lo demande, al entender que el mero hecho de solicitarlo ya es expresión suficiente y

---

[35] CARRIÓN OLMOS, Salvador: "Un debate abierto: ¿Modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Número 16 bis, Junio de 2022, pág. 3032, nota al pie 42.

[36] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Divorcio a la española", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina y MOLINER NAVARRO, Rosa María, Volumen I, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2008, pág. 272. Explica el autor que "*[s]iendo, entonces, el amor la causa-eficiente del matrimonio, ¿cuál será la causa-eficiente de la separación o del divorcio? Evidentemente, el desamor, la* desaffectio maritalis*. Y como tal, en su estado más puro, aparece dicha causa en la Ley-2005: unas veces ese desamor será compartido, (…) y en otras ocasiones el desamor aparecerá en uno sólo de los cónyuges…*".

[37] Así, según CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: op. cit., pág. 280, "*en la Ley-2005 no sólo hay una ley del divorcio. Más radicalmente, de fondo y raíz, hay una ley de reforma del matrimonio: del matrimonio como acto vinculante se ha vuelto al matrimonio como acto permanente. A buen seguro que esta reforma gustará a muchos, entre otros, al citado Prof. Clavería, que ya desde hace años, en su estudio sobre el ser y el deber ser del matrimonio, reivindicaba, con su conocido sentido del humor, una vuelta natural al matrimonio de Roma; no al del Vaticano, decía, sino al del Derecho romano*".

Un matiz a lo anterior lo encontramos en SOUTO PAZ, Jose Antonio: op. cit., págs. 389-390. Este autor precisó incluso antes de la promulgación de la Ley 13/2005, acerca de las emergentes normativas sobre divorcio en Europa, que permitían el mismo por el "*cese de la voluntad marital*" que "*[l]a nueva legislación divorcista parte, pues, de un concepto más próximo al matrimonio romano que al matrimonio canónico (…). La contradicción, sin embargo, reside en que la legislación reformista se inspira en el matrimonio romano para regular la disolución del matrimonio, mientras conserva la influencia canónica, por lo que se refiere a la constitución de la relación matrimonial y a la propia naturaleza del matrimonio como contrato consensual formal. La coherencia del sistema matrimonial romano reside, precisamente, en calificar al matrimonio como una situación de hecho y en admitir su disolución cuando cesan los elementos constitutivos de esta situación de hecho. Reconociendo al matrimonio como hecho social, el derecho romano se preocupa de los efectos jurídicos que aquél produce, sin necesidad de convertir el matrimonio en un contrato. La contradicción, en cambio, se muestra en la nueva legislación matrimonial que conserva el carácter consensual y formal, a efectos constitutivos, mientras que lo considera como una situación de hecho, a efectos de disolución*".

legítima de esa mera desafección que permite, sin más exigencia, el ejercicio de su derecho a no seguir casado.

En definitiva, de lo anterior resultan dos evidencias: por una parte, se verifica la consolidación del *animus* (elemento intencional o volitivo de la ruptura) como único requisito necesario para obtener el divorcio[38]; y, por otra, se atribuye a la mera expresión de esa voluntad, por parte de cualquiera de los esposos, una virtualidad absoluta e inmediata para finiquitar la relación.

En coherencia con este planteamiento, cabe proponer que la separación de hecho no deba entenderse hoy como un cese de la convivencia, el auxilio mutuo y la colaboración entre esposos necesariamente dilatado en el tiempo. En aras de armonizar el sistema, parece plausible que su existencia se reconozca también en toda situación en la que uno de los esposos exprese su deseo de cesar la convivencia, siempre -claro está- que su manifestación sea seria y definitiva[39].

Por otra parte, creemos que la existencia de la convivencia conyugal efectiva, como elemento objetivo, deberá valorarse teniendo en cuenta los usos admitidos y practicados de forma pacífica dentro de cada pareja[40]. Este ejercicio será especialmente complejo ante los nuevos modelos de convivencia que aceptan algunos matrimonios[41], aunque tampoco resultará sencillo en situaciones de crisis abierta en parejas más tradicionales que, a pesar vivir en permanente e irreconciliable conflicto, optan por perseverar libremente en una incómoda cohabitación[42].

---

[38] Obviamente, sin perjuicio de su necesaria formalización mediante cualquiera de las fórmulas aceptadas en el ordenamiento.

[39] Ejemplos de esto podrían ser, entre otros, el inicio de negociaciones con o sin letrado dirigidas a poner fin al matrimonio; la solicitud por uno de los cónyuges de la separación o el divorcio ante el Juez; la solicitud de las medidas provisionales y provisionalísimas; la presentación de una orden de protección; el requerimiento extrajudicial dirigido a conminar al otro cónyuge al abandono del hogar común, o simplemente anunciándole la determinación de finalizar la relación.

[40] La convivencia conyugal, en cualquier caso, deberá desarrollarse dentro de unos límites que impidan la desnaturalización de lo que en cada momento pueda reconocerse como matrimonio por el ordenamiento jurídico.

[41] Los ya referidos como poliamor, relación abierta, o modelo "LAT".

[42] Un reciente ejemplo de ello nos lo ofrece la SAP de Badajoz de 25 de abril de 2024. Se discute entre esposos sobre la posible disolución de la sociedad de gananciales previa a la sentencia de divorcio. En el plano personal, se considera probado que los esposos dormían desde hacía años en habitaciones separadas, en una vivienda de más de cuatrocientos metros cuadrados, en la que apenas se frecuentaban. Se subraya la ausencia absoluta de todo contacto íntimo. Se destaca también que el marido, desde hacía años, mantenía una relación extraconyugal estable sin discreción alguna, con una mujer que no compartía techo con el esposo infiel. En el aspecto económico, sin embargo, se indica que "*los cónyuges compartían sus cuentas. Incluso el dinero recibido en herencia* -por la esposa- *estaba ingresado en una cuenta de la esposa donde figuraba el marido como autorizado, (…)* –que- *ordenaba reintegros del dinero privativo*". La Sala concluye que las anteriores circunstancias no permiten admitir que existiera entre los esposos una auténtica separación de hecho, susceptible de extinguir la sociedad ganancial. Sobre la relación personal entre los cónyuges afirma que "*dormir en habitaciones separadas no implica la ruptura de la convivencia. Por otro lado, la ausencia de relaciones sexuales dentro del matrimonio no comporta que*

1.3.- La prueba de la separación de hecho

Demostrar la existencia de la separación de hecho como situación jurídica real entre los esposos cuando ésta se pone en cuestión por uno de ellos o incluso por un tercero puede resultar tarea compleja[43]. Esta circunstancia debe acreditarse por cualquiera de los medios autorizados en el proceso español. En esta materia, nuestro Derecho concede un margen amplio al disponer un sistema probatorio de *numerus apertus*, según autoriza el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ante la posibilidad de una separación de hecho en el seno de una pareja que se mantiene bajo el mismo techo, la doctrina advierte sobre la dificultad de acreditar ese *animus* sin *corpus,* cuando uno de los cónyuges niega el cese efectivo de la convivencia conyugal [44] . El jurista actual se encuentra además con nuevas dificultades para identificar la separación de hecho en parejas que han seguido, libre y consentidamente dentro de su matrimonio, nuevos modelos de relación cuya dinámica no encaja en los estándares más reconocidos de convivencia conyugal[45].

El hoy derogado artículo 82.5ª del Código Civil, introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, disponía un medio eficaz para acreditar la libertad del consentimiento al cese efectivo de la convivencia conyugal que se alegara como causa de la separación. El precepto consideraba prestado ese libre consentimiento cuando un cónyuge "*requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento*". Aunque obviamente la regla no tiene sentido, como tal, en el actual sistema de separación y divorcio vigente desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de

---

los cónyuges pierdan la condición de casados y tampoco que la sociedad de gananciales se extinga (…) la convivencia matrimonial no exige compartir cama, porque las parejas pueden pasar por crisis matrimoniales que no terminan de forma necesaria en un proceso de ruptura. Igualmente, la infidelidad no puede equipararse a un cese de la convivencia, incluso cuando es pública. La realidad enseña que tener amantes, según los casos, es compatible con el matrimonio".

[43] Como veremos más adelante, el problema de la prueba de la existencia de la separación de hecho y de su fecha de inicio preocupa al legislador y a los tribunales en diversos ordenamientos.

[44] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 200.

[45] Así, en caso de controversia, será especialmente ardua la tarea judicial de verificar si existe un cese efectivo de convivencia en un matrimonio cuyos cónyuges, de manera consentida, practican el poliamor, la relación abierta o deciden adoptar un modelo "LAT" (*Living Apart Together*), u otro "DADT" (*Don't Ask, Don't Tell*). Sobre estos nuevos modelos de familia y convivencia en el seno de la pareja, puede verse TORRELLES TORREA, Esther: "De la Sagrada familia de Murillo a la "Gay Family on dinner" de Raphael Pérez: nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 76, Número 4, 2023, págs. 1421-1488. En cuanto a esto, CASTELLS I MARQUÈS, Marina*: Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pág. 116, también observa que el elemento del *animus* consiste en dar por conclusa una comunidad de vida que se encuentra integrada por deberes de carácter recíproco e incoercible y por cambiantes normas morales y sociales.

julio, puede seguir inspirando un virtual instrumento de acreditación de la voluntad de poner fin a la relación de convivencia marital, incluso en matrimonios que no puedan disfrutar de distintos domicilios. Un requerimiento remitido por un esposo al otro en términos similares a los previstos en aquella norma podría ser un valioso elemento probatorio para acreditar la desaparición de la *affectio maritalis* y la voluntad expresada de poner fin a la convivencia matrimonial y, con ello, marcar el inicio de la separación de hecho de los cónyuges.

Conforme al artículo 159 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán "*diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado*". El precepto añade que también "*podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho*". El ejercicio de esta facultad facilita a los cónyuges separados de hecho la eventual prueba en el futuro de su situación real en el momento de la firma del instrumento del que se trate. Las escrituras que otorguen durante su separación de hecho deberán expresar cuál es su régimen jurídico matrimonial *legal*, según destaca ese mismo precepto ("*Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente*") y, por ello, la libre manifestación de la existencia de la separación de hecho que se haga en ese acto también puede ser un importante elemento ilustrativo de tal realidad.

Obviamente, un acta notarial otorgada por ambos cónyuges en la que dejen constancia de su separación de hecho constituye un elemento de prueba valioso[46]. Incluso puede serlo el acta notarial otorgada por uno solo de los cónyuges si su contenido resulta contrastado con otros elementos de entorno coherente.

Más allá de eso, cuando se trate de demostrar la existencia de la separación de hecho, adquirirá relevancia la acreditación, por cualesquiera otros medios admitidos en Derecho, de circunstancias que permitan evidenciar la ruptura efectiva de la relación matrimonial. Los factores relevantes para que el tribunal verifique que, efectivamente, se ha producido la separación, pueden ser variados y requerirán su análisis conjunto para poder representarse la realidad de la relación de pareja existente entre los esposos. En este proceso de indagación, las deducciones a partir de indicios se tornan, por lo general, inevitables. Serán determinantes las pruebas que puedan verificar que los cónyuges no comparten (o, más aún, que han dejado de compartir) la vivienda, los recursos financieros (por ejemplo, cuentas bancarias conjuntas), las actividades domésticas (por ejemplo, cocinar, comprar, o hacerse cargo del orden de la casa o de la organización de los servicios domésticos, o recoger a los hijos del colegio o de las actividades extraescolares), un dormitorio, la relación sexual, el ocio (por ejemplo, unas

[46] Recomienda su otorgamiento, por ejemplo, COTORRUELO SÁNCHEZ, Manuel Ignacio: *La separación de hecho, también ante notario.* 22 de abril de 2020. Disponible en: https://www.notariosenred.com/2020/04/la-separacion-de-hecho-tambien-ante-notario/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

vacaciones), o las actividades sociales (por ejemplo, asistir juntos a una fiesta de cumpleaños). Sin embargo, presentarse ante extraños como pareja, o seguir publicando escenas de la vida familiar conjunta en las redes sociales puede ser considerado contradictorio con un pretendido cese de la convivencia matrimonial.

2.- LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

2.1.- Su desfavor ante la Ley

El recorrido normativo que lleva hasta la Ley de 30/1981, de 7 de julio, demuestra la transformación radical que ha tenido lugar en la sociedad española la concepción y tratamiento del fenómeno de la ruptura de la convivencia en el seno del matrimonio. Es un hecho cierto que el ordenamiento no ha prestado siempre la misma atención al fenómeno de la separación de hecho ni lo ha analizado desde su actual perspectiva.

El Derecho romano no conoció como tal la figura jurídica de la separación matrimonial. La cesación de la *affectio maritalis,* es decir, el cambio en la voluntad de ambos o uno solo de los cónyuges de seguir con la relación conyugal, acababa el matrimonio con el divorcio o el repudio[47]. SOUTO PAZ[48] expone que el matrimonio romano "*es un hecho social que se manifiesta en la convivencia o unión de hecho con intención marital, es decir, con voluntad o consentimiento, constante y continuado, de vivir en matrimonio, de tal manera que cuando cesa este consentimiento se interrumpe la relación matrimonial*"[49].

La concepción cristiana del matrimonio y su influencia en el Derecho romano fueron determinantes de un cambio de paradigma.

El Concilio de Trento (1545-1563) constituyó un hito relevante en nuestro relato por varias de las decisiones que se tomaron en el mismo y que procedemos a destacar.

En primer lugar, este cónclave adoptó la decisión de exigir el cumplimiento de determinados requisitos de forma en la celebración del matrimonio que condicionaban

[47] HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: op. cit., pág. 1.

[48] SOUTO PAZ, Jose Antonio: op. cit., pág. 381.

[49] Cabe advertir, en cualquier caso, que alguna autora como RUSSO, Adelaide: "Una lección de Derecho Romano: La disolución del matrimonio y el divorcio", *Iura & Legal Systems*, Número 7, Università degli Studi di Salerno, 2020, págs. 7-15, expone cómo el Derecho romano atravesó distintas etapas, en las que su tratamiento y concepción sobre el divorcio fueron diferentes. La más flexible y acorde con lo que ha sido referido en el texto, habría sido la del período de la República, de la que dice que "*[a]l final de la República, las nuevas formas sociales y la corrupción de las antiguas costumbres hizo que los divorcios fueran muy frecuentes. En la concepción clásica del matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad, era suficiente para la ruptura del vínculo matrimonial. Los juristas hablan en este caso de divortium o de repudium. No se considera necesario ningún acto formal, sólo un comportamiento del que se desprende que ya no existe la voluntad de permanecer unidos en matrimonio. Se consideraba suficiente la comunicación del repudio*", mientras señala que "*[l]a legislación de los emperadores asume una posición hostil frente a las concepciones clásicas y se muestra contraria al divorcio y a las segundas nupcias*".

su validez[50]. Se buscaba dar publicidad plena a las uniones matrimoniales y poner fin a las celebradas en la clandestinidad, basadas en el mero consenso de los esposos, que hasta ese momento eran reconocidas. Así, Trento determina el fin de los llamados matrimonios *a yuras*[51]. La medida parece expresar una preocupación del ordenamiento por conocer y controlar el estado civil de las personas[52].

En segundo lugar, el Concilio proclamaba la indisolubilidad del matrimonio. Era consecuencia de esta proclama que el vínculo del matrimonio consumado solo podía deshacerse entre vivos mediante un pronunciamiento de nulidad[53].

---

[50] El Concilio de Trento estableció en el Decreto *Tametsi* la obligatoriedad *ad validitatem* de la forma canónica allí regulada. Según precisa RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael: "El matrimonio religioso no católico en Derecho español", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 10, 1994, págs. 373-374, tal exigencia se refería a los matrimonios en que participaba una persona bautizada.

[51] El término "a yuras" proviene del verbo "jurar". Los miembros de la pareja se prometían mutuamente —mediante un juramento— vivir como esposos, sin necesidad de acudir a una institución jurídica o religiosa para celebrar el matrimonio. Se trata, por tanto, de un compromiso informal, a menudo privado, aunque en ocasiones presenciado por la comunidad o por familiares, que otorgaban cierta validez social al vínculo. Puede verse DÍAZ ÁLVAREZ, Elisa: "El consentimiento paterno para contraer matrimonio de la Real Pragmática de 1776 al proyecto de Código Civil de 1836", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Número 36, 2020, págs. 587-588; o TOVAR PULIDO, Raquel: "La regulación del matrimonio y los bienes gananciales por la normativa histórica española (SS. XVI-XIX)", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 36, 2020, págs. 871. Alguna doctrina explica que, antes del Concilio de Trento, también se habrían acordado medidas de esta naturaleza en otros sínodos y concilios (Jaén 1492, Sevilla 1512, o Córdoba 1520). Sobre ello, LADERO QUESADA, Miguel Ángel y SÁNCHEZ HERRERO, José: "Iglesia y Ciudades", *VI Coloquio Internacional de Historia Medieval de Andalucía. Las ciudades andaluzas (siglos XIII-XVI),* Universidad de Málaga, Málaga, 1991, págs. 239-240.

[52] IBÁN PÉREZ, Iván Carlos: "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pág. 90; también, ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: "El matrimonio informal. (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)", *Revista chilena de Derecho*, Volumen 21, Número 2, 1994, pág. 227.

[53] Lo ha explicado ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás: "El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina", *Revista española de Teología*, Número 75, 2015, págs. 15-41, que sintetiza sus conclusiones así: "…*el marco adecuado de comprensión de las enseñanzas del concilio de Trento acerca de la indisolubilidad del matrimonio (…) exige interpretarlas en sentido doctrinal y en continuidad con la reflexión precedente. Ésta se estructuraba, principalmente, en torno al establecimiento del vínculo y la significación sacramental, que otorgaba al vínculo conyugal una indisolubilidad absoluta. Por ello, toda circunstancia, por grave que fuera, ocurrida con posterioridad a la constitución del vínculo sacramental, no afectaba a la propiedad de la indisolubilidad.*

La precisación de esta doctrina se realizó principalmente a través de la reflexión en torno a la especificidad del matrimonio sacramental respecto al creacional y en torno al papel que corresponde a la consumación en la formación del vínculo matrimonial. La diferencia entre ambos matrimonios se entendió (aunque no sólo) en clave de reforzamiento de la indisolubilidad, estableciéndose de este modo los fundamentos del privilegio in favorem fidei. Por lo que se refiere a la constitución del vínculo, la neta afirmación del consensualismo no impidió seguir considerando algunos efectos jurídicos de la consumación; de este modo, se justificará la praxis de disolución de los matrimonios ratos y no consumados. Una fijación completa de la doctrina matrimonial de la Iglesia puede situarse en 1234, con la promulgación del Liber Extra de Gregorio IX.

En tercer lugar, Trento implica en España la atribución a la autoridad eclesiástica de la regulación del matrimonio y de sus efectos personales entre los cónyuges[54].

Por último, en el orden procesal, la jurisdicción eclesiástica se postula en el Concilio como la única competente para conocer sobre las causas matrimoniales entre católicos[55].

De todos estos aspectos, que conforman la doctrina tradicional, en el concilio de Trento sólo se puso en discusión la indisolubilidad absoluta del matrimonio sacramental en ciertos casos (de hecho, principal y casi exclusivamente, en el de adulterio). La razón inicial se encuentra en la impugnación al respecto hecha por los reformadores protestantes, a la que se añadirá posteriormente la diversa praxis al respecto por parte de las Iglesias orientales, cuya breve unión tras el concilio de Florencia parecía pervivir maltrecha en algunos territorios pertenecientes a repúblicas católicas. La enseñanza de la Iglesia acerca del privilegio in favorem fidei y de la disolución de los matrimonios ratos y consumados, no fue objeto de reflexión particular por parte del Tridentino, que se contentó con recibir la doctrina anterior, reafirmando con fuerza, eso sí, la legitimidad de la disolución del matrimonio sólo rato por la profesión de votos solemnes. (...)

La formulación concreta del canon 7 (...) da, de modo indirecto, una confirmación de la interpretación eclesial en favor de la indisolubilidad…".

[54] TINEO TINEO, Primitivo: "La recepción de Trento en España (1565). Disposiciones sobre la actividad episcopal", *Anuario de Historia de la Iglesia*, Número 5, 1996, págs. 241-296 se refiere a cómo la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 "*aceptaba con toda amplitud y sin limitación ninguna el Concilio con todos sus decretos*…".

Asimismo, RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael: op. cit., pág. 374, precisa que "…*si bien es cierto que, a partir de la Real Cédula de Felipe II de 1564, el único modo de matrimoniar que, en España, recibió reconocimiento oficial directo era el canónico en forma tridentina, dado que la propia Iglesia católica ceñía su competencia al matrimonio de bautizados, al menos de iure, también podían ser operativos los matrimonios celebrados con arreglo a normas religiosas no católicas, desde el momento en que la Iglesia los reconocía; pues, en suma, la postura de la Ley civil era la de atenerse en esta sede a las disposiciones de la Iglesia".* Este autor añade el matiz de que, "*... de facto, pocos matrimonios religiosos acatólicos podría haber en España, tras la expulsión de los judíos, la culminación de la reconquista y la eficaz intervención de nuestra Inquisición".*

[55] Según explican GHIRARDI, María Mónica e IRIGOYEN LÓPEZ, Antonio: "El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica", *Revista de Indias*, Volumen 69, Número 246, 2009, pág. 242, incluso "*[d]urante la Edad Media el matrimonio fue competencia exclusiva de la Iglesia; ningún poder seglar le discutió su autoridad ni su doble monopolio, jurisdiccional y legislativo*". Ambos autores explican a continuación (op. cit. pág. 244), cómo "*lo que el Concilio aprobó fue el reconocimiento expreso del poder de la Iglesia de establecer y declarar impedimentos matrimoniales, así como la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial*". En definitiva, concluyen sobre ello (op. cit., pág. 245), que "*el Concilio de Trento fijó un modelo matrimonial que impuso a la sociedad en las regiones católicas. Si el matrimonio era un sacramento, la autoridad de la Iglesia y su competencia sobre el vínculo eran incuestionables. Así, la Iglesia logró mantener su hegemonía jurisdiccional sobre el matrimonio. La mayoría de los cánones tridentinos insistían en su competencia para dirimir todas las cuestiones*", añadiendo que "…*el último canon resume a la perfección el estado de cosas al que se había llegado: «Si alguno dijere, que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos, sea excomulgado»*".

Sobre esta cuestión, también BABÉ NÚÑEZ, Lourdes: "La posición de la jurisdicción canónica matrimonial en el derecho español", *Anales de Derecho*, Número 10, 1987-1990, págs. 129-154; o GÓMEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "Forma canónica y jurisdicción del matrimonio", *Cuadernos doctorales*, Número 11, 1993, pág. 535.

ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: "Los pleitos de divorcio en Castilla durante la Edad Moderna", *Studia Historica. Historia Moderna*, Tomo 38, Salamanca, 2016, pág. 172, ofrece una matización. Aunque

En España, la doctrina tridentina fue adaptada por Felipe II al contenido ideológico de su actuación política[56] con carácter casi inmediato. Su Real Cédula de 12 de julio de 1564 obligó a sus súbditos bautizados a contraer el matrimonio en la forma canónica, con sujeción a sus reglas[57].

En la península ibérica la religión cristiana de tradición católica era la practicada por la población mayoritaria. Esta circunstancia determinó la aplicación generalizada de las normas tridentinas a los matrimonios, casi siempre celebrados entre contrayentes de ese credo. Según RODRÍGUEZ CHACÓN, estos matrimonios concurrieron con otros de confesiones minoritarias, celebrados según sus propios ritos, que tanto el Derecho canónico como el propio Derecho regio admitieron como sujetos a las normas del Derecho natural[58]. Con todo, la enorme mayoría de los matrimonios en nuestros territorios históricos quedaron sometidos al Derecho canónico.

Así, consumado el matrimonio, solo un pronunciamiento de nulidad podía *liberar* a los esposos del vínculo contraído. En particular, el Concilio dejó claro que la

---

destaca la habitual relación de colaboración entre ambas fuerzas, civil y eclesiástica, que por ejemplo "*se producía cuando el juez eclesiástico decretaba el depósito de la mujer casada y pedía ayuda a la justicia ordinaria para que la protegiera de la violencia del marido, por medio de sus alguaciles, mientras quedaba confiada*", precisa que "*nos encontramos ante dos jurisdicciones, la eclesiástica y la secular, que en lo tocante a las causas matrimoniales compartían un fuero mixto, puesto que ambas intervenían en una u otra materia dentro del proceso: la Iglesia, con suprema e independiente potestad legislativa y judicial, frente a la jurisdicción Real".* La autora afirma que la jurisdicción Real *"procuraba no interferir en los asuntos de la eclesiástica",* pero que *"en caso de confrontación, prevalecía, defendiendo a los litigantes que solicitaban su amparo por vía de protección*".

[56] MARTÍNEZ MILLÁN, José: "El confesionalismo de Felipe II y la Inquisición", *Trocadero. Revista del Departamento de Historia Moderna, Contemporánea, de América y del Arte*, Universidad de Cádiz, Número 6-7, 1994-1995, pág. 117.

[57] La Real Cédula lo disponía así: *"…ahora, habiéndonos Su Santidad enviado los decretos de dicho santo concilio impresos en forma auténtica, Nos, como rey católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia... habemos aceptado y recibido y aceptamos y recibimos el dicho santo concilio, y queremos que en estos nuestros reinos sea guardado, cumplido y ejecutado, y daremos y prestaremos para la dicha ejecución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo a ello nuestra autoridad y brazo real cuanto sea necesario y conveniente*". Según explica FERRER ORTIZ, Javier: "La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español", *Ius et Praxis*, Número 2, 2008, págs. 374-375, "*la Corona reconoce la competencia de las decisiones eclesiásticas en el derecho español de la Iglesia católica en todo lo relativo a la disciplina sustantiva y procesal del matrimonio, reservándose tan solo la facultad de completarla regulando los efectos civiles del matrimonio y estableciendo algunas prohibiciones para contraerlo*".

[58] RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael: op. cit., pág. 375, afirma que "*de existir tras la reconquista matrimonios no católicos en España -pocos o muchos- habría que entender que eran plenamente válidos y eficaces en el plano jurídico: existen datos claros de cómo el Derecho español reconocía los matrimonios celebrados por los indígenas en las Indias españolas, tras el descubrimiento de América, aunque, en estos supuestos, lo que puede ser dudoso es que nos encontráramos ante matrimonios calificables como religiosos; pero fueran o no religiosos esos matrimonios indígenas, el dato pone de manifiesto, al menos, que no es exacto afirmar que, a partir de la recepción del Concilio de Trento, la única forma de contraer matrimonio en España fuera precisamente la canónica*".

"*cohabitación molesta*" no era causa de disolución matrimonial[59]. Aun con ello, la realidad social evidenciaba que el matrimonio daba lugar a relaciones en ocasiones insostenibles[60] y la ley amparó también la posibilidad de relevar a los esposos de su deber de convivencia en circunstancias de especial gravedad y previamente tipificadas. Se introdujo así el remedio del *divorcio* o de la *separación de cuerpos*.

La separación se reconocía como una situación legal especial en la que dos esposos que seguían ligados por el vínculo del matrimonio podían hacer vidas independientes. El divorcio podía ser temporal o perpetuo, dependiendo de la causa que lo justificara[61]. En el segundo de los casos, los cónyuges podían reconciliarse y retomar su vida en común.

Los procedimientos de separación eran generalmente largos[62] y costosos[63]. Su inicio conllevaba un adicional grave impacto personal en la vida de los cónyuges[64]. Parece

[59] "*Can.5.- Si alguno dijere que, a causa de herejía o por cohabitación molesta o por culpable ausencia del cónyuge, el vínculo del matrimonio puede disolverse: sea anatema*" (De los Cánones sobre el sacramento del matrimonio, de la Sesión XXIV del Concilio de Trento, Italia, 11 noviembre 1563).

[60] ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 192, explica cómo muchas de las patologías de la convivencia se producían en el seno de matrimonios forzados o convenidos por las familias de los contrayentes. Esta práctica, de motivaciones habitualmente económicas o políticas, era contraria a los dictados de Trento, donde se insistió sobre la exigencia de la libertad del consentimiento para contraer. CASTRO Y BRAVO, Federico (de): "El matrimonio de los hijos (con motivo del Concordato con la Santa Sede)", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 7, Número 1, 1954, págs. 40-43, explica cómo la doctrina tradicional española resolvió de manera generalizada el choque entre las disposiciones canónicas y el Derecho Real atribuyendo la máxima autoridad sobre la materia a las primeras, por lo que los matrimonios no requerían el consentimiento paterno. Aun así, el propio autor reconoce el deber moral de los hijos de pedir y seguir el consejo de los padres. Teniendo en cuenta además las posibles consecuencias económicas de un casamiento celebrado en aquella época contra la voluntad del progenitor, cabe entender perfectamente que, en la práctica, aquellos matrimonios impuestos continuara. También LÓPEZ-CORDÓN, María Victoria: "Familia, sexo y género en la España Moderna", *Studia Historica: Historia Moderna*, Volumen 18, Universidad de Salamanca, 1998, págs. 123-125, identifica esos matrimonios impuestos como una fuente de conflictividad, junto a otros factores como "*los celos, la desconfianza, la insubordinación, las rencillas*" o "*los malos tratos*".

[61] Generalmente, según ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 192, eran causa de divorcio perpetuo la impotencia y el adulterio, y de divorcio temporal las sevicias o maltratos.

[62] Sobre la cuestión del "proceso dilatado", ofrece una exposición con amplio detalle ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., págs. 176-182.

[63] Como hace ver LORENZO PINAR, Francisco Javier: "La mujer y el Tribunal diocesano en Zamora durante el siglo XVI; divorcios y nulidades matrimoniales", *Studia Zamorensia*, Número 3, UNED, Zamora, 1996, pág. 79, aparte de los exigentes gastos legales para el seguimiento del litigio, habían de asumirse generalmente otros pagos para alimentos y *litis expensas*. Era habitual tener que intervenir además ante las dos jurisdicciones, eclesiástica y civil, para dirimir en la primera la "separación de cuerpos" y en la otra las cuestiones sobre los bienes.

[64] Principalmente, como veremos después, la adopción de medidas como el depósito de la mujer o el alejamiento del marido.

además que las propias autoridades eclesiásticas instruyeron habitualmente a sus vicarios a actuar con restricción de criterio[65].

En esta tesitura, la realidad social arrojaba relaciones matrimoniales rotas en las que no concurrían causas que pudieran justificar una resolución de nulidad, ni una resolución de divorcio o separación de cuerpos que permitieran a los esposos al menos apartarse el uno del otro actuando de manera conforme con la Ley. Existían situaciones en las que los esposos malavenidos simplemente querían evitarse el coste social, económico o emocional de someterse a un proceso de separación que, en todo caso, era de resultado incierto y ni siquiera les concedía la posibilidad de liberarse del vínculo matrimonial. Es claro que, en esos escenarios, para algunos matrimonios la única alternativa a continuar su vida en común fuera la de separarse sin recurrir a la autoridad, suscribiendo acaso algún tipo de pacto privado con el que regular de los efectos de su ruptura. CÁMARA ÁLVAREZ [66] apuntaría, con gran sentido, que "*allí donde el divorcio vincular está excluido, la separación de hecho es más frecuente*".

La concepción del matrimonio como relación indisoluble -que además adquiría trascendencia sacramental- llevó a un posicionamiento de las autoridades desfavorable hacia las situaciones de separación de hecho. Por una parte, desde la perspectiva sacramental, éstas atentaban contra el deber de convivencia ínsito al matrimonio y, además, eran incompatibles con la consecución de sus fines. Por otra, la decisión de romper el hogar común y desarrollar la vida al margen de la institución que mejor garantizaba el orden social, tampoco era conveniente para el poder político. Es lógico, por tanto, que tales situaciones se contemplaran como anormalidades indeseadas y patológicas, más merecedoras de sanción o represión[67] que de regulación.

---

[65] LORENZO PINAR, Francisco Javier: op. cit. pág. 80, nota al pie 11.

[66] CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (de la): "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pág. 8.

[67] ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 176, afirma que los esposos "*que se separaban sin tramitar el divorcio podían ser objeto de denuncia por parte de vecinos, autoridades, criados o curas, si estimaban que la situación era objeto de escándalo. En estos casos intervenía el Promotor Fiscal Eclesiástico que se constituía en acusación contra la pareja transgresora. Era una figura esencial para establecer si, efectivamente, se había producido un acto contrario a la moral, ya que representaba a la Iglesia e impedía que se faltase a sus leyes. Era, también, el defensor del vínculo del matrimonio y procuraba que los delitos contra este sacramento no quedaran impunes*".

Sobre las conductas que podían considerarse delito de abandono de familia puede verse BUSTOS PUECHE, José Enrique: "Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia)", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 31, 1978, págs. 619-634.

Otro estudio interesante que analiza el tratamiento de las situaciones de separación de hecho como conductas delictivas lo ofrece PLANAS ROSSELLÓ, Antonio: "Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca", *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: revista d'estudis històrics*, Número 56, 2000, págs. 45-64. Según la investigación de este autor, "*en Mallorca la separación de hecho se castigaba con la pena canónica de excomunión reservada al ordinario. No nos consta, sin embargo, que la jurisdicción secular considerase delictiva esta conducta. Sólo el edicto del Lugarteniente Doms castiga la separación no autorizada por el juez eclesiástico con multa (...) y (...) exilio. Los edictos posteriores no regulan este delito.*

Ni siquiera con la aprobación de la primera Ley de Matrimonio Civil en España, la situación de las parejas separadas de hecho mereció una mayor comprensión. Esta norma, que consagraba la indisolubilidad del matrimonio civil, receló de ellas hasta tal extremo que dedicó uno de sus preceptos a privar de todo valor jurídico a los pactos entre esposos que decidieran cesar su vida en común[68].

Esta era, en definitiva y a largos trazos, la situación jurídica de las parejas separadas de hecho en nuestro ordenamiento hasta la promulgación del Código Civil. Puede afirmarse con cierta objetividad que, principalmente desde el siglo XVI –o por lo menos de manera muy clara desde ese momento-, el legislador las trató con rechazo. Su trato consecuente fue el de la persecución, la sanción y la negación de casi todo reconocimiento a efectos civiles.

La malquerencia hacia la separación de hecho siguió haciéndose notar en el siglo XX. TAULET RODRÍGUEZ-LUESO[69] quiso denunciar el tratamiento de la separación de hecho por el legislador. El autor dio cuenta de diversas medidas que habían tenido que adoptarse ante las necesidades más acuciantes de las personas afectadas por esa situación, explicando:

"*Por más que el legislador se empeñe en ignorar estas situaciones, como la realidad es más fuerte que la ley, no ha tenido más remedio que admitirlas en numerosos casos. Por vía de ejemplo, cito las siguientes disposiciones en las que hay un reconocimiento expreso. La ley de febrero de 1908 ya facultó entonces a la mujer separada para retirar cantidades. Lo propio establece el Estatuto de Cajas de Ahorros de 1933. La ley de*

Los casos de separación de hecho debían ser frecuentes y existía una cierta negligencia en su persecución, como lo demuestra la reiteración de las prohibiciones. Las constituciones sinodales del Obispo Vic y Manrique de 1597 conceden a los cónyuges separados un plazo de 9 días desde su publicación para que reanuden la convivencia, so pena de excomunión mayor (…). Las de los Obispos Bauza (1619) y Santander (1636) les conceden sólo tres días. En 1692, el Obispo Alagón afirma que ha tenido noticia de que en su diócesis hay algunos cónyuges que viven separados por su propia autoridad, y les concede un plazo de nueve días para que reanuden su vida marital habitando juntos, bajo la misma pena.

Además de las admoniciones genéricas incluidas en las constituciones sinodales, el Obispado dirigía mandatos particulares a los matrimonios separados para que restableciesen la convivencia conyugal".

[68] "*Los cónyuges no podrán divorciarse ni aun separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial*" (artículo 84 de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870). Esta misma norma se había planteado en trabajos legislativos anteriores. Así, como explica CRESPO DE MIGUEL, Luis: "El matrimonio del proyecto de Código Civil español de 1821", *Cuadernos doctorales*, 1988, Número 6, pág. 382, en el Proyecto de Código Civil de 1821, el artículo 332 prohíbe la separación temporal o indefinida por el mutuo consentimiento de los cónyuges, ya sea ese consentimiento expreso o tácito. Asimismo, el Proyecto de 1851 reproducía la norma en su artículo el artículo 77: "*El mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación*".

[69] TAULET RODRÍGUEZ-LUESO, Enrique: "La separación de hecho en el matrimonio", *Boletín de información*, Año XXXII, Número 1.149, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, págs. 9-10.

aprendizaje de 1926 habla concretamente de la separación de hecho, a la que se refiere el Reglamento del Colegio de Registradores de la Propiedad de 1941.

El Decreto de enero de 1944 autoriza a la mujer separada de hecho para contratar sus servicios y recibir la remuneración a la vez que declara válido el pago del salario hecho a la mujer casada si no consta la oposición del marido. En caso de separación de hecho —obsérvese cómo una y otra vez se repite el concepto— no podrá el marido oponerse a que la mujer perciba el salario. La ley de perfeccionamiento de la seguridad social de 1972 establece la posibilidad de que la mujer e hijos del trabajador puedan recibir asistencia sanitaria y social en el caso de que el matrimonio se encuentre separado de hecho y haya quedado en poder del marido la documentación necesaria para poder obtener estos beneficios".

Pero frente a lo anterior, el propio TAULET RODRÍGUEZ-LUESO[70], compartiendo la que fue una larga experiencia como notario, denunció:

"La Orden de marzo de 1946 declara que los separados de hecho perderán los puntos en el plus de cargas familiares. Aunque esto es un castigo, no deja de reconocer las separaciones.

Por contra hay un texto lamentable en la Orden de 13 de febrero de 1967 sobre aplicación y desarrollo en caso de muerte, que exige la convivencia de la viuda, y en caso de separación judicial, la sentencia en la que aparezca inocente.

En los asuntos de esta naturaleza que se me han presentado en la vida profesional, no he podido convencer ni he logrado vencer la resistencia de los funcionarios encargados del pago de estas pensiones de viudedad, para que admitieran una interpretación más racional y humana del texto aludido, empeñados en cumplir al pie de la letra tan injusta y arbitraria disposición, ni aun ofreciendo la prueba, mediante acta de notoriedad, de que las infelices viudas, carentes de recursos, no son capaces de exhibir nunca la sentencia judicial que se les pide porque ninguna de ellas sabía que esta formalidad era inexcusable y aunque de ello hubieran tenido noticia, en ningún caso podrían haber hecho frente a los gastos de un proceso de separación.

En cambio, los casos que he tenido con viudas españolas aquí residentes, de trabajadores muertos en Francia, con bastantes años de separación, se han resuelto satisfactoriamente y todas cobran la pensión, no obstante la separación de hecho y a pesar de que esta clase de separación se halla prohibida en el país vecino".

El mismo año que TAULET RODRÍGUEZ-LUESO publicaba esas palabras se promulgaba en España la Constitución aún hoy vigente.

[70] TAULET RODRÍGUEZ-LUESO, Enrique: op. cit., pág. 10.

2.2.- Manifestaciones históricas del rechazo a la separación de hecho

La realidad que ha quedado expuesta refleja un entorno de reprobación histórica de las autoridades eclesiásticas y civiles españolas hacia las situaciones de separación de hecho. Los expedientes sobre vida maridable, el depósito de la mujer, y el rechazo a los pactos privados y notariales reguladores de la separación de hecho forman parte también de aquel escenario.

2.2.1.- Los expedientes sobre vida maridable

Un claro exponente de la preocupación de nuestras leyes históricas por preservar la convivencia entre los cónyuges y evitar el riesgo de la consolidación de las situaciones de separación se encuentra en los expedientes de vida maridable.

Según puede leerse en un documento publicado por el Archivo de Indias[71], *"[l]a Casa de la Contratación, creada en 1503 como institución responsable del control del tráfico de mercancías y personas a América, trató casi desde sus comienzos de frenar el paso de hombres casados sin sus mujeres, puesto que el principal interés de la Corona fue asentar familias en los nuevos territorios. Dos años después de su creación, ya había normas para que los primeros pobladores de La Española volviesen a España a recoger a sus mujeres. Además, durante la primera mitad del s. XVI hubo capitulaciones que permitían a los jefes de las expediciones llevar familias completas. Estas medidas tuvieron su punto de inflexión en 1530, cuando se prohíbe el paso a las Indias de hombres sin sus mujeres, dejando únicamente la excepción de los mercaderes, factores y comisionados que tenían una licencia por un máximo de tres años, tras los cuales tenían que volver.*

No siempre fue así.

En numerosas ocasiones, los mercaderes o aquellos que fueron con licencia temporal decidieron quedarse, asentarse en los nuevos territorios e, incluso, fundar una nueva familia, dejando en España a sus mujeres solas, con hijos y sin recursos, apoyándose necesariamente en familiares o en grupos gremiales para su sustento. Pero estas mujeres solas no sólo necesitaban comer o vestirse, sino que en su vida cotidiana tenían necesidad de tomar decisiones, para ellas o por sus hijos, para las que, jurídicamente, no estaban capacitadas ni autorizadas".

El objeto de estos expedientes era obtener una resolución en la que, bien se obligaba al esposo a regresar al hogar familiar, bien se concedía a la mujer (y en su caso a los hijos) una licencia para viajar a América a encontrarse con aquél y rehacer la vida en común.

[71] MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: *Mujeres Solas: Los Expedientes de Vida Maridable*. Marzo de 2021. Disponible en: https://www.cultura.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/archivos/agi/exposiciones-y-actividades/documento-del-mes/2021/marzo2021.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

Sobre la tramitación de estos expedientes, ROJAS GARCÍA y ALMORZA HIDALGO[72] explican que se iniciaban, a instancia de parte, mediante una solicitud presentada ante los jueces oficiales de la Casa de la Contratación, que actuaba como tribunal de primera instancia. GÁLVEZ RUIZ[73], que ha estudiado una amplia muestra de este tipo de expedientes, explica que, en prácticamente todos los casos, las mujeres recurren en sus demandas como primer argumento al "*derecho que le otorga su legítimo matrimonio según los cánones de la Iglesia católica a hacer vida en común, el deber y derecho de vida maridable*". A continuación, se formaba un legajo que, tras incorporar información y la práctica de pruebas, finalizaba con un auto que ordenaba remitir una requisitoria al marido, instándole a regresar a España para continuar su vida de casado. La requisitoria se remitía "*a las Justicias de Indias (Audiencias), para que tomen preso al marido huido y lo traigan y entreguen a la Casa de la Contratación*"[74].

2.2.2.- El depósito de la mujer

El inicio de un procedimiento de divorcio siempre ha sido la expresión de la voluntad del consorte demandante de obtener de la autoridad competente un permiso para liberarse de su deber de cohabitación con el demandado.

Históricamente, el ordenamiento previó ante esas situaciones una medida de tipo personal denominada depósito. Mediante la misma, los esposos eran separados físicamente. Se trataba de una separación cautelar, cuyo objeto era interrumpir la cohabitación mientras se tramitaba el proceso.

La separación se llevaba a efecto disponiendo el abandono por la esposa del domicilio conyugal. Durante la pendencia de la causa, ésta era alojada en casa de algún pariente o en alguna institución religiosa, generalmente en conventos[75]. Los gastos de esta medida debían sufragarse por el esposo, lo que implicaba para éste afrontar una exigente carga económica[76]. En ocasiones, la eficacia del depósito de la mujer se reforzaba con otras medidas de orden personal que afectaban a la libertad del marido,

[72] ROJAS GARCÍA, Reyes y ALMORZA HIDALGO, Amelia: "Los expedientes de vida maridable del Archivo General de Indias: análisis de un caso de estudio", *América en la burocracia de la monarquía española. Documentos para su estudio*, Editorial Brujas, 2015, págs.112-113.

[73] GÁLVEZ RUIZ, María Ángeles: "Mujeres y maridos ausentes en Indias", *Congreso Internacional de Historia de América AEA (8º. 1998. Las Palmas de Gran Canaria): XIII Coloquio de la historia canario-americana*, Coord. MORALES PADRÓN, Francisco, Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2000, págs. 1163.

[74] ROJAS GARCÍA, Reyes y ALMORZA HIDALGO, Amelia: op. cit., pág.117.

[75] En este sentido, ARJONA ZURERA, Juan Luis: "Mujer y familia en la edad moderna: los pleitos de divorcio en el tribunal eclesiástico de Córdoba", *Historia y Genealogía, Revista de estudios históricos y genealógicos*, Universidad de Córdoba, 2016, pág. 29, y ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 188.

[76] ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: ibid.

que podía ser conminado a no acercarse a la esposa, al destierro, o a su incorporación al ejército[77].

La medida del depósito de la mujer solo despareció formalmente de nuestro ordenamiento en 1958, con la reforma del Código Civil operada aquel año[78].

Existe una general coincidencia entre los autores que han estudiado esta materia en cuanto a cuál fue la finalidad de la medida de depósito. Su propósito era garantizar a la esposa durante la tramitación de los procedimientos de divorcio o de querella por adulterio tanto su integridad frente a posibles agresiones del marido[79], como su libertad en la toma de decisiones procesales[80]. Aun así, la regulación de la medida de depósito pone también de manifiesto, en nuestra opinión, el rechazo del legislador y de la doctrina española frente a las situaciones que podían tener lugar como consecuencia de la separación física entre esposos antes de disponerse de una sentencia de divorcio o de condena por adulterio. Así resulta de lo siguiente:

1º) Una vez presentada la solicitud de depósito por la mujer, el juez debía personarse "*en la casa del marido*"[81] y verificar si aquélla se ratificaba en su pretensión, cuidando de que el esposo no estuviera presente en ese acto. Lógicamente, en algunas situaciones de maltrato, la esposa, antes de presentar la demanda, ya había abandonado el hogar conyugal para salvaguardar su integridad física, regresando a la casa de sus padres. Pues

[77] ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 190.

[78] El impulso de la supresión de esta medida se atribuye a la abogada Mercedes Formica. *Vid*, por ejemplo, PESTAÑA RUIZ, Celia: "Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional", *Revista de Estudios Jurídicos*, Número 15/2015 (Segunda Época), Universidad de Jaén, 2015, pág. 26.

[79] ARJONA ZURERA, Juan Luis: op. cit., pág. 29, lo destaca especialmente en las causas que venían motivadas por la existencia de malos tratos. En estos casos se procuraba garantizar la integridad de la esposa durante el curso del proceso mediante el confinamiento "*en alguna institución eclesial caritativa o carcelaria*". *Idem*, ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 176.

[80] DE VICENTE Y CARAVANTES, José: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Tomo IV, Imprenta y librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1858, pág. 368.

[81] Así se previó incluso en el artículo 1282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855: "*Presentada la solicitud, se trasladará el Juez acompasado de Escribano, á las casas del marido; y sin que se halle éste presente, hará comparecer á la muger, para que manifieste si se ratifica ó no en el escrito en que haya pedido el depósito*".

Cabe ver cómo en el artículo 1882 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se introdujo un nuevo párrafo en la indicada norma en el que se disponía que, "*[s]i la mujer no se encontrase en la casa del marido, se practicará la diligencia expresada, y las demás á que se refieren los artículos siguientes, en aquella en que se encontrase, citando previamente al marido con señalamiento de día y hora, bajo apercibimiento de que sin más citación se realizarán dichas diligencias aunque no concurra*". Aunque con ello parecía claro que el legislador asumía la lógica del abandono del hogar conyugal por la mujer en ciertas situaciones que habrían de derivar en la separación de hecho del matrimonio, la polémica no cesó. Sobre ello, puede verse LLUIS Y NAVAS, JAIME: "El problema de la pertinencia del depósito de mujer casada en caso de previa separación de hecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, Número 199, 1955, págs. 96-111.

bien, aun en ese escenario, alguna doctrina defendió que la esposa debía volver al hogar conyugal a realizar la diligencia "*fundándose en que la mujer no puede abandonarla por su propia autoridad, y en que el juez no puede autorizar esa situación que conceptúan ilegal*"[82].

2º) A pesar de que la medida cautelar tenía por objeto proteger a la esposa y garantizar su libertad en el proceso, la ley regulaba la práctica de la diligencia de constitución del depósito con intervención del marido. Si los esposos no se ponían de acuerdo en la designación de la persona o institución que debiera actuar como depositaria de la mujer, el juez debía adoptar la decisión tras escuchar a ambas partes. La doctrina entendió lógico que se diera audiencia a la esposa, al ser ella la parte solicitante de la medida y quien iba a vivir la situación de depósito. Sin embargo, se defendió la audiencia al marido en la toma de esa decisión, dado su interés en que "*se halle á cubierto en la casa elegida su propia honra y la de su mujer y que se aleje hasta la sospecha de que en lugar de ser un refugio sagrado para esta, sea un asilo en que pueda faltar á los respetos que debe al hombre á quien juró fidelidad al pie de los altares*"[83]. El recelo a la convivencia separada de los esposos se hace también en este aspecto más que evidente.

3º) En los casos en que la esposa no había formalizado todavía su demanda de divorcio o querella de adulterio al solicitar el depósito se procedía a la práctica de la diligencia de depósito con carácter provisional. El juez intimaba entonces a la mujer a que justificara la presentación de la demanda o querella en el plazo de un mes desde su salida de "*la casa del marido*"[84], bajo apercibimiento de ser restituida a la misma en caso de no hacerlo. Según explicaba la doctrina, era fundamento de la norma que, de no procederse así, se le daría a la mujer "*un pretesto para poder separarse de su marido por su sola voluntad y sin el ministerio de la autoridad pública ni con justa causa, y para ocasionar vejaciones y disgustos á su consorte caprichosamente*"[85].

4º) Finalmente, la determinación del sistema a no tolerar situaciones de separación de hecho entre esposos al margen de las autoridades competentes lo evidencia también el hecho de que el juez, de no verificarse la interposición de la demanda de divorcio tras la constitución del depósito provisional, tuviera que proceder *"de oficio"* a la restitución de la esposa a "*la casa del marido*". Según explicaba la doctrina, esa actuación de oficio se justificaba "*porque se trata de una medida de orden público y que afecta hasta á la moral, cual es que los consortes no vivan separados por su propia voluntad*"[86].

---

[82] DE VICENTE Y CARAVANTES, José: op. cit., pág. 368.

[83] DE VICENTE Y CARAVANTES, José: op. cit., pág. 369.

[84] En este sentido, el artículo 1288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

[85] DE VICENTE Y CARAVANTES, José: op. cit., pág. 371.

[86] DE VICENTE Y CARAVANTES, José: op. cit., pág. 373.

En definitiva, al margen de su finalidad tuitiva, la regulación del depósito también permitió a las autoridades controlar el comportamiento de los esposos durante la tramitación de los procesos matrimoniales y evitar las situaciones de separación de hecho derivadas de las crisis de convivencia en el matrimonio. La ejecución de estas medidas impedía a los cónyuges separados de hecho desarrollar sus vidas con cierta independencia el uno del otro mientras su situación no quedara regularizada. Como veremos ahora, el posible recurso alternativo de los esposos a la autonomía de su voluntad tampoco se presentaba viable.

2.2.3.- El rechazo de los pactos privados y notariales reguladores de la separación de hecho

Los acuerdos privados de separación merecieron rechazo y persecución en nuestro Derecho desde momentos muy remotos. Consta desde antiguo la existencia de las llamadas "*cartas de quitación*" o "*escrituras de separación*". Estos documentos eran acuerdos formalizados entre los esposos ante un escribano, con el objeto de facultarse recíprocamente a vivir separados y repartirse los bienes comunes.

Constan referencias represivas contra dicho tipo de acuerdos incluso en fechas anteriores a la conclusión del Concilio de Trento.

En el Sínodo de Córdoba de 1520 se prohibió a los desposados dar cartas de quitación o libelo de repudio, "*cosa que es contra todo derecho divino y humano*"[87].

También en el Sínodo de Astorga de 1553 se acordó que, "*si algún juez diere o interpusiese autoridad a tales cartas de quitación, que aliende de las penas del capítulo "Cum eterni tribunal", por este hecho sean privados de la judicatura que tuvieren ellos*"[88].

ESPÍN LÓPEZ[89], que estudió archivos eclesiásticos y civiles de los siglos XVI, XVII y XVIII, incidió en que estos pactos carecían de todo reconocimiento legal, hasta el extremo de que el Promotor Fiscal eclesiástico podía promover una demanda contra los otorgantes y el fedatario, privándolos de todo efecto.

Alguna doctrina sugiere que el criterio restrictivo se habría atenuado con el paso de los siglos[90]. Sin embargo, ese férreo rechazo hacia los acuerdos privados de separación

[87] LADERO QUESADA, Miguel Ángel y SÁNCHEZ HERRERO, José: op. cit., pág. 240.

[88] ESPINAR MESA-MOLES, María Paz: *Jurisdicción penal ordinaria e inquisición en la edad moderna (A propósito del delito de bigamia)*, Tesis doctoral, Director de tesis: SUÁREZ BILBAO, Fernando, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013, nota al pie 202, pág. 114.

[89] ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: op. cit., pág. 172.

[90] Así, LORENZO PINAR, Francisco Javier y PANDO BALLESTEROS, María Paz: "Familias en conflicto: separaciones matrimoniales en el occidente castellano (1750-1850)", *Matrimonio, estrategia y conflicto (ss. XVI-XIX)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020, pág. 194, explican que "*[e]n 1843 el provisor zamorano aceptó parcialmente una separación temporal de una pareja, así como algunas de las cláusulas pactadas por los procuradores atendiendo a la «acrimonia» de la pareja, para prever que*

se sigue acusando en la doctrina[91] y en la jurisprudencia civil española hasta bien entrado el siglo XX. Cabe referirse, entre otras, a las SSTS de 19 de diciembre de 1932, que resolvió la nulidad de un pacto de separación entre cónyuges "*por oponerse al deber consignado en el artículo 56 del Código Civil*"; 30 de Septiembre de 1959, que rechazó otro acuerdo de similar contenido porque lo pactado "*no puede ser objeto de contrato*" e incurre en "*causa ilícita*", y además lo considera "*inmoral*" y contrario al "*orden público*"; o 20 de Febrero de 1960, que consideró que el matrimonio determina los deberes de convivencia, fidelidad y asistencia recíproca, y que "*todo pacto o situación de hecho que vulnere este supremo principio de vida común, por ser contrario a las normas del Derecho de Familia puro, es nulo per se*".

Algunos autores realizaron esfuerzos especialmente notables para justificar la legalidad y ajuste a Derecho de posibles pactos privados entre esposos separados de hecho que pudieran permitirles un estatus jurídico patrimonial compatible con su situación personal. Entre ellos, merece especial cita CÁMARA ÁLVAREZ. El autor firmó dos estudios publicados en el *Anuario de Derecho Civil*[92] que, no obstante, él mismo cuestionó en cuanto a su viabilidad y alcance[93].

En conclusión, prácticamente hasta finales del pasado siglo XX, la jurisprudencia tampoco facilitó a los esposos solucionar, mediante el mero ejercicio de su autonomía de la voluntad, los problemas de orden jurídico, personal y económico que les planteaba su separación de hecho.

3.- LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL DERECHO ESPAÑOL ACTUAL

El inicio del actual período constitucional implicó la realización de reformas de muy importante calado en el ámbito del Derecho de familia. El tratamiento de la separación de hecho fue uno de sus exponentes.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, pasó a considerar el *cese efectivo de la convivencia conyugal* como un presupuesto habilitante para poder obtener la separación judicial y el

---

no se llevase a cabo un homicidio en el matrimonio, y, debido «a la licencia de costumbres» que había producido ciertas modificaciones en los comportamientos sociales respecto a las rupturas matrimoniales".

[91] Por ejemplo, VIVES VILLAMAZARES, Francisco: "La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho", *Anales de la Universidad de Valencia*, Volumen XXIX, Curso 55-56, Fascículo 2, Derecho, Valencia, 1956, pág. 20, describe la "*separación de hecho contractual" como "una situación ilegal que indudablemente no admite el Código Civil, pues terminantemente establece su artículo 56 que los cónyuges están obligados a vivir juntos, pudiendo afirmarse que el convenio de los esposos acordándola, no tiene validez jurídica*".

[92] CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (de la): op. cit., págs. 3-127; y "La separación de hecho y la sociedad de gananciales. (Continuación y conclusión)", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 263-311.

[93] CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (de la): "La separación de hecho y la sociedad de gananciales. (Continuación y conclusión)"…, cit., págs. 309-311.

divorcio. Esta norma, junto a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, representan en nuestra opinión un punto de inflexión en nuestro ordenamiento[94], que rompe definitivamente con esa concepción de la separación de hecho como una realidad vergonzante en el seno del matrimonio, en varios modos proscrita. La ley marca un nuevo paradigma. La separación de hecho empieza a concebirse como una situación jurídica requerida de la comprensión, auxilio y atención del legislador, a través de la introducción de instrumentos legales que tratan de dar solución a parte de los problemas que lleva parejos[95].

Aun así, las leyes de reforma del Derecho de familia de 1981 abordaron el tratamiento de la separación de hecho con ciertas cautelas. El debate parlamentario sobre el texto del artículo 945 del Código Civil es una perfecta muestra de lo que apuntamos[96]. Según el dictamen de la Comisión, el precepto disponía, en torno al abintestato, que "*[n]o tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*". El Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña propuso una enmienda con la que pretendían "*que esta misma situación de no llamamiento del cónyuge se produzca también para el supuesto de que, por lo menos durante un año con anterioridad al fallecimiento, los cónyuges estuvieran ya separados de hecho*". La enmienda se rechazó. Las palabras del Diputado Sr. ESCARTÍN IPIENS de refutación al sentido de la enmienda son perfectamente ilustrativas del motivo de su rechazo:

"*… esta enmienda se formuló cuando todavía no estaba en discusión el Título IV del Libro Primero del Código Civil, donde ya se le ha dado una gran facilidad de trato a la separación de hecho para poderla judicializar. Desde este punto de vista la coherencia que hemos llevado en todo el proyecto de ley es que, puesto que estamos facilitando en la tarea legislativa que las separaciones de hecho puedan elevarse a la condición de separación judicial con una gran facilidad de trámite y procedimiento, lo que parece claro es que la separación de hecho en sí es un supuesto equívoco que no revela, ni la*

[94] Ello no obstante, procede apuntar que, poco antes, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ya vislumbra esa nueva posición del legislador hacia la separación de hecho. En dicha ley, la separación de hecho constituye un elemento excluyente de derechos en materia sucesoria (pues se modifica el artículo 945, excluyendo al cónyuge separado de hecho del llamamiento a la herencia intestada), y se reconoce como circunstancia relevante en la regulación de las relaciones económicas entre cónyuges (dando lugar, en concreto, a la nueva redacción de los artículos 1368, 1388 y 1393.3º, en el ámbito del régimen económico de la sociedad de gananciales).

[95] En este sentido, los remedios de la separación y el divorcio, o, como examinaremos más adelante, la posibilidad de disolver el régimen de la sociedad de gananciales, incluyendo también previsiones específicas para su administración ante la ruptura fáctica de la pareja, o para la protección de ciertos acreedores consorciales.

[96] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión plenaria número 140, celebrada el jueves, 18 de diciembre de 1980. Pág. 9042.

voluntad de separación, ni la de continuar, y que no se le puede dar trascendencia jurídica, máxime cuando hemos facilitado los medios de hacerla judicial.

Siguiendo este criterio, por consiguiente, en la separación de hecho hay que tener en cuenta que la nueva situación impide atribuir un efecto negativo al ejercicio de un derecho en el cónyuge que no viva junto con su otro cónyuge; y que algo que le privaría del ejercicio de un derecho hay que reflexionarlo e interpretarlo restrictivamente.

En conclusión, nos oponemos a la enmienda porque el cónyuge separado de hecho tiene una vía fácil de acceso a la separación judicial, y porque la separación de hecho en sí es un supuesto equívoco que no fundamenta la privación de un derecho".

La enmienda se rechazó[97].

Podemos comprobar, por tanto, cuál es la toma de postura del legislador de 1981 frente a la separación de hecho. Se trata, en resumen, de una situación a la que se decide dar una regulación y a la que se quiere conceder remedio jurídico para permitir que los esposos afectados por esa incidencia puedan separar sus personas y bienes. Sin embargo, la separación de hecho se considera una situación *equívoca*, a la que debe evitarse atribuir consecuencias jurídicas automáticas y, en particular, constituir el fundamento de la privación de un derecho. Se razona además que, si se facilita a los cónyuges la obtención de la separación judicial acreditando su separación de hecho, de no hacerlo así los afectados no corresponde atribuirles los mismos efectos que habrían obtenido mediante el remedio al que no han querido recurrir.

De manera progresiva, el ordenamiento español ha ido cambiando su referida orientación. Este fenómeno se ha hecho patente en distintas áreas de nuestro Derecho. Nuestro propósito es ofrecer una panorámica amplia y general de nuestro ordenamiento jurídico, que resulte suficiente para extraer conclusiones sobre su conjunto[98]. Vamos a realizar esta tarea ordenando nuestro análisis por áreas del ordenamiento que, en nuestra opinión, resultan más significativas a los efectos analizados. Una vez concluido su examen, ofreceremos algunas conclusiones.

[97] Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 193: a favor, 84; en contra, 104; abstenciones, 5.

[98] Escudriñar entre todos los textos legales que componen el actual ordenamiento jurídico español para obtener una relación integral de normas que citen y regulen de manera expresa la separación de hecho, con el objeto de proceder a su detenido análisis, resulta una tarea de enorme complejidad. Nuestro propósito ha sido abarcar una amplitud y diversidad de cuerpos legales que resulte suficiente para alcanzar conclusiones generales.

3.1.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho civil

3.1.1.- Derechos de la persona

3.1.1.1.- Nacionalidad

El Código Civil prevé la concesión de la nacionalidad por residencia. Su artículo 22.2.d) precisa que bastará el tiempo de residencia de un año para el que, en el momento de la solicitud, llevare un año casado con español o española y no estuviere "*separado legalmente o de hecho*". La regla se repite en la letra "e)" del mismo precepto para el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera "*separación legal o de hecho*".

La mención expresa en el precepto a la separación de hecho y su equiparación de tratamiento a la separación legal se introdujo con la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

3.1.1.2.- Vecindad civil

El artículo 14.4 del Código Civil establece que el matrimonio no altera la vecindad civil; no obstante, según la norma, cualquiera de los cónyuges "*no separados, ya sea legalmente o de hecho*", podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro. La mención conjunta y equiparación entre separación legal y de hecho que realiza deriva de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

3.1.1.3.- Filiación

Conforme a la redacción original del artículo 108 del Código Civil, se presumían hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, "*y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges*". El precepto añadía que, contra esa presunción, no se admitiría otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

La jurisprudencia entendió que la separación legal era la única referida en el precepto[99]. En esa tesitura, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código

[99] La STS de 7 de marzo de 1963 conoció de un procedimiento sobre impugnación de paternidad. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda interpuesta por el actor y la Audiencia Territorial de La Coruña había revocado el fallo, estimando el recurso de apelación promovido por la madre demandada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, resolviendo: "…*el artículo 108 del Código Civil (...) claramente exige la "separación legal efectiva de los cónyuges"; y el 108, al hablar sólo de "separación de los cónyuges", alude únicamente a la jurídica, que es la que contempla y tiene importancia para el derecho, mientras que la de hecho no se tiene en cuenta más que cuando puede ser de prueba para acreditar la imposibilidad física del acceso en el período que el precepto señala; o sea, que para que la presunción de legitimidad desaparezca, es precisa la separación legal efectiva de los cónyuges, que traslada a la madre la carga de probar la paternidad del marido con relación al hijo*

Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio dio nueva redacción a los artículos 116 y 118.

Según el artículo 116, 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. El artículo 118 dispone que, aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la "*separación legal o de hecho*" de los cónyuges, la filiación podrá inscribirse como matrimonial si ambos lo consienten.

En términos similares la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece en su artículo 235-5 que se tienen por hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la "*separación, legal o de hecho*" de los cónyuges, y que los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la *"separación legal o de hecho"* de los cónyuges son matrimoniales si se prueba que han nacido a consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges.

La equiparación de tratamiento entre separación legal y de hecho en materia de filiación también se proyecta en el ámbito registral. En este sentido, el artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, establece que la filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo se hará constar cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, *"aunque existiera separación legal o de hecho".* Asimismo, el precepto establece que también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y *"no separada legalmente o de hecho",* con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

3.1.1.4.- Emancipación

El vigente artículo 244.2º del Código Civil permite a la autoridad judicial conceder la emancipación a los mayores de dieciséis años que la soliciten "*cuando los progenitores vivieren separados*".

---

nacido en el matrimonio. (...) si bien es cierto que existe un cuerpo de doctrina legal que asimila el supuesto de separación legal de los esposos, al caso de la separación de hecho de la mujer, con expreso o tácito consentimiento del marido, tal doctrina fue proclamada resolviendo cuestiones de competencia, o de las antes llamadas de depósito de mujer casada, o de alimentos provisionales, que no son de interpretación tan restrictiva como las relativas a filiación y legitimidad; por lo que no se reputa de aplicación a estos casos, para los que, además, no fue pronunciada".

La actual norma procede del artículo 320, introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio[100].

Claramente el legislador atiende en este caso a la mera realidad fáctica de la vida separada entre los progenitores del solicitante de la emancipación. No importa a esos efectos que dispongan o carezcan de sentencia de separación, divorcio o nulidad[101].

3.1.1.5.- Ausencia

Salvo motivo grave apreciado por el letrado de la administración de Justicia que intervenga en el asunto, la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones corresponde, en primer lugar, al cónyuge presente mayor de edad "*no separado legalmente o de hecho*". Así lo previene el vigente artículo 184.1 del Código Civil, cuya norma procede de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Previsiones semejantes se observan en algunas normativas de Derecho civil autonómico.

Según el artículo 48.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, en situación de ausencia no declarada, salvo previsión expresa del ausente, solo puede corresponder al cónyuge "*no separado legalmente o de hecho*" la representación del ausente de hecho en los actos y negocios jurídicos previstos en el precepto.

En Navarra, el artículo 46 del Fuero Nuevo también excluye como posible defensor del desaparecido al cónyuge presente, "*separado legalmente o de hecho*", y su artículo 48 releva, asimismo, del deber de promover e instar la declaración de ausencia legal de su cónyuge, al esposo "*separado legalmente o de hecho*".

3.1.1.6.- Medidas de apoyo a las personas con discapacidad

La separación de hecho constituye también una situación jurídica relevante en la reforma del Código civil acometida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

[100] El citado precepto establecía que "*[e]l Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: (…) 2.° Cuando los padres vivieren separados".*

[101] En este sentido, por ejemplo, se pronunció el AAP de Madrid de 15 de febrero de 2007, afirmando que, "*como dicen los autores su razón de ser es evitar las posibles y desagradables consecuencias que pudieran derivar para los hijos de las crisis matrimoniales siendo aplicable el n.º 2 tanto a la separación de hecho como de derecho y por tanto también en caso de divorcio o nulidad*".

En primer lugar, mediante los poderes y mandatos preventivos previstos en los artículos 256 y 257 del Código Civil, el poderdante puede facultar a su apoderado a realizar actos en su representación en caso de que, en el futuro, precise apoyo para ejercer su capacidad jurídica. El artículo 258 del Código Civil prevé que, cuando el apoderado sea el cónyuge del poderdante, "*el cese de la convivencia*" producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de éste.

En segundo lugar, la separación de hecho de la persona con discapacidad también puede determinar la exclusión de su cónyuge como posible curador, incluso en las situaciones de autocuratela.

Así, el artículo 271 del Código Civil permite a cualquier persona designar en escritura pública a una o varias personas para el ejercicio de la curatela en caso de que sobrevengan circunstancias que requieran su nombramiento. Según el artículo 272 del Código Civil, esta propuesta vinculará a la autoridad judicial, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o "*alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*". Cobra pleno sentido proponer que la separación de hecho sobrevenida al otorgamiento de la escritura entre el otorgante y el cónyuge propuesto en ella para el ejercicio del cargo ha de determinar la ineficacia del nombramiento.

La reforma contempla también la posibilidad de otorgar la escritura de autocuratela delegando "*en el cónyuge*" la elección del cargo entre las personas que se designen por el otorgante. Así lo establece el artículo 274 del Código Civil. Cabe preguntarse también en este contexto si la separación de hecho posterior al otorgamiento de la escritura entre el otorgante y su cónyuge tiene trascendencia jurídica.

Parece razonable concluir -como hace HIJAS CID- que, ante el silencio del Código Civil sobre estas cuestiones, se aplique por analogía el criterio del artículo 258, "*puesto que la delegación tiene una naturaleza muy similar a la de un poder preventivo especial, con la única facultad de designar curador y, además, está basado en la confianza, que decae por la separación de hecho posterior*"[102].

En cualquier caso, creemos que el planteamiento que sostenemos junto a la anterior doctrina es el más coherente con las normas procesales que introdujo la misma Ley 8/2021, de 2 de junio, para modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, su artículo 757.1 sólo legitima al "*cónyuge no separado de hecho o legalmente*" para solicitar la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad. Esta

[102] HIJAS CID, Eduardo: *Novedades en la regulación de la autocuratela*. Septiembre-Octubre de 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autocuratela (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).El autor añade además que, "*de existir demanda de separación judicial, se podría además subsumir en la revocación de consentimientos o poderes entre cónyuges, que establece el artículo 102 CC*".

misma expresión es la que emplea el artículo 42.bis.a.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en dicho expediente[103].

Incluso, cabe remitirse al artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que, en este tipo de procesos, el tribunal dará audiencia "*al cónyuge no separado de hecho o legalmente*" a efectos de prueba. Este precepto ordena también que, cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oirá al "*cónyuge no separado de hecho o legalmente*" de la persona con discapacidad. El artículo 42.bis.b de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, coherente con esta reglamentación, establece que, admitida a trámite la solicitud, se convocará a la comparecencia al "*cónyuge no separado de hecho o legalmente*". Entendemos por ello que el cónyuge separado de hecho no debe intervenir de ningún modo en la disposición de las medidas de apoyo de su consorte.

En caso de que la persona con discapacidad no haya dispuesto instrumentos de autocuratela, el artículo 276 del Código Civil establece, finalmente, la relación de personas que la autoridad judicial puede nombrar para ejercer la curatela. El precepto se refiere entre otras al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, "*siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo*". En nuestra opinión, esto excluye el nombramiento para ejercer dicha medida no solo al cónyuge separado legalmente, sino también al separado de hecho[104]. Entendemos aplicables los mismos razonamientos ya expuestos anteriormente. En cualquier caso, aparte de no poder presumirse el mantenimiento de relación de confianza entre el cónyuge requerido de la medida de apoyo y el separado de hecho, su falta de cohabitación dificultaría el ejercicio del cargo en varias de sus facetas asistenciales.

Ya en el ámbito de la regulación de las últimas voluntades, la separación de hecho puede afectar también a la validez de la designación de la que persona que el enfermo haya designado como su representante para la toma de decisiones en situaciones en las que él mismo no pueda actuar por sí solo. SERRA RODRÍGUEZ[105] apunta, en cuanto a

[103] Coincide en ello el artículo 169-15.2 del Código del Derecho Foral de Aragón introducido por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, al disponer: "*Podrán instar la constitución de la curatela el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos, así como las personas físicas o jurídicas que le vinieran prestando apoyo*".

[104] Este es el sentido en que se pronuncia la SAP de Alicante de 16 de diciembre de 2021. La sentencia de primera instancia designó curador a uno de los hijos de la persona necesitada de la medida de apoyo. Recurre el nombramiento y lo solicita para sí la esposa separada de hecho de la persona con discapacidad. La Sala de apelación rechaza el recurso, advirtiendo que se encuentra pendiente un proceso de divorcio entre los cónyuges, y que estos no conviven ni existe entre ellos *affectio maritalis*.

[105] SERRA RODRÍGUEZ, Adela: "La planificación personal ante una futura pérdida del pleno uso de facultades mentales", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 1072. La autora cita el artículo 5 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas (a cuyo tenor: "*El otorgante puede designar a uno o a diversos representantes simultáneos o sucesivos para que sean los interlocutores válidos a la hora de llevar a cabo la voluntad contenida en el documento. La representación otorgada a favor del cónyuge o de la*

esto, que, "*en algunas leyes autonómicas se prevé que, cuando el nombramiento del representante recaiga en cónyuge o pareja de hecho se extinguirá con interposición de demanda de nulidad, separación o divorcio o la extinción de la pareja de hecho, o cese de la convivencia*".

3.1.1.7.- Derecho al honor

El artículo cuarto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se refiere a las personas legitimadas para ejercitar las acciones previstas en su defensa. El precepto señala que la legitimación corresponde a quien el finado haya designado a tal efecto en su testamento.

El apartado "dos" del artículo establece que, no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección determinados parientes de la persona fallecida. Entre ellos la norma se refiere al "*cónyuge*", sin hacer mayor precisión.

En esa tesitura, la doctrina ha discutido acerca de la posible legitimación activa del cónyuge que estuviera separado del finado, legalmente o de hecho, en el momento de su fallecimiento. Algunos autores sostienen que la separación, sea legal o de hecho, priva de legitimación al cónyuge del finado[106]. Otros, por el contrario, entienden que no cabe restringir esa facultad contra la letra del precepto, por lo que el cónyuge separado la conservaría[107].

---

pareja estable o de hecho queda sin efecto por la interposición de una demanda de nulidad, de separación matrimonial o de divorcio, o por el cese de la convivencia, a no ser que el declarante manifieste expresamente que la representación continua vigente"). La legislación valenciana contrasta con ese criterio. En este sentido, el artículo 16 de la Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida, previene que "*en una situación de incapacidad a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, tanto la responsabilidad de recibir información como la de dar o revocar consentimiento basado en la información corresponderán en su lugar, siempre que sea posible y por su orden, a las personas previstas en el apartado 4 del artículo 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de salud de la Comunitat Valenciana*"; y lo previsto por este último precepto (letra "a") es que, "*cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y carezca de representante legal, el orden de prelación de las personas vinculadas al mismo para prestar el consentimiento informado por sustitución o representación será el siguiente: el* cónyuge no separado legalmente *o el miembro de la unión de hecho formalizada de conformidad con lo establecido en la legislación vigente o, en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. No obstante, si el paciente hubiera designado previamente por escrito o de forma indubitada a una persona a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia*". Como vemos, en el caso de la norma valenciana, solo la separación legal está prevista como causa de exclusión, no así la de hecho.

[106] Por ejemplo, GRIMALT SERVERA, Pedro: *La protección civil de los Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2007, pág. 77.

[107] Se ha manifestado en este sentido RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: *La protección de la memoria defuncti*, Tesis doctoral, Director de tesis: LLAMAS POMBO, Eugenio, Departamento de Derecho privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012, pág. 165.

Lo que parece claro es que, independientemente de la corriente de interpretación que se siga, a los efectos que nos ocupan el cónyuge separado de hecho merece el mismo tratamiento que el separado en forma legal[108].

3.1.1.8.- Adopción

El artículo único de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, daba nueva redacción a varios de sus preceptos. Como rasgo general, esta ley prescindía de regular la incidencia de la separación de hecho en el instituto que disciplinaba. Así, el reformado artículo 172 prohibía la adopción a uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, "*salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación*"; el artículo 173 disponía que, para la adopción de un mayor de catorce años, debían prestar consentimiento éste y su cónyuge, precisando que no debía otorgarlo este último "*en caso de separación legal*".

Tras los "*ligeros retoques*" que introdujeron las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, sobre el instituto, el artículo segundo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificaba el capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, reformando de nuevo los artículos 172 a 180. La situación cambió significativamente. El nuevo 177.2 exigía el asentimiento a la adopción del cónyuge del adoptante, "*salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*". Ambas formas de separación quedaban así, a tales efectos, equiparadas.

El vigente artículo 175.5 del Código civil, con la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sigue equiparando a los cónyuges separados legalmente y a los separados de hecho. Así, cuando el adoptando se halle en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges, "*la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción*" no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando

[108] La equiparación a la que hacemos referencia fue expresa en el Derecho civil aragonés. Así, el artículo 35 del Código del Derecho Foral de Aragón, disponía bajo la rúbrica "*Intromisión en los derechos de la personalidad*": "*Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para este*". Tras la reforma operada por la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas, la cuestión pasa a regularse en el artículo 43, que mantiene la misma rúbrica pero con un contenido sustancialmente diferente: "*1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los de la persona mayor de edad con discapacidad que esté en condiciones de decidirla por sí sola dependerá de su exclusiva voluntad. 2. Si no puede decidir la intromisión por sí sola, se estará a lo que haya podido prever voluntariamente al respecto. En su defecto, la intromisión solo será posible cuando lo exija el interés de la persona con discapacidad apreciado por quien le viene prestando apoyo y a falta, imposibilidad o negativa de este, por el Juez*".

se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Asimismo, el Código parece conceder el mismo tratamiento a los cónyuges separados legalmente o de hecho en su artículo 177.2, al regular el asentimiento a la adopción. Según la norma, el cónyuge deberá asentir a la adopción "*salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta*".

La equiparación también es absoluta en el Derecho catalán. Así, conforme al artículo 235-41.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, debe dar el asentimiento a la adopción, si no está imposibilitado para hacerlo –entre otras personas a las que se refiere el precepto-, el cónyuge del adoptante, *"excepto en el caso de separación legal o de hecho"*.

3.1.1.9.- Reproducción asistida

En el ámbito normativo de las técnicas de reproducción, el legislador también equipara la separación legal y la separación de hecho. Así, el artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que con relación a la mujer casada usuaria que precisará el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran "*separados legalmente o de hecho*".

Por otra parte, el artículo 7 de la misma Ley establece que, cuando la mujer usuaria estuviere casada con otra mujer con la cual no estuviera *"separada legalmente o de hecho"*, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

3.1.2.- Obligaciones y contratos

3.1.2.1.- Arrendamientos urbanos

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, dedica también algunos de sus preceptos a regular la incidencia de la separación conyugal en este tipo de contratos.

En primer lugar, al definir el contrato de arrendamiento de vivienda, su artículo 7 realiza una expresa equiparación entre separación legal y de hecho, al establecer que el arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge *"no separado legalmente o de hecho"*, o sus hijos dependientes.

Lo mismo sucede con su disposición transitoria segunda, en la que se regulan los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. A los efectos de su extinción y subrogación, la disposición establece que, a partir de la entrada en vigor de la ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del texto

refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 sólo podrá tener lugar a favor –entre otros parientes- del cónyuge del arrendatario "*no separado legalmente o de hecho*". La norma continúa indicando que, al fallecimiento de la persona que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, se hubiese subrogado en la posición del inquilino antes de la entrada en vigor de la presente ley, sólo se podrá subrogar –entre otros familiares- su cónyuge *"no separado legalmente o de hecho".*

Por otra parte, la doctrina ha examinado la incidencia de la separación conyugal en dos situaciones especiales en las que el cónyuge del arrendatario puede sucederle en su relación jurídica frente al arrendador.

El primer supuesto es el que se produce en caso de fallecimiento del cónyuge arrendatario. Sobre esto, en lo que nos interesa, el artículo 16 de la Ley reconoce el derecho a subrogarse en el arrendamiento al *"cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él"*. Nada precisa la Ley sobre la atribución de dicho derecho al cónyuge separado, ya lo sea con las formalidades legalmente previstas, o simplemente de hecho. Ante este silencio la doctrina ha realizado distintas interpretaciones. Algunos autores se inclinan por no reconocer el derecho de subrogación al cónyuge separado, entendiendo que esta situación jurídica implica la falta de convivencia[109]. Otros autores condicionan el derecho a la subrogación a que los esposos, aun separados de hecho o legalmente, sigan siendo convivientes[110]. Lo que

[109] Así, PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: *El arrendamiento de vivienda: subrogación "mortis causa"*, Comares, Granada, 1999, págs. 188 y 189; y, el mismo autor, en "*El arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges constante matrimonio y la subrogación mortis causa, a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Supremo*". 2 de noviembre de 2010. Disponible en: https://elderecho.com/el-arrendamiento-suscrito-por-uno-de-los-conyuges-constante-matrimonio-y-la-subrogacion-mortis-causa-a-la-luz-de-la-reciente-doctrina-del-tribunal-supremo (fecha de consulta: 17 de enero de 2025). En su obra más reciente, este autor considera que "*en los supuestos de separación judicial o de hecho, aunque sigue existiendo vínculo matrimonial, la convivencia cesa, por lo que entendemos que no cabrá subrogación*". Coinciden en esta valoración GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: "Comentario del artículo 16 de la LAU", *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, VVAA, Coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 475-476; o GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "Comentario al artículo 16 de la LAU", *Arrendamientos urbanos, Estudio teórico práctico*, Volumen I, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 185.

[110] En esta línea, por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar María: "La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 696 (separata), 2006, págs. 6-7, considera que en los supuestos de "*separación de hecho o judicial*", la subrogación en principio podría ser posible, pues continúa vigente el vínculo matrimonial entre los esposos, si bien sería precisa la convivencia entre el cónyuge separado de hecho o judicialmente y el arrendatario en el momento de su fallecimiento. La autora advierte que podrían surgir problemas en relación con el conviviente more uxorio. La importancia de esta cuestión radica en que puede existir un conviviente *more uxorio* que viviese con el finado en la vivienda arrendada, por lo que en casos de conflicto debería poder subrogarse en la posición del arrendatario no el cónyuge separado legalmente o de hecho que al tiempo del fallecimiento conviviera con el arrendatario, sino el conviviente more uxorio que convivía con él. También PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "Comentario al artículo 16 de la LAU", *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VVAA, Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 152; o LEÓN-CASTRO, José y DE COSSÍO, Manuel: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, pág. 97.

parece lugar común es tratar a esos efectos del mismo modo, según la tesis propuesta por cada una de las posturas, al cónyuge separado legalmente y al separado de hecho.

El segundo supuesto es el de la posible continuación del arrendamiento por parte del cónyuge del arrendatario original en las situaciones de crisis matrimonial. De la lectura de los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, también resulta una cierta equiparación de tratamiento cuando la separación sea legal o de hecho.

Por una parte, según el artículo 15 de la Ley, en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar como titular del contrato en el uso de la vivienda arrendada cuando éste le sea atribuido de acuerdo con la legislación civil, de forma permanente o por un plazo superior al que reste por cumplir del contrato de arrendamiento. Obviamente el precepto no se refiere a la separación de hecho como hipótesis fáctica, toda vez que, por definición, ésta tiene lugar al margen de todo proceso y no habrá acto formal de adjudicación del uso del inmueble.

Ello no obstante, llegado el caso de que, ante la pérdida de la *affectio maritalis*, el cónyuge arrendatario de la vivienda decida abandonarla unilateralmente o por acuerdo con su consorte, cabría aplicar lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley. Según este precepto, si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del mismo. Esta opción se concede también al cónyuge del arrendatario que se quede en la vivienda, en el caso de que el arrendatario la abandone sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, y el interesado en permanecer en su disfrute se lo comunique al arrendador dentro del mes siguiente al del abandono del domicilio.

3.1.2.2.- Arrendamientos rústicos

La equiparación en el tratamiento de la separación de hecho y la separación legal también se aprecia en normativa reguladora de los arrendamientos rústicos.

El artículo 111 de la Ley de Derecho civil de Galicia establece que, en caso de muerte o imposibilidad física del arrendatario, puede subrogarse en el contrato el cónyuge no separado legalmente o de hecho.

En Valencia, según el artículo 45 de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, tras el fallecimiento de la persona titular del arrendamiento histórico, se reconoce el derecho a continuar el arrendamiento a determinadas personas, entre ellas el cónyuge supérstite *"no separado legalmente o de hecho"*, que tenga hijos comunes con la persona causante.

3.1.2.3.- Seguro de vida

Conforme al artículo 85 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la designación del cónyuge como beneficiario del seguro de vida atribuirá tal condición al que lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado. La doctrina se ha cuestionado si el cónyuge superviviente que se halle separado legalmente o de hecho del finado conserva dicho derecho.

La STS de 15 de julio de 2005 resolvió un supuesto en el que la esposa del finado era la beneficiaria en un seguro de vida contratado por él. Según esta sentencia, las normas rectoras de la sucesión y las que regulan el derecho a beneficiarse del seguro de vida *"guardan entre sí una estrecha relación, y, en este sentido, el artículo 834 del Código Civil, que consagra los derechos hereditarios del cónyuge siempre que al morir su causante no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto, nos proporciona una pauta interpretativa que resulta útil, en atención a que se habrá de determinar a cuál de los esposos le corresponde la culpa de la separación".*

Dado que en, en el caso enjuiciado, la sentencia de separación se había dictado en un procedimiento seguido de mutuo acuerdo, esta circunstancia dio a entender al tribunal que, a los efectos analizados, ambos cónyuges eran "inocentes" y, por consiguiente, la viuda no tenía derecho a la legítima. Por ello, la resolución no consideró a la demandante la calidad de beneficiaria del seguro.

Creo que cabe compartir con MARIÑO PARDO [111] que la aplicación de esta doctrina, tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, lleva a considerar que también la separación de hecho –con más razón aún la separación legal- privaría al cónyuge de su condición de beneficiario designado en la póliza.

Si, por el contrario, se optara por una interpretación literal del artículo 85 de la Ley y se entendiera que la mera separación, legal o de hecho, no afecta a la condición de "cónyuge" prevista en el precepto[112], la conclusión también sería la plena equiparación entre estas dos situaciones.

[111] MARIÑO PARDO, Francisco: *Bienes gananciales y privativos (6). El contrato de vitalicio. La renta vitalicia. El cónyuge beneficiario del seguro de vida. La designación del cónyuge como beneficiario del seguro de vida y la posterior separación. Si se designa beneficiarios a los herederos legales, ¿comprende esta designación al cónyuge viudo por su cuota legitimaria? La colación de las primas pagadas por un cónyuge en que es designado beneficiario el otro. Otros seguros.* Los fondos de inversión. 11 de enero de 2016. Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2016/01/bienes-gananciales-y-privativos-6-el.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[112] En este sentido, la STS de 6 de junio de 2006, entendió que la crisis matrimonial no es causa suficiente para privar al cónyuge de la condición de beneficiario del seguro de vida, sin que exista sentencia de separación conyugal.

3.1.2.4.- Revocación de donaciones

Conforme al artículo 1343 del Código Civil, en las donaciones por razón del matrimonio otorgadas por terceros, "*la separación*" se reputará incumplimiento de cargas si los hechos que la causaron fueran imputables, según la sentencia, al cónyuge donatario. Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se considera que este precepto ha sido objeto de tácita derogación[113].

Sin embargo, en el Derecho navarro, la Ley 126 de su cuerpo de normas forales, establece que "… *las donaciones realizadas por terceros en contemplación de la perpetuación de la familia en una nueva generación con la finalidad de lograr la unidad y continuidad del patrimonio o empresa familiar podrán revocarse por la separación legal o de hecho y divorcio de los cónyuges de cuyo matrimonio trajera causa la donación, por la extinción en vida o ruptura de la pareja en cuya contemplación tuvo lugar y por la modificación del grupo familiar de la persona en cuya consideración se hubiera realizado la misma*". Vemos cómo aquí aparece nuevamente un tratamiento igualitario de la separación de hecho y la separación legal.

En este mismo sentido, como indica MOLINER NAVARRO[114], la hoy derogada Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, también recogía entre las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias* de su artículo 35 "*la separación de hecho o judicial de los cónyuges".*

3.1.3.- Responsabilidad civil extracontractual

Otro referente del ordenamiento que concede una equiparación plena a la separación legal y a la de hecho es el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

El título IV de esta Ley reglamenta el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Su artículo 62 recoge las categorías de perjudicados a los efectos de reconocimiento de las indemnizaciones por causa de muerte. Entre ellos se encuentra el cónyuge viudo. El artículo 63 se refiere al importe al que tiene derecho "*el cónyuge viudo no separado legalmente*",

[113] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de Derecho Civil*, Número 65, 2012, pág. 1014.

[114] MOLINER NAVARRO, Rosa María: *La ley del régimen económico matrimonial valenciano. Cuestiones abiertas en torno a su aplicación.* Diciembre de 2013. Disponible en: https://roderic.uv.es/items/2c220bf5-acf2-4199-93f1-9c78a6e0dee3. (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

disponiendo literalmente que "*la separación de hecho y la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio se equiparan a la separación legal*"[115].

Asimismo, la doctrina se ha planteado la posible legitimación del cónyuge separado de hecho para reclamar una indemnización por el daño moral subsiguiente y consecuente al fallecimiento de su consorte. Sobre ello, opinamos con CLEMENTE MEORO y SERRA DOMÍNGUEZ[116] que "*si ya no hay convivencia ni afecto entre los cónyuges, no cabe presumir el daño moral de uno de ellos por el fallecimiento del otro. Sólo probando que tal tipo de perjuicio se ha producido (porque, por ejemplo, la separación de hecho es reciente y fue unilateralmente impuesta por el cónyuge fallecido) cabría conceder indemnización al cónyuge viudo separado; desde luego cuando lo está legalmente, pero también si lo está de hecho*". Esto lo entendemos así porque, como hacen ver los indicados autores, quien reclama la indemnización ejercita un derecho propio, que es el de ser reparado en el daño que causa a su propia integridad personal el deceso del ser querido.

3.1.4.- Prescripción de acciones

En el Derecho civil catalán, la separación de hecho y la legal reciben también una equiparación de tratamiento en materia de cómputo de plazos de prescripción de acciones entre cónyuges. Así, el artículo 121-16 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que, en las pretensiones entre cónyuges, la prescripción se suspende mientras dura el matrimonio, "*hasta la separación legal o de hecho*".

3.1.5.- Derechos reales

3.1.5.1.- Comunidad de bienes

La Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, recoge en su artículo 552-11 el denominado "*procedimiento de la división*". El apartado 6 del precepto equipara también la separación de hecho a la legal, al disponer que las comunidades ordinarias que existen entre los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, pueden dividirse considerando como una sola división la totalidad o una

[115] El precepto se añadió por el artículo único.7 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Cabe reseñar que en el texto original de la Ley se consideraba cónyuge al "*no separado legalmente*" al tiempo del accidente (nota 2 de la Tabla 1).

[116] CLEMENTE MEORO, Mario Enrique y SERRA RODRÍGUEZ, Adela: "Legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento y lesiones o enfermedades", *Culpa y responsabilidad*, Coord. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 232.

parte de los bienes sometidos a este régimen, añadiendo: "*Se aplica el mismo criterio en los casos de separación de hecho y de ruptura de una pareja estable*"[117].

3.1.5.2.- Usufructo

También en la legislación de Cataluña, el artículo 561-14 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, al referirse a la cotitularidad en el usufructo, establece que éste, si se ha constituido en consideración expresa al matrimonio de los favorecidos, en caso de divorcio, nulidad "*o separación legal o de hecho de los cónyuges*", se extingue totalmente, salvo que se demuestre que es otra la voluntad del constituyente.

3.1.6.- Derecho de familia

3.1.6.1.- Disposición de vivienda familiar

El artículo 1320 del Código Civil constituye una norma de régimen económico matrimonial primario. Este precepto exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges.

Por otra parte, el artículo 96 del Código Civil dispone -en términos muy similares- que, para disponer de la vivienda y sus bienes cuyo uso haya sido atribuido en un proceso matrimonial sobre nulidad, separación o divorcio, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial.

Conforme explica MARIÑO PARDO[118], el artículo 1320 Código Civil es aplicable en situaciones de normalidad matrimonial, o de conflicto familiar aún no judicializado. Cuando la disputa conyugal ya pende ante los tribunales y estos deciden sobre el uso, se estará entonces al artículo 96 Código Civil[119]. Como explica DOMÍNGUEZ LUELMO,

[117] Cabe comprobar cómo el artículo 437.4.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no incorpora ninguna previsión similar.

[118] MARIÑO PARDO, Francisco: *El consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de la vivienda familiar perteneciente a uno de ellos. El artículo 1320 del Código Civil*. 14 de julio de 2016. Disponible en: www.iurisprudente.com/2016/07/el-consentimiento-de-ambos-conyuges.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[119] El autor advierte que, no obstante, ambas normas han sido interpretadas en ocasiones de modo complementario, citando al efecto la SAP de Madrid de 13 de noviembre de 2013, en cuanto explica que "*el ámbito de aplicación de ambos preceptos es distinto. Así, de no existir proceso matrimonial alguno o si en este no se ha adoptado la medida de atribución del uso de la vivienda familiar, el único precepto de aplicación sería, en su caso, el 1.320. Por el contrario, cuando ya no exista régimen económico matrimonial alguno (según el párrafo primero del artículo 95 del Código Civil las sentencias firmes de nulidad, divorcio y separación producen la disolución del régimen económico matrimonial) pero subsista la medida de atribución del uso de la vivienda familiar adoptada en un proceso matrimonial, sólo podrá aplicarse el párrafo cuarto y último del artículo 96 del Código Civil. Y ello sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, serán ambos preceptos de aplicación conjunta (Así cuando se acuerda la atribución del uso de la vivienda familiar antes de la iniciación del proceso matrimonial, como medida*

aunque el régimen de disposición sobre el inmueble del artículo 96 es idéntico al del artículo 1320, en las crisis matrimoniales resueltas judicialmente "*este precepto no puede resultar aplicable porque requiere la subsistencia del matrimonio con independencia de su régimen económico; y el artículo 96 se encuadra dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio*"[120].

Esto repercute, por tanto, en el tratamiento de la disposición de la vivienda familiar por el cónyuge separado de hecho y el separado legalmente. En principio, el primero quedará sujeto al régimen del artículo 1320 y, el segundo, al del artículo 96.

Comenzando por la doctrina registral, la RDGRN de 17 de mayo de 2005 dispuso que, en el supuesto de que el titular registral de un inmueble sea un *cónyuge separado*, que por tanto no ha roto el vínculo matrimonial, para que no le sea exigible la declaración de que no es la vivienda habitual al disponer del mismo, es exigible que se añada las palabras "*legalmente*" o "*judicialmente*". En este sentido, el centro directivo consideró que no podía haber ambigüedad en un tema de tanta trascendencia para la seguridad jurídica por los especiales efectos que reconoce el ordenamiento jurídico a la inscripción, sin que tuviera las mismas consecuencias jurídicas una separación de hecho que la separación judicial[121].

Ciertamente, la interpretación ofrecida por esta resolución puede verse condicionada por el nuevo tenor del artículo 96 del Código Civil, toda vez que éste sí obligaría ahora –al menos *a priori*- al cónyuge separado legalmente a recabar el consentimiento del otro, o la autorización judicial, para disponer de la que fue vivienda familiar.

---

provisionalísima - art. 104 del C.c.-, o durante su curso, como medida provisional - art. 103 del C.c .-, y mientras no es firme la sentencia de nulidad, divorcio o separación que desencadena la disolución del régimen económico matrimonial), y que, al responder a idéntica razón de ser y perseguir la misma finalidad, suelan los dos preceptos ser analizados conjuntamente por la doctrina, por la que no se duda en completar (por la vía de la analogía, art. 4 número 1 del C.c .) lo dispuesto en el párrafo cuarto y último del artículo 96 del Código Civil con lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1.320 y en el 1.322 del Código Civil".

[120] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: "Comentario al artículo 96.3 del Código Civil", *Comentarios a la Ley 8 / 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, VVAA, Dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, 151-158

[121] La resolución fundamenta literalmente que "*... el estado civil es un concepto histórico y variable, por lo que se han calificado de situaciones dudosas, entre otras las de separado judicialmente o de hecho, por cuanto en ellas, subsiste el matrimonio que determina el indiscutido estado civil de casado. Esas situaciones de separación producen sus propios y peculiares efectos reconocidos por la legislación, efectos que son muy distintos, tanto en el ámbito sucesorio, personal o familiar, como en el patrimonial, según la separación sea legal o simple separación de hecho. Uno de esos efectos, tiene que ver con la aplicación o no de la norma de protección familiar recogida en el artículo 1.320 del Código Civil. Así cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004); sin embargo, no ocurre así en la separación de hecho, en la que por no haber tenido lugar el control y garantía que en orden a la protección y estabilidad familiar, supone la sentencia judicial de separación, subsiste incólume el fundamento y finalidad de la norma reguladora de los límites a que está sujeta la facultad de disposición del cónyuge titular sobre la vivienda habitual de la familia*".

La práctica equiparación en las redacciones de los artículos 96 y 1320 del Código tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, viene a asimilar en su tratamiento a la separación legal y a la de hecho, en tanto situaciones a considerar para la libre disposición de la vivienda familiar. En principio, ni la separación legal ni la de hecho liberan al cónyuge que quiera disponer del inmueble del deber de advertir que éste se trata de la vivienda de la familia, ni tampoco de recabar el consentimiento de su consorte, o en su defecto la autorización judicial. Cuestión distinta es que, atendiendo a las circunstancias, en algunas situaciones de separación de hecho, la vivienda que fuera en su día familiar hubiera dejado de serlo para alguno o incluso para ambos cónyuges. Y ello, con la lógica consecuencia de que el inmueble no quedaría comprendido entonces en el supuesto del artículo 1320 del Código Civil[122].

3.1.6.2.- Pensión compensatoria

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a la compensación que dispone el artículo 97 del Código Civil.

Es ciertamente habitual que, antes de dictarse la sentencia en la causa matrimonial, los cónyuges hayan vivido separados de hecho, manteniendo de este modo vidas separadas. Ante la falta de precisión del precepto que reconoce este derecho al cónyuge económicamente más perjudicado por la ruptura, se ha planteado cuál ha de ser el momento relevante para valorar la existencia del desequilibrio.

Las respuestas no han sido siempre unívocas.

Tal como destaca ECHEVARRÍA DE RADA[123], se han producido numerosos pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión en la jurisprudencia menor. Según una primera línea interpretativa, "*no es la fecha de la separación de hecho, sino aquella en la que se produjo la separación legal o la disolución del matrimonio la que debe tenerse en cuenta, porque el artículo 97 CC se refiere al desequilibrio relativo producido a un cónyuge a consecuencia de la separación o el divorcio, y, como legalmente ha de entenderse como matrimonio el estado civil de los cónyuges*

[122] Sobre esta cuestión, y tras una abundante cita de resoluciones dictadas sobre la materia, MARIÑO PARDO, Francisco: *El consentimiento*…, cit., concluye que "*del mismo modo que los cónyuges deben fijar de mutuo acuerdo el domicilio conyugal, también de mutuo acuerdo pueden privar de la condición de vivienda familiar a la que la que tenía este concepto. Este acuerdo o consentimiento de ambos puede resultar de actos concluyentes que impliquen la voluntad evidente del cónyuge que abandona la vivienda de no considerar esta su vivienda habitual. Además, si existen hijos menores, es necesario que estos tengan cubierta su necesidad de vivienda habitual con otra residencia equiparable a la que dejó de ser familiar*".

[123] Lo afirma ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: "La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación", *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales),* Número 1950, 2003, págs. 3220-3221, con cita de varias sentencias en uno y otro sentido.

legalmente casados anterior a su separación legal o divorcio, resulta indiferente, a los efectos de la aplicación de la citada norma, la circunstancia de que, dentro de la situación de matrimonio válido, la vida haya transcurrido durante algún tiempo con separación de hecho". La autora, que se posiciona en la línea de interpretación contraria, entiende que "*si se parte de la consideración, a nuestro juicio correcta, de que el desequilibrio económico a valorar a efectos de generar el derecho de pensión es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparado con la situación inmediatamente anterior de normalidad matrimonial, no es posible fijar dicha pensión cuando la misma se solicita después de un prolongado período de separación de hecho, en el que los cónyuges han tenido vida independiente, constituyendo cada uno su propio régimen económico de vida, sin que la nueva situación jurídica produzca alteraciones sobre la misma*".

La cuestión fue abordada por una STS de 1 de diciembre de 2015. El recurrente formuló recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia que concedía a su esposa una pensión compensatoria. El recurso denunciaba la inaplicación del artículo 97 del Código Civil y la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo, así como por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, emanada de resoluciones en la que se habían fijado unos períodos inferiores de separación de hecho previos al divorcio que habían determinado, a juicio del tribunal, la inexistencia de desequilibrio económico.

En el desarrollo del recurso, el esposo sostenía que, el hecho de haber estado viviendo los cónyuges de forma separada y con economías diferentes alrededor de un año, impedía la existencia del desequilibrio que da lugar a la pensión, puesto que éste debía existir y apreciarse, según la doctrina jurisprudencial, en el momento de la ruptura matrimonial, sin que los sucesos posteriores pudieran dar lugar al nacimiento de la misma.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso. La tesis en la que fundamentó su decisión fue que no se trata de "*un problema de tiempo de separación, sino de las circunstancias que se deben valorar en cada caso para ver si, a la vista de un largo periodo de separación de hecho, sin petición económica alguna, cabe o no presumir la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura*". La sentencia refiere una "*presunción de no existencia de desequilibrio económico en el momento de la ruptura, que se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos o, cuando, como aquí sucede, no consta, como declara probado la sentencia, que ambas partes hayan asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio".* En el asunto enjuiciado, tales razones determinaron el rechazo del recurso.

De atenernos al criterio sentado por esta última sentencia, habría de concluirse que, para reconocer el derecho a la pensión compensatoria, debe tener lugar un desequilibrio al producirse la efectiva ruptura de la convivencia conyugal; esto es, que ha de

verificarse su existencia en el momento de la separación de hecho, si la hubo antes de declararse la separación legal.

En el Derecho catalán, donde existe la institución de la "*prestación compensatoria*", conforme al artículo 233-14.3 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña[124], si uno de los cónyuges muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria.

3.1.6.3.- Compensación por trabajo en el hogar

En el régimen de separación de bienes, el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará a su extinción, salvo pacto en contrario. Esta regla, que dispone el artículo 1438 del Código Civil, ha dado lugar a interpretaciones muy encontradas[125]. En cualquier caso, interesa destacar, con GUILARTE MARTIN-CALERO[126], que "*pensión compensatoria y compensación por trabajo doméstico son figuras distintas, una es norma de liquidación de régimen y la otra es efecto de la nulidad, la separación o el divorcio, pero tienen rasgos comunes, como su naturaleza compensatoria del desequilibrio patrimonial que provoca el divorcio, en caso de la primera, y del desequilibrio patrimonial que produce el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial en la segunda; su petición se articula, normalmente, en el mismo momento y a través del mismo cauce (disolución matrimonial), de manera que, en ocasiones, se reconoce una y otra, o una u otra, de forma independiente,*

[124] De acuerdo con el primer apartado del precepto, "*[e]l cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias*".

[125] Sobre el discutido fundamento de esta compensación, pueden verse, entre otras obras, VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, Número 27, 2013, págs. 209-250; MORENO FLÓREZ, Rosa María: "El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?", *Revista de Derecho Civil*, Volumen 5, Número 4, 2018, págs. 252-260; CUENA CASAS, Matilde: *¿Está justificada la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes?* 19 de diciembre de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/12/19/esta-justificada-la-compensacion-por-trabajo-domestico-en-el-regimen-de-separacion-de-bienes/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024); esta misma autora critica la interpretación que realiza del precepto el Tribunal Supremo en CUENA CASAS, Matilde: *Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico*. 5 de enero de 2016. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024); y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *La compensación del art. 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial*. 18 de febrero de 2020. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-compensacion-del-art-1438-cc-estudio-clave-jurisprudencial/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[126] GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina: "Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 del Código civil", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*, VVAA, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada, Volumen 7, 2015, págs. 361-362.

cuando parece evidente que la percepción de una compensación ex artículo 1438 puede paliar el desequilibrio que se tiene en cuenta en la concesión de la pensión compensatoria y debería fijarse ex ante y condicionar la concesión de aquélla".

Advertido lo anterior, en este trabajo es necesario limitar el análisis del precepto a un concreto aspecto de los varios que plantea su lectura. Se trata de examinar la posible incidencia de la separación de hecho entre los cónyuges en el devengo de este derecho y, en su caso, en su cuantificación.

En el caso de separación legal, el artículo 95 del Código Civil determina que la sentencia firme que la declare, o el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador en que se convenga, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial. En todos esos supuestos, la extinción del régimen de separación de bienes entre los consortes y el reconocimiento y devengo del derecho de compensación por trabajo doméstico tendrá lugar al declararse la separación.

No resulta claro si, en aquellas situaciones en las que tiene lugar una separación de hecho entre cónyuges, el trabajo doméstico realizado tras el cese efectivo de la convivencia matrimonial devenga compensación.

La STS de 13 de enero de 2022 resolvió un recurso de casación en el que tuvo que pronunciarse sobre una compensación por trabajo en el hogar. Los cónyuges habían estado casados entre octubre de 2001 y febrero de 2020, fecha esta última de la sentencia de divorcio dictada en primera instancia. Los antecedentes del asunto revelan que los litigantes estuvieron separados de hecho desde junio de 2019. La Audiencia Provincial había estimado el recurso de apelación del marido contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la pretensión de la esposa de ser compensada por el trabajo desarrollado en el ámbito doméstico. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación articulado por la actora contra lo resuelto en la alzada, y confirmó el criterio aplicado por el Juzgado *a quo*.

El criterio aplicado por la sentencia de primera instancia que, a la postre, prevaleció, fue el de fijar una compensación a favor de la actora en la cantidad de 122.790,88 euros. Para su cálculo, tomó como criterio la cuantificación de la compensación por el importe del sueldo que se habría satisfecho cada año a una tercera persona como salario mínimo interprofesional de empleada del hogar. Esa base la aplicó en dos porcentajes diferentes. En un "primer periodo", que abarcó desde la celebración del matrimonio hasta la incorporación de la hija menor común al colegio (octubre de 2001 hasta septiembre de 2009), se reconoció a la esposa su cien por cien[127]. Durante el "segundo periodo", que se extendió desde octubre de 2009 -con la incorporación de la menor de las hijas comunes al colegio-, hasta junio de 2019 -fecha de la separación de hecho del matrimonio-, se "compensó" a la esposa su setenta por ciento.

[127] En 14 pagas, incluyendo pagas extras.

El estudio de las sentencias dictadas en el asunto por el Tribunal Supremo y por la Audiencia Provincial[128] deja abierta la duda de si la coincidencia de la fecha de la separación de hecho entre los cónyuges y la del cese del devengo de la compensación es consecuencia del principio dispositivo[129], o si realmente se trata de la aplicación de una regla de derecho sustantivo, en cuya virtud el cese efectivo de la convivencia conyugal debe determinar, *per se*, el propio fin del derecho a la compensación, según el criterio aplicado por el Juzgado de Primera Instancia y más tarde por el Tribunal Supremo.

Sea como fuere, alguna sentencia sí se ha inclinado claramente por entender que la separación de hecho entre los cónyuges no implica el cese del derecho al devengo de esta compensación cuando lo es a favor del progenitor que se queda al cuidado de los hijos. La cuestión se aborda en la SAP de Valencia de 24 de enero de 2013. En el asunto objeto del litigio se había producido la separación de hecho entre los cónyuges en 1986. En 1987, los cónyuges habían otorgado una escritura separación de bienes, sin que ninguno de ellos instara después la separación judicial ni el divorcio. En 2013, el esposo presentó demanda de divorcio y la esposa reconvino solicitando, entre otros pedimentos económicos, la compensación por su trabajo para la familia.

La sentencia de apelación concedió 100.000 euros de compensación a la esposa, a razón del salario del servicio doméstico por el número de años de separación de bienes –y separación de hecho - en que la esposa atendió a las necesidades del hogar integrado por ella y su hijo. La cuantía se ponderó porque la esposa trabajó durante algunos periodos de la separación y el hijo fue adquiriendo cierta independencia económica[130].

Las distintas normativas autonómicas tampoco responden a esta cuestión de modo uniforme. El Derecho catalán sí contempla en su regulación que, con la separación de hecho, cesa el devengo de la compensación[131]. En Navarra y Baleares, las normativas no

[128] SAP de Toledo de 20 de enero de 2021.

[129] Esto es, simplemente porque así se peticionó por la demandante, y como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 216, 218 y 751.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[130] Dice sobre ello la sentencia que comentamos que "*los litigantes permanecieron separados de hecho, pero esta circunstancia no implica que no hubiese una familia y un hogar, una casa donde convivían la esposa y el hijo, pudiendo haber instado el esposo la separación judicial o el divorcio hace años, poniendo fin al régimen de separación de bienes. Lo cierto es que durante todo el tiempo de separación de hecho permaneció vigente el matrimonio y el régimen de separación de bienes que se pactó por los cónyuges, habiendo contribuido la esposa con su actividad en el cuidado del hogar y del hijo, sin que pueda dejar de aplicarse el precepto sólo con base al incumplimiento por el esposo de la obligación que le imponía el art. 1438 CC de contribuir a las cargas del matrimonio y que asumió en las capitulaciones matrimoniales. La contribución de la esposa a las cargas de! matrimonio mediante el trabajo para la casa y la atención del hijo durante largos años es indudable, habiendo trabajado esporádicamente, y careciendo de trascendencia que pudiese vivir de la ayuda de su familia, al parecer en buena posición económica*".

[131] El artículo 232-5.1 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña determina que, en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, "*del cese efectivo de la convivencia*", el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior.

se pronuncian literalmente así, aunque alguna jurisprudencia las ha interpretado entendiendo que, también conforme a ellas, la separación de hecho determina el fin del devengo [132]. En la derogada Ley Valenciana no se resolvía sobre esta cuestión, señalándose únicamente al respecto que la compensación se produciría al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial [133]. Vemos, por tanto, diferentes aproximaciones al problema.

Todos los preceptos del ordenamiento civil –tanto de Derecho común como contenidos en leyes territoriales- que reconocen esta compensación tienen su misma génesis en la Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1978. El objeto de este acuerdo fue el de paliar ciertas discriminaciones, para garantizar la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho civil, ante la existencia de sistemas matrimoniales en los que imperaba el régimen económico de separación de bienes. Aun así, esta realidad tampoco favorece la interpretación de la norma en el aspecto que nos ocupa. Por una parte, el punto número 8 de la resolución se limitaba a expresar que "*las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges deberán considerarse como contribución a las cargas familiares*". Por otra, resulta además que la Resolución carecía como tal de efectos puramente normativos[134].

Creemos, en definitiva, que en esta materia no parecen existir criterios consolidados que permitan afirmar o rechazar que la separación de hecho y la separación legal merezcan el mismo tratamiento como eventos determinantes del cese del devengo del derecho a la compensación por trabajo para la casa.

---

[132] Así, el artículo 101.5 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que "*[c]uando el trabajo realizado para la familia por un cónyuge de forma personal y no retribuida determine un exceso en la contribución a los gastos del matrimonio que proporcionalmente le corresponda en relación con lo aportado económica y personalmente por el otro, deberá ser compensado en el momento de la extinción del régimen. Para determinar la cuantía de la compensación se tendrá en cuenta, dentro del nivel económico y circunstancias de la familia, los años de matrimonio, la duración e intensidad de la dedicación y la atención personal a los hijos y a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges*". La SAP de Navarra de 21 de noviembre de 2022 resuelve conceder, no obstante, una compensación a favor de la esposa demandante hasta la fecha de la separación de hecho.

En el Derecho balear, el artículo 4.1 de la Compilación dispone que, en defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos y que se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo "*cuando se extinga el régimen de separación*". La SAP de Baleares de 20 de octubre de 2020 parece entender también que la fecha de la separación de hecho determina el cese del devengo de la compensación.

[133] El artículo 13.2 de la derogada Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, disponía sobre la compensación de trabajo para la casa la obligación de compensarlo "*al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial*".

[134] En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 2008. Vid también ARRÉVOLA BLANCO, Adrián: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus editorial, Madrid, 2019, pág. 231.

3.1.6.4.- Pacto de supervivencia

El artículo 231-15 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña regula el denominado "*pacto de supervivencia",* en cuya virtud los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad. En cuanto a las causas de extinción del pacto, el artículo 231-18 comprende la declaración de nulidad del matrimonio, *"la separación judicial o de hecho",* o el divorcio.

3.1.6.5.- Constitución de unión de hecho

En el Derecho civil de Cataluña, el artículo 234-2 regula los requisitos personales para poder constituirse en pareja estable. Según el precepto, no pueden constituir una pareja estable las "*personas casadas y no separadas de hecho*".

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tuvo la ocasión de pronunciarse sobre esta norma, contrastándola con la que venía a derogar[135]. Conforme a su interpretación, la norma "*excluye que pueda constituir pareja de hecho quien se encuentre casado y no separado de hecho, pero, en cambio es admisible si está casado y se ha separado de hecho"*.

3.1.6.6.- Prestación recíproca de ayuda, socorro y deber de alimentos

Los artículos 67 y 68 del Código Civil imponen a los cónyuges las obligaciones de prestación recíproca de ayuda y socorro.

Como explica BLASCO GASCÓ[136], el deber de mutua ayuda y socorro entre cónyuges "*está en la base de diversas obligaciones, como la de contribuir a las necesidades de la familia, la prestación de alimentos ex art. 143 CC e incluso las* litis expensae"[137].

La convivencia matrimonial lleva implícita la exigencia de respeto a estos deberes, que, en un ambiente de relajada relación familiar se cumplen y satisfacen holgadamente con el seguimiento de las propias rutinas habituales.

---

[135] Se trata de la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2015. En ésta, "*[s]e fija como doctrina jurisprudencial que constituía un impedimento para formar una unión estable de pareja conforme a la Ley 10/1998, de 15 de junio (LUEP) que ha desaparecido en el actual Libro II del CCCat (art. 234-2.c,) el que uno de los convivientes se encuentre separado judicialmente o de hecho, pero no divorciado, de una tercera persona*…".

[136] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: op.cit, pág. 105.

[137] Así lo acredita además la jurisprudencia. Por ejemplo, la SAP de Madrid de 21 de diciembre de 2018 identifica claramente el envío de remesas económicas por un cónyuge al otro, durante los siete años anteriores a la celebración de las nupcias, con una exteriorización de la exigencia matrimonial de socorro mutuo y de la voluntad de plena e íntima convivencia. La sentencia se basa en esa evidencia para desmentir el carácter simulado del matrimonio.

El carácter incoercible del deber de convivencia ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a plantearse qué sucede con el deber de socorro mutuo cuando los cónyuges se encuentran en una situación jurídica de separación. La cohabitación se ha roto, pero el vínculo de afinidad entre familiares permanece. Si no se puede exigir el cumplimiento de dicho deber de su forma natural, el ordenamiento busca otra solución.

En el caso de la separación legal, la problemática se soluciona con una sentencia o convenio regulador. En estos instrumentos se establecerá la "*contribución a las cargas del matrimonio y alimentos*" y, si es el caso, incluso la pensión compensatoria a favor del cónyuge al que la separación produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Esto sustituirá el deber de socorro mutuo, así como la obligación de prestar alimentos propiamente dicha[138].

Ante la separación de hecho, la solución del ordenamiento es distinta. Como explica JIMÉNEZ MUÑOZ[139], la obligación de alimentos entre los cónyuges normalmente se satisface con el deber de socorro mutuo, "*comenzando a regir propiamente cuando cese éste por desaparecer la vida en común de los cónyuges, en los supuestos de preparación y sustanciación del proceso de separación, nulidad o divorcio, o de separación matrimonial de hecho mutuamente consentida*". Alguna doctrina ha mantenido que, "*cuando la separación es de puro hecho, la regla (…) habría de ser, en principio, la concesión de alimentos al cónyuge necesitado, mas pienso que (…) podrá el juez rehusarlos a quien sea claramente culpable del abandono del hogar*"[140].

La jurisprudencia ha seguido en esta materia la doctrina sentada por la STS de 25 de noviembre de 1985[141]. Esta resolución conoció de un asunto en el que una mujer separada de hecho reclamaba a su marido el pago de una pensión alimenticia, alegando que, a pesar de cohabitar bajo el mismo techo, la relación matrimonial no existía entre ambos. En primera instancia se había desestimado la demanda y la sentencia de apelación revocó dicho pronunciamiento, dando amparo a la pretensión actora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el marido y confirma su condena al pago de los alimentos que se le exigía. Resuelve esta sentencia que, *"… atendiendo a que en las situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio, con cabal cumplimiento por los esposos de los deberes regulados en los artículos 67 y 68 del Código Civil , la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a levantar las cargas del matrimonio (…), cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo 143, y en tal sentido la más reciente orientación jurisprudencial (…),*

[138] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pág. 748.

[139] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: ibid.

[140] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros: op. cit., pág. 141.

[141] Aparece rubricada por la posterior STS de 10 de octubre de 2008.

entiende que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el actual artículo 68, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello priva a cualquiera de los cónyuges, atendidas las circunstancias del caso concreto, a recibir alimentos de su consorte conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes".

En consecuencia, la separación de hecho determina un punto de inflexión en el modo de cumplimiento de los deberes de prestación recíproca de ayuda y socorro. Cesada la convivencia entre los cónyuges, el deber de cohabitación es inexigible. Sin embargo, los deberes conyugales de asistencia de ayuda y socorro no desaparecen, pues permanece el vínculo conyugal. Éstos han de satisfacerse a pesar de no volverse a la situación de convivencia en la que se hacían efectivos. El ordenamiento resuelve el conflicto mediante la transformación del modo de cumplimiento de estos deberes, que pasan a prestarse mediante el pago de una pensión de alimentos[142].

De este modo, en caso de acreditada necesidad, el ordenamiento protege con un derecho de alimentos tanto al cónyuge separado legalmente como al separado de hecho, aunque a uno le garantice esa prestación mediante la vía del artículo 90 del Código Civil y al otro a través de la prevista en el artículo 142 y sus concordantes.

3.1.7.- Derecho de sucesiones

3.1.7.1.- La legítima del cónyuge viudo separado de hecho

El Código civil mantiene un sistema de legítimas que obliga al testador a reservar, tras su muerte, una porción de sus bienes a favor de determinados parientes. Entre ellos, la Ley incluye al cónyuge viudo, en los términos que expresa el artículo 834 del Código Civil:

"El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora."

Cabe ver cómo el precepto priva de legítima al cónyuge que estuviera separado del causante en el momento del deceso y, a tal efecto[143], equipara plenamente la separación legal y la separación de hecho. Tal como precisa ALGARRA PRATS[144], "*la pérdida de*

[142] Y ello porque, como subrayó la STS de 25 de noviembre de 1985, en esa situación conyugal de separación de hecho no cabe conceder al alimentante el derecho de optar por lo previsto en el párrafo primero del artículo 149 del Código Civil.

[143] La privación de legítima a causa de la separación de hecho se aplica también en los casos contemplados en los artículos 836 y 837 del Código civil, esto es, cuando el cónyuge viudo concurre solo con ascendientes, o cuando no existen ni descendientes ni ascendientes del finado.

[144] ALGARRA PRATS, Esther: "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, VVAA, Coord. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 48. Incide en esta misma idea ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina:

la condición de legitimario se produce en cualquier caso en que haya separación de hecho o judicial, sin necesidad de haber incumplido los deberes conyugales".

Es relevante incidir en que la citada equiparación se introduce en la norma mediante la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio[145]. Resulta ilustrativa en este aspecto la siguiente apreciación de la SAP de Palencia de 19 de octubre de 2015:

"Se trata de armonizar la reforma del derecho matrimonial con el derecho sucesorio, pues con la práctica eliminación de la separación en las crisis matrimoniales y con el llamado "divorcio express", donde ya no hay que alegar causa alguna ni prácticamente plazo a contar desde la celebración del matrimonio, si la quiebra de la "affectio maritalis" se deja a la libre voluntad de uno solo de los esposos, también se quiere que todas esas modificaciones afecten, con la misma falta de seguridad, a las posibles consecuencias sucesorias".

La doctrina ha considerado acertado el criterio del legislador, atiendo a cuál es el sentido de la institución, que desaparece con la ruptura de la vida en común de los esposos[146]. Como se ha destacado también, la dificultad de prueba de esa situación jurídica no debe condicionar la existencia de la norma[147].

"Análisis de la sucesión intestada del cónyuge viudo en su actual regulación", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 108.

[145] La redacción anterior del precepto hacía referencia, sin matiz alguno, al cónyuge "*no se hallare separado*". La jurisprudencia concretó que esa referencia sólo comprendía al cónyuge separado judicialmente. Puede verse sobre ello DEL VALLE ITURRIAGA, José Luis: "Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980 (R.A. 1558)", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 189-195.

[146] Según PÉREZ ESCOLAR, Marta: "Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 17, 2008, pág. 188, "*se ha dado respuesta a las demandas doctrinales que se habían formulado en este sentido sobre la base de que, efectivamente, nos encontramos ante una situación de crisis conyugal reveladora de la desaparición de la relación de proximidad que en circunstancias ordinarias une a los cónyuges y, por tanto, reveladora de la desaparición del fundamento que justifica el que se produzca cualquier tipo de atribución sucesoria de uno a favor del otro. Se ha tratado, en definitiva, de reconocer un presupuesto convivencial de la legítima que se deriva del hecho de que la desaparición de la comunidad de vida conyugal o, si se quiere, de la* affectio maritalis*, conlleva también la desaparición del deber moral de asistencia hacia los próximos que justifica la institución de la legítima*".

[147] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Divorcio a*...,* cit., pág. 263, notas a pie 11 y 12, señala que la nueva redacción del artículo 834 "*fue criticada en su tramitación por el PP (...), proponiendo que sólo contemplara la separación judicial; porque —según decía el PP— «no es posible eliminar el derecho del cónyuge viudo cuando exista separación de hecho, de muy difícil demostración, que permitiría desheredaciones de hecho». Tal propuesta será rechazada, en palabras de la Sra. Diputada socialista Polinio Contreras, porque «desde luego, los eventuales problemas de prueba que en algún caso pudieran plantearse no evitan que haya de preverse la separación de hecho tal y como hace el*

Las normativas de Derecho civil propio correspondientes a algunas comunidades autónomas disponen reglas similares.

En Galicia, el cónyuge viudo disfruta de un derecho de legítima consistente en el usufructo vitalicio de una porción de la herencia, que varía en su porcentaje dependiendo de los parientes con quienes concurra a la sucesión. El cónyuge separado de hecho queda privado expresamente de su legítima, por disposición expresa del artículo 238.2º de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

En Navarra, la Ley 254.1 del Fuero Nuevo también excluye del derecho al usufructo legitimario al cónyuge sobreviviente que se encontrara a la fecha del fallecimiento "*separado legalmente o de hecho*" del premuerto.

En Cataluña, el cónyuge separado de hecho, como el separado legalmente, no tiene derecho al año de viudedad, según lo expresamente dispuesto en el artículo 231-31 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En el Derecho balear, la situación del cónyuge separado de hecho como posible legitimario es controvertida. El texto original del artículo 45 de la Compilación reconocía, en su primer párrafo, la condición de legitimario al cónyuge que, al morir su consorte, no se hallare "*separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto*". La Ley 3/2017, de 7 de agosto, dio una nueva redacción al precepto disponiendo que, "*el cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente, ni se hayan iniciado, por parte de ninguno de los cónyuges, los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado, será legitimario en la sucesión de este*".

Cabe apreciar así cómo el legislador balear ha optado claramente por distinguir en el trato como posible legitimario al cónyuge separado legalmente y al cónyuge separado de hecho. Sólo el primero queda privado de legítima. A estos efectos, el mero mantenimiento del vínculo se impone al cese efectivo de la convivencia conyugal. La Exposición de Motivos es clara en ese sentido al explicar su decisión:

"…se han realizado las siguientes reformas para mitigar la insolidaridad económica entre cónyuges, (…) e interpretar el vínculo matrimonial y su protección en el sentido evolutivo que marca el Tribunal Constitucional, de respeto al libre desarrollo de la personalidad y sexualidad.

En primer lugar, se ha considerado que los efectos matrimoniales post mortem, es decir, la legítima, no se cancelen por la simple separación de hecho.

---

proyecto, y pensamos que con esta enmienda también se va en contra del espíritu que pretende y que recoge el proyecto»".

Aunque, solo la ruptura del vínculo jurídico, que se produce con el divorcio, debería provocar el final de los efectos post mortem del matrimonio, ya que el matrimonio está vigente, y la legítima no se basa en la mera convivencia, sino en el vínculo jurídico válido, se ha decidido eliminar el efecto de pérdida de legítima solo en los casos donde la separación matrimonial es simplemente «de hecho» ya que, en estos casos, no hacerlo supone que el legislador está interviniendo, de manera sancionadora, en la vida de los casados que no han optado por formalizar su separación".

El criterio adoptado por la Ley ha recibido críticas desfavorables de la doctrina[148], que, además, recuerda que contraviene la que era hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears[149].

Por su parte, el artículo 55 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que se refiere a la extinción de la legítima viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho, dispone que, salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación "*el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona*".

3.1.7.2.- Sucesión intestada del cónyuge viudo separado de hecho

El Código Civil reconoce al cónyuge la condición de pariente llamado a la sucesión intestada de su consorte. Más en concreto, su artículo 944 dispone que, en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto *"el cónyuge sobreviviente*".

En la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al artículo 945, se excluía de llamamiento al cónyuge separado por sentencia firme y al "*separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*". El artículo fue objeto de reforma otra vez por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que dispuso:

"No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho".

[148] MASOT MIQUEL, Miquel: Prólogo de la obra *El Derecho civil matrimonial económico y sucesorio en Mallorca y en Menorca*, de GRIMALT SERVERA, Pedro, Comares, Granada, 2021, pág. 22, lo critica como criterio "*más que discutible*"; también, PANIZA FULLANA, Antonia: "Reforma de la compilación de Derecho Civil balear y Constitución", *Derecho privado y Constitución*, Número 34, 2019, págs. 40-42, destacando la incoherencia de este criterio con el de no mantener en la misma Compilación balear el llamamiento abintestato al cónyuge separado de hecho.

[149] La STSJ de las Islas Baleares de 27 de julio de 2009 declaró que "*el reconocimiento de la legítima vidual —en el inicio histórico solo a favor de la viuda— busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación continuada de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho a legítima queda sin justificación*".

En el llamamiento abintestato, por tanto, la ley equipara plenamente en sus efectos a ambas modalidades de separación. La doctrina ha destacado el buen criterio del legislador al excluir del llamamiento intestado al cónyuge separado de hecho[150], sin discernir además el motivo del que deriva la separación de hecho, pues "*la separación de hecho es suficientemente significativa por sí misma, con independencia de que haya sido o no provocada unilateralmente, de la desaparición del fundamento que justifica el llamamiento hereditario del cónyuge que sobrevive*"[151].

Esta misma regla se reproduce en otros cuerpos normativos de ámbito autonómico.

Así, lo hace por referencia el artículo 267 de la Ley de Derecho civil gallego, en tanto se remite en este ámbito a la normativa del Código Civil. En Navarra, los artículos 304 y 254 del Fuero Nuevo también excluyen de este derecho al cónyuge separado legalmente o de hecho. Lo mismo sucede en Cataluña, cuyo Código Civil dispone en el artículo 442-6.1 que el cónyuge viudo no tiene derecho a suceder abintestato al causante, si en el momento de la apertura de la sucesión estaba "*separado de este legalmente o de hecho*", o si estaba pendiente una demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación, salvo que los cónyuges se hubieran reconciliado. En Aragón, el artículo 531 de su Código lo matiza, al disponer que el llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si, al fallecimiento del causante, estuvieran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si el matrimonio estuviera "*separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*".

3.1.7.3.- Testamento con disposición a favor del cónyuge con separación sobrevenida

En la sucesión testada existe otra situación que merece el interés de este estudio. Se trata de analizar si la separación de hecho entre el testador y su cónyuge, posterior al testamento, deja sin efecto las atribuciones reconocidas a favor de este último.

La jurisprudencia se ha dividido en dos corrientes al resolver sobre esta cuestión.

Algunas sentencias consideran que la quiebra de la relación de convivencia ocurrida después del otorgamiento del testamento no ha de afectar *a priori* a la disposición realizada a favor de quien se menciona en el mismo como *cónyuge*[152]. Se argumenta a

[150] PÉREZ ESCOLAR, Marta: op. cit., págs. 194-195, opina que "*la reforma del art. 945 CC (...) constituye un acierto (...) por (...) haber consagrado definitivamente el fundamento convivencial del llamamiento hereditario del cónyuge a la sucesión intestada (...) también por haber conseguido acabar con los problemas interpretativos (...): la separación de hecho se configura como un requisito que condiciona la atribución de un derecho, consecuentemente, ese requisito requerirá ser probado en caso de conflicto, por cualquier medio, sin necesidad de que aluda a ello específicamente una norma*".

[151] PÉREZ ESCOLAR, Marta: op. cit., pág. 195.

[152] Así, la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2013, en asunto sobre "cónyuge" designado como beneficiario que al abrirse la sucesión se encontraba divorciado del causante; SAP de Valencia de 20 de

favor de esta postura que, atendiendo al artículo 675 del Código Civil, la voluntad relevante del testador es la expresada en el momento de otorgar el testamento. Además, se dice que la causa falsa que afecta a la eficacia de lo dispuesto en el testamento, según el artículo 767, debe concurrir en el momento de su otorgamiento. Por último, se afirma que, conforme al artículo 738 del Código Civil, el testamento no puede ser revocado sino con las solemnidades necesarias para testar, y que el artículo 743 no autoriza a privarlo de su eficacia en otro caso.

Otras sentencias, al contrario, sostienen que la designación de un beneficiario a quien se instituyó en el testamento no designándolo como *cónyuge* puede considerarse eficaz si, al abrirse la sucesión, éste ya no lo es[153]. Sostiene esta jurisprudencia que, según el artículo 675 del Código Civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, el artículo 767.1 "*no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador*".

Parece que este segundo criterio es el que ha prevalecido. Según consta en el ATS de 10 de julio de 2019, tal doctrina constituye actualmente la jurisprudencia de la Sala[154]. Es significativo que, en el asunto que motivó esta resolución, la sentencia recurrida había entendido aplicable esta doctrina a una situación en la que el testador únicamente estaba separado de hecho de su esposa, que pretendió postularse como beneficiaria en su herencia[155].

Nuevamente, la regla sí se reconoce expresamente en algunos cuerpos de normativa civil autonómica[156].

---

enero de 2016, en la misma situación que la anterior; o la SAP de Madrid de 9 de marzo de 2017, en asunto sobre esposos separados legalmente.

[153] En esta línea, STS de 26 de septiembre de 2018; o la SAP de Granada de 28 de octubre de 2022.

[154] Este auto inadmite un recurso de casación contra la SAP de Asturias de 20 de abril de 2017, que precisamente había entendido que la designación del cónyuge como beneficiario en la herencia del testador quedaba sin efecto al resultar acreditada la separación de hecho entre los esposos al producirse el deceso (procedimiento de divorcio pendiente y marido que había salido del domicilio familiar). Se inadmite el recurso porque, a pesar de existir sentencias contradictorias en la materia de distintas audiencias provinciales, el Tribunal Supremo considera su doctrina propia la ya aplicada en la STS de 26 de septiembre de 2018, citada en nota anterior.

[155] Me refiero a la SAP de Asturias de 20 de abril de 2017, mencionada en la nota anterior. No obstante, también aplica la misma doctrina a otra situación de mera separación de hecho la SAP de Granada de 20 de octubre de 2020.

[156] Analiza estas normas autonómicas MARIÑO PARDO, Francisco: *La disposición testamentaria a favor del cónyuge y la posterior nulidad, divorcio o separación. Su tratamiento en las legislaciones forales (Galicia, Cataluña, Aragón y Navarra). Su tratamiento en el derecho común. Doctrina de la DGRN. La cuestión en la Jurisprudencia. (Sucesiones 4).* 5 de agosto de 2015. Disponible en: www.iurisprudente.com/2015/08/la-disposicion-testamentaria-favor-del.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

Así, el artículo 208 de la Ley de Derecho Civil de Galicia dispone que, salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si, al fallecer el testador, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la nulidad, el divorcio o la separación, o en los casos de "*separación de hecho entre los cónyuges*". Además, el artículo 228 de esta misma Ley dispone que los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia, precisando su artículo 230.1 que el usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto, entre otros supuestos, en los casos de "*separación judicial o de hecho*" de los esposos.

En el mismo sentido, el artículo 422-13.1 del Código Civil de Cataluña declara que las disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges "*se separan de hecho o judicialmente*"[157].

3.1.7.4.- La designación de cónyuge fiduciario antes de la separación de hecho

Cabe plantearse también la incidencia de la separación de hecho en la denominada fiducia sucesoria regulada en el artículo 831 del Código Civil. El apartado 5 del precepto dispone que cesarán las facultades conferidas al cónyuge fiduciario desde que éste pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga, o desde que haya tenido algún hijo no común con el testador, salvo que éste disponga otra cosa. El precepto no se pronuncia sobre la cuestión de la mera separación de hecho, lo que nuevamente ha suscitado dudas y posturas divergentes en la doctrina.

Los términos de la discusión los explica en buena síntesis PÉREZ VELÁZQUEZ[158]. Como expone este autor, una corriente doctrinal[159] considera que, cuando se produce la

[157] PERUGA PÉREZ, Enrique: "La relevancia de la affectio maritalis en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código civil de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d'Estudis Jurídics],* Volumen 21, 2019, págs. 153-193, discrepa del criterio adoptado por la sentencia objeto de su comentario y entiende que "*el ámbito de aplicación del artículo debe cubrir también aquellos casos en los que la disposición favorable al excónyuge o expareja se otorga con anterioridad a la adquisición del estatus de pareja estable o antes de celebrar las nupcias, siempre y cuando a) se pueda determinar que el motivo por el que se ordenó la disposición testamentaria es la existencia de una verdadera affectio maritalis entre el testador y el beneficiado, y b) con posterioridad al otorgamiento y con anterioridad a la separación, el divorcio o la nulidad, testador/a y beneficiado/a contraigan matrimonio o se conviertan en pareja estable de conformidad con lo previsto en el artículo 234-1 CCCat.".*

[158] PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXII, 2019, págs. 1162-1164.

[159] Cita a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: "El artículo 831 del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, 2005, págs. 1115-1152; MARTÍNEZ SÁNCHIZ, Jose Ángel: "El artículo 831 y el favor viduitatis", *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, págs. 969-1002; y RUEDA ESTEBAN, Luis: "Parte quinta: Artículo 831 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común", *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Sucesiones, Volumen 1, Navarra, 2015, págs. 1305-1378.

separación de hecho, la delegación se extingue por el mismo motivo por el que ésta sucumbe ante cualquier otra crisis matrimonial. La institución tiene carácter *intuitu personae* y esta quedaría quebrada por un evento como el indicado, siendo aplicables las revocaciones previstas en los artículos 102 y 106 CC. Se considera además incongruente que sea fiduciario quien no puede ser legitimario por impedírselo el artículo 834 del Código. Incluso, se argumenta el posible error del testador que designó fiduciario en el testamento anterior a la separación de hecho, cuando éste, a su fallecimiento, ya no lo sería. Frente a ellos, otra doctrina[160] –que según el autor de quien recogemos el discurso sería minoritaria, y a la que él mismo muestra su adhesión- defiende que la designación fiduciaria subsiste aunque se haya producido cualquier tipo de crisis matrimonial, incluida la separación de hecho, entre testador y cónyuge. Se apoya en el argumento de que, si pudiendo el cónyuge delegante revocar el testamento no lo hace, no puede presumirse su pérdida de confianza en su todavía consorte, aunque se encuentren separados *de facto*; ésta continuaría apoyándose en los mismos factores que, en su día, de forma libre y voluntaria, llevaron al fiduciante a realizar la designación. Puede verse, en cualquier caso, que cualquiera de las dos propuestas de interpretación conceden a la separación legal y de hecho el mismo trato.

En el ámbito de la normativa autonómica, el artículo 202 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se pronuncia claramente a favor de la extinción de la delegación, al disponer que la facultad testatoria quedará sin efecto por "*la separación de hecho de los cónyuges",* si bien requiere *"que conste de modo fehaciente*".

3.1.7.5.-Predetracción

El artículo 1321 del Código Civil reconoce un derecho patrimonial al cónyuge viudo que consiste en que, al fallecimiento de su consorte, se le entregan las ropas, el mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de su vivienda habitual común, sin computárselo en su haber hereditario.

Una vez más, el Código guarda silencio sobre el posible condicionamiento de ese derecho a la existencia de una relación matrimonial efectiva en el momento del fallecimiento que lo origina.

Según VIVAS TESÓN[161], es presupuesto esencial para el derecho de predetracción la "*convivencia de los cónyuges cuando sobreviene la muerte a uno de ellos, pues la vivienda de cuyo ajuar se trata ha de ser no sólo habitual sino común*". Sin embargo, la

[160] Entre quienes destaca a GARCÍA RUBIO, María Paz: "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *Anuario de Derecho Civil*, 2008, págs. 57-112.

[161] VIVAS TESÓN, Inmaculada: "Comentario a la sentencia de 16 de febrero de 2004. Ajuar doméstico de la vivienda habitual común: acción reivindicatoria por el cónyuge supérstite", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 66, 2004, pág. 1163, donde añade que "*si los cónyuges han cesado de cohabitar desde hace tiempo, perdiendo todo contacto con el pasado ambiente familiar, qué sentido tiene reservar el particular derecho de predetracción del ajuar que un tiempo fue utilizado por ambos cónyuges*".

autora confronta su postura con la de otra doctrina que, en sentido disímil, entiende que, en la separación de hecho impuesta por uno de los cónyuges, el derecho debería mantenerse [162] , o que tampoco debe excluirse cuando hay cese efectivo de la convivencia, pero los esposos continúan compartiendo la vivienda[163]. La cuestión, como vemos, es discutida.

En el ámbito del Derecho autonómico, el artículo 231-30 del Código Civil de Cataluña es claro al disponer que "c*orresponde al cónyuge superviviente, no separado legalmente o de hecho, la propiedad de la ropa, del mobiliario y de los utensilios que forman el ajuar de la vivienda conyugal. Dichos bienes no se computan en su haber hereditario".*

La compilación Balear recoge también en su artículo 4.2 como presunción *iuris tantum* que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes que integran el ajuar de casa y dispone, en consecuencia, que, a la muerte de cualquiera de ellos, corresponderán en propiedad al sobreviviente, sin computarlos en su haber. La STSJ de Illes Balears de 23 de noviembre de 2015 ya había declarado -respecto al entonces vigente artículo 3.3 de la Compilación- que no era procedente la aplicación del precepto en un supuesto de separación de hecho, pues "*si no existía convivencia en la fecha de fallecimiento de uno de los cónyuges, al igual que sucede para el establecimiento de una legítima a favor del cónyuge viudo, el derecho pretendido queda sin justificación*".

3.1.8.- Derecho concursal

Finalmente, en la normativa concursal también se recogen situaciones en las que el legislador equipara en trato la separación legal y la separación de hecho.

En este sentido, el artículo 195 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, recoge la denominada presunción muciana. En su virtud, si el concursado estuviera casado en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado habría donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste durante el año anterior a la declaración de concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos.

El precepto también establece que, si se acredita que la contraprestación procedía directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presumirá, salvo prueba en contrario, la donación de la totalidad de la contraprestación.

[162] Así, HERRERO GARCÍA, María José: "Comentario al artículo 1321 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 593.

[163] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: "La predetracción vidual y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge viudo", *Actualidad Civil*, Número 13, 2001, pág. 478.

Según la norma, las anteriores presunciones no regirán cuando en el momento de la realización del acto, los cónyuges estuvieran "*separados judicialmente o de hecho*". Exactamente esta misma excepción se recoge en el artículo 231-12 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En otro orden de cosas, la Ley Concursal regula, a ciertos efectos, la concurrencia en el concurso de personas especialmente relacionadas con el deudor persona natural. Entre ellas, el artículo 282 menciona al "*cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso"* [164]. Como vemos, en ese concreto ámbito, la Ley Concursal no hace referencia expresa a las situaciones de separación. No obstante, atendiendo a la finalidad de norma, algunos autores han considerado que, tanto la separación de hecho como la legal, sí son relevantes cuando preceden en dos años a la propia declaración del concurso[165].

Por lo demás, si bien la Ley Concursal contiene varias normas que se refieren al deudor casado en régimen de gananciales, a su cónyuge, a la responsabilidad patrimonial de sus bienes comunes, o a la gestión del concurso cuando afecta a la sociedad ganancial[166], es claro que no se preocupa de matizar sus mandatos ante

[164] En el concurso de personas jurídicas, el artículo 283 de la Ley Concursal también se refiere a las personas especialmente relacionadas con la concursada. Entre ellas se encuentran los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

[165] En efecto, se ha dicho que para la Ley Concursal "*será irrelevante que el cónyuge se halle en situación de separación de hecho o de derecho, como también que se haya producido el divorcio o incluso la nulidad, salvo que hubieren transcurrido más de dos años antes de la misma declaración y por tanto de la apertura del concurso*". Así, VEIGA COPO, Abel Benito: "Los créditos subordinados en la ley concursal", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Número 102, 2006, págs. 58-59. También en este sentido, GUASCH MARTORELL, Rafael: "El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal", *Revista de Derecho Mercantil*, Número 254, 2004, págs. 1417-1456.

[166] La Ley Concursal reconoce el derecho del cónyuge del deudor a solicitar la disolución de la sociedad conyugal (artículo 125.1) y a que se le adjudique la vivienda habitual del matrimonio, o la parte que le corresponda por su haber con carácter preferente (art. 125.3); prevé la inclusión en la masa activa de los bienes gananciales (artículos 193 y 198.2), así como la de las deudas gananciales en la masa pasiva (artículo 251.2), indicando que se relacionen separadamente los créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio ganancial (artículo 286.4); contempla el derecho del cónyuge del deudor a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales incluidos en la masa activa, satisfaciendo a la masa la mitad de su valor (artículo 194.1). Asimismo, la Ley Concursal dispone que, si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales y no se hubiere procedido a su liquidación, la exoneración del pasivo insatisfecho que afecte a deudas gananciales contraídas por el cónyuge del concursado o por ambos cónyuges no se extenderá a aquel, en tanto no haya obtenido él mismo el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (artículo 491).

eventuales situaciones de separación de hecho. El posible impacto de esta situación en la sociedad de gananciales, incluso en el seno del concurso, corresponderá colegirla de conformidad con las normas del Derecho común.

3.1.9.- Derecho procesal civil

Aunque la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, considera la relación conyugal y los efectos legales especialmente derivados de la separación de hecho de manera especialmente intensa en las normas que regulan el establecimiento de medidas de apoyo, que hemos analizado ya, existen otros ámbitos en los que también contempla el vínculo matrimonial del justiciable.

Básicamente, en la regulación de la prueba pericial, conforme al artículo 343.1.10º de la Ley, el perito de parte podrá ser objeto de tacha, entre otros supuestos, cuando sea "*cónyuge*" de una de las partes, o de su abogado o procurador. En este caso, la ley no distingue si el perito y la parte se encuentran separados legalmente o de hecho.

Por otra parte, en el ámbito de la prueba testifical, entre las preguntas generales al testigo reguladas por el artículo 367, la ley dispone que el tribunal le obligará a declarar sobre si "*ha sido o es cónyuge*" de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores. Asimismo, el artículo 377.1 de la Ley procesal permite tachar a cualquiera de los testigos propuestos por la parte contraria por "*ser o haber sido cónyuge*" de quien lo hubiera presentado, o de su abogado o procurador. Aunque ley no concede especial relevancia a la existencia de una eventual separación de hecho del testigo con la parte, cualquiera de los intervinientes en el interrogatorio podrá pedirle precisión a ese respecto, a fin de que el juzgador pueda valorar adecuadamente la fiabilidad de su testimonio.

3.1.10.- Derecho notarial

Como hemos apuntado ya, conforme al artículo 159 del Decreto de 2 de junio de 1944, las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán "*diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado*". El precepto añade que también "*podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho*" y que, se expresará, "*en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente*". La incorporación de la referencia a la separación de hecho en el precepto viene dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

Por otra parte, el artículo 227 del mismo Reglamento, dispone que el cónyuge autorizado para obtener copias del poder o del consentimiento que le hubiere conferido el otro, hará constar bajo su responsabilidad, en cualquier solicitud de aquéllas, "*que no media entre los cónyuges separación legal, aunque sólo sea en virtud de medidas provisionales, ni tampoco separación de hecho*", equiparando así, a tal efecto, ambos tipos de separación.

3.2.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho penal

3.2.1.- Relevancia, asimilación y tratamiento de la separación de hecho

El Derecho penal considera relevantes las relaciones de parentesco[167], entre ellas la que surge entre dos personas que contraen matrimonio. Interesa analizar aquí únicamente el tratamiento que esta disciplina concede a la separación de hecho, que obviamente es una situación jurídica que tiene como presupuesto la existencia del vínculo matrimonial.

La política criminal de nuestro ordenamiento ha evolucionado paulatinamente hacia la despenalización de conductas personales realizadas con cierta frecuencia por personas que, aún casadas, viven separadas de hecho de su cónyuge. En este sentido, la Ley 22/1978, de 26 de mayo, despenalizó el adulterio[168] y el amancebamiento.

Coherente con todo lo que hemos explicado anteriormente y con el principio de unidad de ordenamiento, el Derecho penal tampoco contempla la propia separación de hecho como conducta delictiva. Tan es así, que el mero abandono del hogar común por el cónyuge que impone la ruptura de la convivencia marital tampoco constituye la comisión de un hecho típico. El vigente artículo 226.1 del Código Penal castiga a quien dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, pero la jurisprudencia ha incidido en que no incurre en tal delito el cónyuge que se marcha del hogar común, si lo hace con el ánimo de separarse y no incumple de

[167] Así, puede verse cómo el Código Penal vigente recoge diversos *tipos circunstanciados* -en los que la relación de parentesco integra el propio presupuesto de la norma, como elemento que forma parte de la conducta que tipifica (en este sentido, puede hacerse referencia a los artículos 153.2, sobre delito de lesiones, al artículo 173 sobre el delito de coacciones, al artículo 454 sobre delito de encubrimiento, o al artículo 470 sobre delito de quebrantamiento de condena)-, o cómo el parentesco constituye una circunstancia agravante en la comisión de los delitos contra la libertad sexual (artículo 192.2), en los delitos suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, o sustitución de un menor (artículo 220.4), en los delitos de abandono de menores (artículo 229.2), en los de agresión sexual (artículos 180.1.4º y 5º), o en los de agresión sexual a menores (181.5.d).

[168] MORAGA GARCÍA, María de los Ángeles: "Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el Franquismo", Feminismo-s, Tomo XII, Alicante, 2008, págs. 241, enfatiza la especial criminalización de esas conductas cuando las llevaba a cabo la mujer: "…*A la mujer, por lo tanto, se la castigaba porque yaciese una sola vez con varón que no fuese su marido, aunque existiese separación de hecho del marido, mientras que esta misma conducta realizada por el hombre no resultaba punible, ya que para que lo fuera hacía falta permanencia y habitualidad*". El estudio de la jurisprudencia recaída en causas de adulterio pone de manifiesto la persecución y condena de relaciones íntimas entre personas separadas de hecho de sus respectivos cónyuges, que en ocasiones incluso llegaban a formar parejas estables entre sí. Pueden verse, por ejemplo, las SSTS de 12 de enero y 4 de junio de 1973. El propio Código Penal de entonces y la jurisprudencia que lo interpretó entendieron, no obstante, que la represión penal de esas conductas exigía querella del cónyuge agraviado y que éste, además, no demorara el ejercicio de su pretensión, a riesgo de que pudiera sobrentenderse su consentimiento a la infidelidad denunciada, que en tal caso quedaba exenta de pena. En este sentido, cabe ver, por ejemplo, la STS de 13 de octubre de 1972.

otro modo sus deberes legales de orden familiar[169]. En este aspecto, procede recordar incluso lo que dispone el Código Civil en su artículo 105.

El Derecho penal protege también la intimidad del domicilio del cónyuge separado de hecho ante las posibles intromisiones de su consorte, con el tipo del allanamiento de morada[170]. En este ámbito, el ordenamiento extiende su tutela a quien se encuentra separado, sin discriminar entre quien lo está simplemente de hecho y quien ha formalizado su ruptura de alguna de las maneras autorizadas por la ley.

Es lógico que, en este contexto, la separación de hecho no haya pasado tampoco desapercibida como circunstancia a tener en cuenta al regular el Estatuto de la víctima del delito. En este ámbito, tanto la Ley 4/2015, de 27 de abril, como el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla, equiparan al cónyuge separado de hecho con el que se halla en situación jurídica de separación legal. En concreto, los artículos 2 de la Ley y 13 del Reglamento, reconoce como "*víctima indirecta*" en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare del responsable de los hechos, a su *"cónyuge no separado legalmente o de hecho".*

La referida Ley 4/2015, de 27 de abril, introdujo además dos cambios normativos relevantes en la materia que analizamos, modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la primera, en el vigente artículo 109 bis, disponiendo que, en el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su *"cónyuge no separado legalmente o de hecho",* así como por sus hijos de la víctima o de su *"cónyuge no separado legalmente o de hecho"* que, en el momento de su muerte o desaparición, convivieran con ella; la segunda, en el artículo 261, precisando que no estará obligado a denunciar el cónyuge del delincuente *"no separado legalmente o de hecho"*[171].

---

[169] El problema lo analiza la SAP de Gerona 11 de noviembre de 2002: "…*en la denuncia se concreta un sólo hecho, el abandono del hogar por parte de la denunciada dejando al recurrente al cargo y cuidado del hijo común, lo cierto es que del resto de los escritos presentados por el propio recurrente se deduce que ese abandono obedeció a la intención de separarse, circunstancia esta expresamente prevista en el art. 105 como una causa por la que no se incumple el deber de residencia. La marcha de uno de los cónyuges del hogar familiar no implica necesariamente la desatención de su familia si lo que precisamente desea es la separación, y, cuando insta esta en un tiempo prudencial se hace cargo y reclama el cuidado y atención de los hijos, sino una medida provisoria en el tiempo con el fin de poder formalizar la demanda de separación o la petición de medidas provisionalísimas*".

[170] La jurisprudencia ha sido reiterada en este sentido. Aplica el criterio, por ejemplo, entre las más recientes, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2023. Lo explica así: "*es indudable que el día de los hechos ya había una ruptura de la convivencia conyugal y una separación de hecho mutuamente consentida durante al menos unas pocas semanas. Y si había una separación de hecho es claro que la vivienda ocupada por la denunciante era una morada en la que ella podía ejercer su privacidad alejada de la intromisión de cualquier otra persona, incluido su marido, quien no tenía libre acceso a dicha vivienda sin el consentimiento de ella. Por lo que es indudable que la penetración que el acusado hizo en tal vivienda significó la comisión del delito de allanamiento de morada*…".

[171] Conforme al artículo 135 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, el personal militar no estará obligado a poner en conocimiento del Juez Togado Militar, del Fiscal Jurídico Militar, o

3.2.2.- La separación de hecho ante la circunstancia mixta de parentesco

Más allá de lo antedicho, el Código Penal contempla el parentesco como presupuesto de una circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal[172].

El legislador penal siempre ha considerado el vínculo matrimonial como relación de parentesco entre los potenciales agente y víctima del delito. Sin embargo, el tratamiento criminológico de la separación de hecho entre esposos ha sido mucho más controvertido.

Durante la vigencia del anterior Código Penal, se discutió ampliamente sobre si los esposos separados merecían ser tratados criminalmente como miembros de un matrimonio, o bien como personas desligadas de su vínculo matrimonial. Sobre la existencia de ese debate, sus posturas y desarrollo, nos ilustra la STS de 25 de septiembre de 1995. En síntesis, esta resolución describe una postura inicial de la jurisprudencia de indiferencia ante la ruptura informal de la relación entre esposos (no considera relevante ni siquiera la separación judicial), que cambió hacia la percepción contraria, esto es, la de entender que la separación entre esposos (incluso la de hecho, si era prolongada e irreversible) excluía la aplicación de la circunstancia modificativa de parentesco.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprobó el que se vino a denominar *Código Penal de la democracia*. Su artículo 23 incluyó entre las relaciones incardinadas en la circunstancia mixta de parentesco la de "*ser*" el agraviado cónyuge del ofensor[173]. Aunque el nuevo texto parecía incidir de este modo en la existencia meramente formal del vínculo del matrimonio entre autor y víctima para apreciar la circunstancia, la

---

de la Autoridad Militar que tuviere más inmediatos la perpetración de cualquier delito de la competencia de la jurisdicción militar en el que hubiera participado su "cónyuge". El precepto no ha sido modificado como su correspondiente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque parece plausible sostener que su interpretación debe adecuarse al mismo.

[172] Suele coincidirse entre doctrina y jurisprudencia en que la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal opera en términos generales como atenuante en delitos de carácter patrimonial y como agravante en los que tienen contenido personal. En este sentido, por ejemplo, pueden verse las SSTS de 30 de octubre de 2001 y 25 de julio de 2000, y también ÍNIGO CORROZA, Elena: "Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia", *InDret*, Número 4, 2011 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), pág.8, quien no obstante hace ver que "*el juez tiene gran discrecionalidad para determinar el sentido que tiene el parentesco en cada caso*".

[173] El tenor literal del precepto era el siguiente: "*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor*".

jurisprudencia siguió aplicando su doctrina y dejó fuera del perímetro de las relaciones de parentesco a los esposos separados de hecho[174].

En esa tesitura, el artículo 23 fue objeto de una relevante reforma por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. En su nueva redacción, el precepto considera integrados en el vínculo de parentesco, a los efectos de la graduación de las penas, "*ser o haber sido*" el agraviado cónyuge del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

Tanto el tenor de la norma actual, como el sentido de su modificación, y la propia finalidad y objeto de la Ley Orgánica que la incorpora al ordenamiento, parecen avalar el fundamento de la reforma que propone ÍÑIGO CORROZA[175]:

"… la preocupación social por el incremento de los delitos llamados de violencia doméstica en los que gran número de infracciones se producen entre parejas que han roto su convivencia, ha llevado al legislador a introducir esa última reforma político criminal, incluyendo en el concepto de parentesco no sólo los que son matrimonio (…) sino los que lo han sido*, como ha quedado plasmado en la última reforma del art. 23".*

En definitiva, la separación de hecho no afecta en el vigente Código Penal a la existencia de la relación de parentesco prevista en el artículo 23, que presenta esta redacción:

"Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido *el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".*

En definitiva, por el concreto propósito de reprimir las conductas de violencia de género en el entorno de las relaciones de pareja, presentes o pretéritas, el legislador penal viene a entender que el matrimonio origina una suerte de vínculo perenne de parentesco entre los cónyuges que no finaliza hasta su muerte. Lo que resulta relevante subrayar, en nuestro caso, es que, a esos concretos efectos, el tratamiento penal de la separación de hecho como incidencia en el matrimonio no difiere en absoluto -sino que más bien se asimila en su totalidad- de la que el Código Penal concede también a la separación legal o al divorcio.

[174] Por ejemplo, la STS de 30 de octubre de 2001, antes citada, insiste en que la existencia de relación de matrimonio no se reduce a la constatación del vínculo formal sino que requiere además de un elemento subjetivo de "*real existencia de afectividad entre el agente y la víctima*". Por ello, no se entiende que exista parentesco matrimonial, en el caso de cónyuges, "*aunque subsista el vínculo, cuando estos se encuentran separados de hecho o de derecho de forma prolongada*".

[175] ÍNIGO CORROZA, Elena: op. cit., pág. 5.

3.2.3.- El problema de la excusa absolutoria y la circunstancia mixta de parentesco

El Derecho penal considera relevantes las relaciones parentesco entre los autores y víctimas de los delitos patrimoniales. Siempre que en su ejecución no concurra violencia o intimidación, la aplicación de la circunstancia mixta suele entenderse atenuante. El artículo 268.1 del Código Penal lleva esta política normativa hasta el extremo de exonerar a ciertos parientes[176] de responsabilidad penal en determinados delitos de índole puramente económica[177] y dispone, en su aserto inicial, que *"están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio".*

Se ha destacado la incoherencia de no haber modificado el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adecuando su redacción a lo que sin duda exige el vigente artículo 268.1 del Código Penal. Y es que, el apartado 1º del indicado precepto de la Ley de Enjuiciamiento, impide ejercitar acciones penales entre sí a "*los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia*". La jurisprudencia no ha dudado en "corregir" ese descuido normativo, interpretando que, "*cualquier delito cometido entre cónyuges, en ausencia de los presupuestos que justifican la aplicación de la absolutoria excusa prevista en el artículo 268 del Código Penal, podrá ser perseguido por la víctima, sin limitaciones derivadas de la literalidad del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuyo contenido ha de ser interpretado en estrecha relación con el fundamento y los presupuestos de exención*"[178].

En consecuencia, la mera separación de hecho entre esposos determina la exclusión de esta figura. Así las cosas, ocurrida la ruptura conyugal, las acciones u omisiones tipificadas en que incurran los esposos entre sí podrán ser objeto de represión penal, como si no existiera matrimonio. La asimilación de la separación de hecho a la separación legal -e incluso al divorcio- es, en este sentido, también absoluta.

Debe precisarse que, cuando se aplica el artículo 268 del Código Penal a situaciones de separación de hecho, la jurisprudencia suele distinguir dos etapas. Los actos que se acreditan realizados antes de haberse producido la ruptura de la convivencia encuentran amparo en la excusa absolutoria. Los posteriores a la separación son, por el contrario, susceptibles de persecución penal, al quedar extramuros de aquélla[179].

[176] Que no coinciden en todos los casos con los incluidos como tales en el artículo 23 del Código Penal.

[177] Incluye -en sus modalidades de comisión no violenta o intimidatoria, en aquellos delitos que la pueden presentar- los delitos de hurto, robo, sustracción de vehículos, usurpación, defraudaciones -estafa, apropiación indebida, y las de fluido eléctrico y análogas-, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas, y daños.

[178] Por todas, citamos la STS de 29 de febrero de 2024.

[179] Puede verse por ejemplo el AAP de Almería de 11 de octubre de 2023.

Cabe apuntar, en cualquier caso, que, por más que pueda considerase contradictorio, si bien la separación de hecho –exactamente igual que como ocurre con la separación legal y el divorcio- lleva consigo la imposibilidad de aplicar la excusa absolutoria a los delitos que comentan los esposos entre sí, ello no impide que el juez, al calcular la pena, pueda tenerla en cuenta al mismo tiempo como circunstancia atenuante, de acuerdo con el artículo 23[180].

3.2.4.- Los delitos de apropiación indebida y administración desleal

Existe una materia que concierne al Derecho penal y que, a nuestro juicio, desprende un especial interés dado el objeto de la investigación que se aborda en este trabajo. Se trata de las consecuencias penales que pueden derivar de algunas conductas patrimoniales no poco frecuentes entre cónyuges casados bajo el régimen de la sociedad ganancial que, iniciada la separación de hecho, proceden a administrar –y, en ocasiones, gastar o distribuir- unilateralmente los ingresos obtenidos con su propio trabajo.

Como hemos indicado en el apartado anterior, desde que tiene lugar la separación de hecho entre los esposos, las consecuencias penales de sus actos no pueden encontrar amparo en la excusa absolutoria, ni siquiera cuando se trata de infracciones de naturaleza estrictamente patrimonial.

En Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que "*el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal*". A pesar del carácter no vinculante de este tipo de acuerdos[181], cabe comprobar cómo su directriz ha inspirado la jurisprudencia posterior.

La STS de 30 de marzo de 2022 constituye un buen ejemplo de ello. Se trataba de un matrimonio sujeto al régimen económico de la sociedad de gananciales. Ya iniciados los trámites de separación judicial y en fechas próximas al pronunciamiento del auto de medidas provisionales[182], el marido había retirado una suma superior a los cinco mil euros de un depósito bancario de ahorro contratado a nombre de la esposa, en el que él disponía de firma como apoderado. El marido traspasó el dinero a una cuenta de su exclusiva titularidad. A la fecha de la transferencia -y aún a la fecha del juicio oral- todavía no se había procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales.

[180] ÍNIGO CORROZA, Elena: op. cit., pág. 14, nota al pie 46, lo atribuye a una incongruencia sistemática.

[181] Sobre ello, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: "¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Número 10, 2008, págs. 02:17-02:18.

[182] De la sentencia del Tribunal Supremo se desprende adicionalmente que la fecha de la disposición del dinero por el esposo coincidió con la de la presentación de la demanda de separación.

La Audiencia Provincial de Valencia había confirmado la sentencia del Juzgado de lo Penal, que condenaba al esposo como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 253.1 del Código Penal[183]. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación del cónyuge condenado, exponiendo que:

"La pertenencia de los bienes gananciales a la sociedad, hace que cada uno de los cónyuges disponga de una propiedad diferida que no le faculta para disponer o distraer ningún bien de cualquier manera, sino conforme a los presupuestos y requisitos estipulados en el pacto o en la norma. Es la regulación de la sociedad de gananciales, como titular de los bienes, la que precisa en los artículos 1362 y ss. CC, las cargas y obligaciones a los que estos deben responder y cómo deben gestionarse por los cónyuges como administradores. De ahí que, si alguno dispone del bien o lo distrae en perjuicio de la sociedad y en beneficio propio, cometa un delito de apropiación indebida. Responsabilidad que no queda neutralizada porque el cónyuge pueda ostentar una titularidad diferida resultante de la liquidación. A esta idea nuclear respondió nuestro Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 24 de junio de 2005…".

La sentencia incide en la misma idea al afirmar que:

"…la acción típica de apropiación indebida gira sobre dos verbos típicos: apropiarse y distraer. (…) La clave no reside en si el sujeto activo es propietario sino en la forma de gestión que se hace de esos bienes. En consecuencia, si uno de los cónyuges dispone de la totalidad del dinero depositado en régimen de sociedad de gananciales distrayendo todo el dinero depositado en las cuentas corrientes o en cualquier otro instrumento financiero de titularidad compartida, sin que responda al interés familiar ni contando con el consentimiento del otro cónyuge, en los términos exigidos por el artículo 1377 CC, se comete un delito de apropiación".

Por último, la sentencia recuerda que, según la propia doctrina de la Sala:

"… cuando en los hechos declarados probados se describen actos cruzados de deslealtad, entendidos éstos como acciones unilaterales de disposición de fondos de una cuenta de titularidad conjunta, el juicio de tipicidad se desdibuja pues en estos supuestos surge la necesidad instrumental de un proceso previo de liquidación que defina la verdadera capacidad de disposición de aquel a quien se atribuye un acto expropiatorio del dinero u otra cosa fungible. Pues la imposibilidad de fijación de una cuantía líquida y exigible, puede alzar un obstáculo insalvable a la tipicidad del hecho, en la medida en que podría llegar a desdibujar la concurrencia del dolo y la existencia misma de ánimo de lucro. (…) la necesidad de liquidación previa solo es exigible cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo

[183] El precepto dispone que serán castigados "*los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*".

y la fecha como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas".

En otras ocasiones, la jurisprudencia considera subsumibles en el tipo de la administración desleal conductas como la descrita en el asunto antes analizado. Se cometerá el delito de administración desleal cuando el administrador incurra en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades, por dar al dinero un destino distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio del patrimonio administrado[184].

Vemos, por tanto, que los cónyuges, en su calidad de socios gananciales, pueden incurrir en conductas tipificadas como apropiación indebida o administración desleal si hacen propios o bien se reservan en exclusiva la administración de los bienes que, según el ordenamiento, pertenecen a la sociedad conyugal. Esto, evidentemente, plantea un problema importante para los esposos casados en régimen de ganancias durante la separación de hecho.

Con carácter general, los ingresos gananciales más frecuentes son los procedentes del trabajo, profesión o industria de los cónyuges. Es frecuente afirmar –como veremos luego con mayor detalle- que, durante la separación de hecho, queda en suspenso o, incluso, se disuelve *de facto* la sociedad de gananciales. De ser así, las retribuciones que los cónyuges separados de hecho percibieran tras el cese efectivo de la convivencia serían propias de cada perceptor, quedando así a su exclusiva disposición, con la lógica y necesaria exclusión de cualquier posible represión penal como acto de apropiación indebida o administración desleal. Esto lo recuerda, por ejemplo, la SAP de Sevilla de 30 de noviembre de 2021:

"… como destaca la sentencia de instancia, (…) no se puede entender vigente la sociedad de gananciales desde el momento en que el matrimonio está roto de hecho. Ha de entenderse, conforme a la doctrina mayoritaria, que la separación de hecho disuelve la sociedad de gananciales cuando cese de modo efectivo la convivencia conyugal. Ello es cuando no estemos ante una simple interrupción de tiempo de convivencia o un tiempo prudencial entre la cesación de la convivencia y el momento en que se inicia el iter *procedimental ante la jurisdicción para constituir la separación o divorcio, sino ante una manifestación nítida, inconfundible, seria y persistente de poner fin a la sociedad y a la vida en común, actuando ambos cónyuges de modo contrario a la confusión de patrimonios propia de su régimen matrimonial. Ello es así porque es la convivencia conyugal, la vida familiar, la* raison de être *de la sociedad de gananciales sin que pueda existir ésta sin aquélla. No debe haber régimen económico matrimonial, menos uno de la naturaleza de la sociedad legal de gananciales, cuando en la realidad de las cosas no hay matrimonio. No obstante, la separación de hecho no produce de iure su disolución, sino que precisa declaración judicial al efecto, conforme al artículo 1393 del Código Civil y sólo es eficaz tal disolución desde dicha resolución, que, en*

[184] Realiza una ilustrativa exposición sobre la materia la SAP de Madrid de 5 de octubre de 2020.

este caso, es la sentencia de divorcio. Ello implica que dejan de ingresar bienes en la sociedad de gananciales desde la separación de hecho, pero continua existiendo una masa patrimonial formada constante matrimonio que debe liquidarse".

De atenernos a esta tesis parece que, desde el cese de la convivencia marital, cada cóyuge podría disponer de los emolumentos ganados con el desempeño de su profesión, pues si "*dejan de ingresar bienes en la sociedad de gananciales desde la separación de hecho",* necesariamente estos se incorporarían al patrimonio personal de cada uno de los cónyuges. En ese escenario no cabría la comisión de los delitos de administración desleal o apropiación indebida, por el mero hecho de administrar o disponer de esos ingresos.

Sin embargo, esta aseveración no constituye hoy un aforismo fiable ni, sobre todo, una norma legal en cuya vigencia pueda confiarse[185]. De ahí resulta una contingencia cierta para los cónyuges casados bajo el régimen de la sociedad de gananciales que, sin formalizar legalmente su separación, ponen fin a su convivencia como pareja. Si los ingresos percibidos con el trabajo tras la mera separación de hecho se han de presumir gananciales, hay riesgo evidente de incurrir en los delitos que analizamos por disponer como si fueran propios o administrar en exclusiva los ingresos la nómina o de la actividad profesional en esa situación. Este es uno de los motivos más acuciantes por los que, en aras de la seguridad jurídica, la cuestión sobre la que estamos desarrollando este estudio exigiría una respuesta clara y lógica del ordenamiento. Como tendremos ocasión de exponer en este trabajo, en nuestra opinión, la convivencia y cooperación entre esposos es el fundamento de la sociedad de gananciales. Según creemos, la separación de hecho entre esposos determina, entre ellos, el cese de la comunicación ganancial y da lugar a la generación de ingresos propios que, hasta antes de producirse el cese de la convivencia, habían de ser comunes.

De entenderse la norma civil en la clave que postulamos, los esposos casados en gananciales que adoptan la decisión libre de separarse de hecho no se enfrentarían a ese inquietante panorama penal. La criminalización de la conducta de administrar o apropiarse de los fondos generados con el ejercicio del trabajo o profesión propios durante la separación de hecho no tendría lugar, sin perjuicio, claro está, del deber de los cónyuges separados de hecho de hacer frente a sus deberes legales en el orden familiar, incluso entre ellos.

La necesidad de respuesta unitaria del sistema exigiría, en todo caso, entender producida la separación de hecho desde un mismo momento, tanto a efectos civiles como penales. Así, los actos de apropiación y administración sobre lo obtenido con la nómina quedarían al margen de la represión penal, pues los que fueran anteriores a la efectiva separación de hecho quedarían amparados por la excusa absolutoria y, los

[185] Nos remitimos a la segunda parte de este trabajo, donde se analizará el tratamiento de la jurisprudencia sobre esta cuestión.

posteriores, no serían subsumibles en dichos tipos por realizarse sobre un patrimonio personal.

La respuesta que postulamos satisface el principio de intervención mínima del Derecho penal en el ámbito de las relaciones patrimoniales en la familia, se ajusta a su carácter fragmentario y, en coherencia con una interpretación plausible de la normativa civil, permite realizar el principio de unidad del ordenamiento.

3.3.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho administrativo

3.3.1.- Relevancia, asimilación y tratamiento de la separación de hecho

En el ámbito del Derecho administrativo, las normas que contemplan el estado civil del administrado no suelen conceder importancia a la eventual separación de hecho en el seno de su matrimonio[186].

[186] Sin ánimo de ser exhaustivos, creemos interesante traer aquí un significativo recopilatorio de normas que, a nuestro juicio, justifican la afirmación.

En primer lugar, puede realizarse este análisis sobre normas de Derecho administrativo que reconocen beneficios legales y económicos al administrado, o le conceden el ejercicio de algunos derechos.

Fijémonos, en primer lugar, en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. En las condiciones previstas por el precepto, el artículo 48 de esta Ley reconoce al empleado público que sea "*cónyuge*" de una persona con enfermedad grave el derecho a una reducción de jornada para su cuidado. La norma reconoce también un derecho de reducción de jornada, o a la reordenación del tiempo de trabajo, al "*cónyuge*" del funcionario que haya sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista. Asimismo, el artículo 82 de la Ley reconoce al funcionario que haya sido víctima del terrorismo y a su "*cónyuge*" el derecho al traslado a otro puesto de trabajo, para hacer efectivo su derecho de protección y a la asistencia social integral. En ninguno de estos casos la norma plantea excepciones o matices a los cónyuges separados. Otra faceta abordada por esta misma Ley es la relativa al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados. El artículo 57 reconoce el derecho a acceder a la función pública, en igualdad con los españoles, a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Este derecho se hace extensivo al "*cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea*", siempre que no estén "*separados de derecho*", así como a sus descendientes y "*a los de su cónyuge*" siempre que, entre otros requisitos, "*no estén separados de derecho*". Finalmente, en cuando al disfrute de una excedencia voluntaria, el artículo 89.3 de la Ley establece que ésta podrá concederse por agrupación familiar a los funcionarios cuyo "*cónyuge*" resida en otra localidad en la que tenga su puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas u organismos referidos en el precepto.

Algo similar sucede con la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Esta prevé -en sus artículos 59 y 60- distintas medidas de apoyo a las familias de los funcionarios del Servicio Exterior. Está previsto específicamente el apoyo a sus "*cónyuges*" y parejas de hecho para que preparen su salida al extranjero, conozcan el idioma del país de destino, o puedan acceder a puestos de trabajo en su nueva residencia con reconocimiento de algunas ventajas a su favor. La disposición adicional quinta de la Ley contempló asimismo la elaboración de un informe por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la situación de los "*cónyuges*" o parejas de hecho del personal funcionario o laboral desplazado, respecto a su posible acceso a puestos de trabajo y reconocimiento de algunos derechos sociales. La separación de hecho, por tanto, tampoco se contempla.

Otro tanto ocurre con las normas que regulan el ingreso de personal en la Administración General del Estado. El artículo 44 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprobó su Reglamento rector, prevé que, en las convocatorias de plaza, las bases establecerán una puntuación que, como máximo, podrá

alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad por el destino previo del "*cónyuge*" funcionario. Esta misma Ley prevé también en su artículo 66 bis la posible movilidad del funcionario por razones de salud o de rehabilitación de su "*cónyuge*". Nuevamente, la separación de hecho no se contempla.

Analicemos ahora el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. Entre otros extremos, la norma regula las condiciones de acceso a las pensiones de viudedad, orfandad, a favor de los padres y a las que causan los alumnos de centros docentes militares. La pensión de viudedad -o, en su caso, el derecho a una prestación temporal-, se reconocen al cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos en el artículo 38 de la Ley. Este extenso precepto se refiere a las situaciones de *separación, divorcio* y *nulidad*, a la concurrencia de varios ex cónyuges beneficiarios del causante, e incluso a las parejas de hecho. En cuanto a la pensión a favor de los padres dependientes del hijo causante del derecho pasivo, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley, su derecho a percibir la pensión se condiciona al hecho de que, en el momento del fallecimiento, no concurra "*cónyuge*" o hijos del mismo con derecho a pensión. El derecho al disfrute de las pensiones extraordinarias a favor de familiares corresponderá, entre otros parientes del fallecido, al "*cónyuge viudo*" del fallecido, según el artículo 48 de la Ley. Finalmente, el artículo 52 de la Ley dispone los términos en que los "*cónyuges*" de alumnos de los centros docentes militares de formación y quienes estuvieren prestando el servicio militar en cualquiera de sus formas, podrán beneficiarse de pensión causada por ellos. Una vez más, la separación de hecho parece irrelevante en todo este sistema.

No obstante lo anterior, existe una reiterada jurisprudencia que, en el ámbito de las pensiones de orfandad, niega la equiparación entre separación legal y separación de hecho. Dicha doctrina deriva de las numerosas reclamaciones judiciales que han planteado huérfanas que estaban separadas de hecho en el momento de fallecer su progenitor, y que pretendían su equiparación a las separadas legalmente para ser reconocidas como beneficiarias de esa prestación. La jurisprudencia ha resuelto con reiteración que, si a 1 de enero de 1985, existiera cónyuge viudo, sólo conservarán el derecho a percibir la pensión de orfandad -una vez fallezca el cónyuge viudo- quienes, a 1 de enero de 1985, cualquiera que fuese su edad, estuvieran solteras o viudas, habiendo ampliado el Real Decreto Legislativo 670/1987 ese derecho únicamente a las huérfanas "*separadas legalmente o divorciadas*" en dicha fecha. El fundamento de esa tesis es que un tribunal "*no puede asimilar un determinado estado civil a una situación de hecho semejante, otorgando idénticas consecuencias jurídicas a lo que en realidad son situaciones dispares en el seno del ordenamiento. En este ámbito sólo posee efectos constitutivos sobre el estado civil la separación judicialmente declarada, que por tanto es la separación legal a que se refiere el precepto; estos efectos no los produce la separación de hecho aun cuando esté probada y convenida por los cónyuges de mutuo acuerdo. La no equiparación es una decisión del legislador que provoca razonablemente consecuencias diferentes ante una diferente situación de partida. Si el reconocimiento de las pensiones trataba de proteger económicamente a las personas más desfavorecidas, por lo que excluía de las mismas a las huérfanas casadas (y ello dentro de una concepción social de cuestionable vigencia), no puede negarse que la persistencia del vínculo matrimonial en caso de separación de mero hecho determina la subsistencia de ciertas obligaciones y deberes de los cónyuges que sólo desaparecen tras la declaración judicial oportuna. Así pues, y con independencia de lo que ocurra concretamente en caso de la recurrente, debe considerarse que la exigencia legal para conceder la pensión de que la separación sea legalmente declarada y no de mero hecho encuentra una fundamentación razonable*". La cita la extraemos de la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2008. En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SSTSJ de Galicia de 11 de febrero de 2009 y 23 de mayo de 2007; o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de abril de 2020.

En esta misma línea, el Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, que reguló la concesión de determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo. Su artículo 13 ofrece una clasificación de pensiones y beneficiarios. En esa relación se reconoce una pensión de viudedad a favor del "*cónyuge*" del causante fallecido, siempre que no esté "*separado legalmente*", o de la persona que se encontrase unida al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho. La omisión de la separación de hecho se acusa otra vez.

En segundo lugar, el análisis de las normas de Derecho administrativo de carácter restrictivo o prohibitivo revela también, a nuestro juicio, esta misma orientación. Creemos que esta conclusión es rigurosa tras haber analizado un significativo volumen de cuerpos legales. Destacamos ahora algunos ejemplos.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se refiere en su artículo 71 a las prohibiciones de contratar. Conforme a lo dispuesto en el artículo 71.1.g), no podrán contratar con el sector público, entre otras personas, aquellas en las que concurra la circunstancia de estar incursa la persona física, o los administradores de la persona jurídica, en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. El precepto extiende la prohibición, entre otros familiares, a los "*cónyuges*" de las personas a que se refiere el precepto, a sus ascendientes y descendientes, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. El imperativo de la Ley no se matiza para aquellas situaciones en que los cónyuges estén separados.

Precisamente la referida Ley 3/2015, de 30 de marzo, se refiere al fenómeno de los conflictos de intereses. Su artículo 11 obliga a los altos cargos a evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades, lo que incluye sus "*intereses familiares*". Entre éstos, se refiere en particular, y en primer lugar, a los de "*su cónyuge*" o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, y a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. La Ley no matiza su prohibición para aquellas situaciones en las que los cónyuges estén separados.

Cambiando de escenario, en su actual redacción, el artículo 14.6 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, exige a los sujetos obligados por la norma a adoptar determinadas medidas reforzadas de diligencia debida "*a los familiares y allegados*" de las personas con responsabilidad pública sobre las que trata el precepto. La norma precisa que considera "*familiar*" al "*cónyuge*", a la persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, así como los padres e hijos, y los "*cónyuges*" o personas ligadas a los hijos de forma estable por análoga relación de afectividad. La Ley no exonera de la medida al esposo separado de hecho.

Otra a destacar en este sentido es la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Al tratar en su artículo 29.7.d) la subcontratación de las actividades subvencionadas por los beneficiarios, prohíbe a éstos –salvo en supuestos excepcionales- la ejecución total o parcial de las actividades subvencionadas con personas o entidades vinculadas. Las personas vinculadas quedan definidas en el artículo 68.2 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Se refiere a las personas físicas "*unidas por relación conyugal*" o ligadas con análoga relación de afectividad, parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo; a la sociedad y a sus socios mayoritarios o sus consejeros o administradores, y a los "*cónyuges*" o personas ligadas con análoga relación de afectividad y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o de afinidad hasta el segundo de estos; y a las personas jurídicas o agrupaciones sin personalidad y sus representantes legales, patronos o quienes ejerzan su administración, así como a los "*cónyuges*" o personas ligadas con análoga relación de afectividad y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o de afinidad hasta el segundo de los mismos. Vemos también aquí la irrelevancia de la posible separación de hecho entre el administrado y su cónyuge a los efectos de esta regulación.

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Respecto al sufragio pasivo, dispone en su artículo 6 que son inelegibles los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus "*cónyuges*" –sin más-. Esta misma Ley determina el régimen de incompatibilidades para senadores y diputados. Les prohíbe el desempeño de cualquier otra actividad, pública o privada, por cuenta propia o ajena, retribuida de cualquier forma. De esta prohibición se exceptúan tan sólo la mera administración del patrimonio personal o "*familiar*". Sobre esto, la norma clarifica que, en ningún caso, tendrán dicha consideración las actividades privadas cuando el interesado, su "*cónyuge*" o persona vinculada a aquél en análoga relación de convivencia afectiva y descendientes menores de edad, sumen una participación superior al diez por ciento en actividades empresariales o profesionales que tengan conciertos, concesiones o contratos con

Merecen nuestra inmediata atención algunas normas de esta rama del Derecho que, con carácter excepcional, sí se preocupan de dicha situación jurídica y le atribuyen las consecuencias que veremos de seguido.

3.3.2.- La separación de hecho ante el régimen de mutualismo administrativo

Tal como recogió el Ministerio de Hacienda y Función Pública en su Instrucción AB-1/2016, de 11 de noviembre de 2016, sobre afiliación y gestión del colectivo del régimen del mutualismo administrativo, el régimen del mutualismo administrativo constituye, junto al Sistema de Clases Pasivas, el doble mecanismo de protección utilizado por el régimen especial de la Seguridad Social para los funcionarios civiles del Estado.

Al regular el sistema de protección social de los empleados públicos, la ley considera relevante la posible existencia de una separación de hecho entre el funcionario mutualista y su cónyuge.

El Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, aprobó el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. Su artículo 15 designa, entre las posibles personas beneficiarias del sistema, al "*cónyuge del mutualista",* siempre que cumpla, entre otros requisitos, el de "*vivir con el titular del derecho y a sus expensas*". El precepto puntualiza expresamente que "*no se apreciará falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razones de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y demás circunstancias similares*"[187].

---

organismos o empresas del sector público estatal, autonómico o local. La separación de hecho no se menciona como situación jurídica relevante a los efectos de aplicación de la norma.

Finalmente, haremos referencia a los Estatutos orgánicos del Ministerio Fiscal y la Judicatura. El artículo 57 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone la incompatibilidad del ejercicio de cargos fiscales con el ejercicio de la abogacía, excepto cuando tenga por objeto asuntos personales del Fiscal, o de su "*cónyuge*". Su artículo 58 prohíbe a los miembros del Ministerio Fiscal ejercer sus cargos en las Fiscalías que comprendan dentro de su circunscripción territorial una población en la que su "*cónyuge*" ejerza una actividad industrial o mercantil que obstaculice el imparcial desempeño de su función. Tampoco podrán hacerlo en la misma Fiscalía o sección en la que ejerza su "*cónyuge*", siempre que exista dependencia jerárquica inmediata entre ambos. Tienen también vedado ejercer como Fiscales Jefes en las Fiscalías donde ejerza habitualmente como abogado o procurador su "*cónyuge*", salvo en circunscripciones de más de quinientos mil habitantes, y sin perjuicio del deber de abstención cuando proceda. En cuanto a los *Jueces y Magistrados,* la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial concede en su artículo 373 entre tres y cinco días hábiles de permiso a jueces y magistrados por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves del "*cónyuge*". El artículo 393 de esta Ley Orgánica prohíbe a los profesionales de la magistratura, salvo en grandes circunscripciones, desempeñar su cargo en los tribunales donde su "*cónyuge*" ejerza habitualmente como abogado o procurador, o donde este tenga arraigo e intereses económicos que puedan obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna de las anteriores normas dispone si la separación de hecho entre los cónyuges debe considerarse causa de excepción a su cumplimiento. Ni siquiera lo precisa en situaciones de separación legal.

[187] El precepto, aún vigente, recuerda a la norma del artículo 87, párrafo segundo, del Código Civil, que fue introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio y posteriormente vaciada de contenido por la Ley

Por otra parte, su artículo 16.1 indica que, en caso de fallecimiento del mutualista en alta (es decir, del funcionario adscrito al sistema), podrán ser beneficiarios del mutualismo administrativo, entre otros, "*los viudos*". El artículo 16.2 señala que podrá conservar la condición de beneficiario el cónyuge "*que viva separado*" de un mutualista en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado "*nulo o disuelto por divorcio*". Pues bien, el artículo 6.2.2.2 de la Instrucción antedicha exige a dichas personas, para poder acceder a la condición de beneficiarios, la aportación de la sentencia de divorcio, nulidad o separación judicial y del convenio regulador donde se acredite el reconocimiento del derecho a percibir pensión compensatoria, así como su mantenimiento en el momento de solicitar el alta.

Lo previsto en el mencionado artículo 16.2 ha sido aclarado por la Instrucción AB-1/2016, de 11 de noviembre de 2016, antes también citada. Su apartado 4.2[188] dispone que, "*en ningún caso se asimilarán los supuestos de separación de hecho a los de separación judicial del mutualista*", precisando que la mención en el artículo 16.2 del Reglamento al *"cónyuge que viva separado"*, debe considerarse, únicamente, respecto de los supuestos de *"separación legal"*.

Es claro, por tanto, que en este ámbito existe una expresa diferenciación de trato a la separación *legal* y a la de *facto*.

3.3.3.- El tratamiento de la separación de hecho en las normas sobre extranjería

El ordenamiento español ha dedicado numerosas normas legales y reglamentarias a regular el reconocimiento y ejercicio de los derechos y libertades por personas de otra nacionalidad. Muchas de ellas, hoy derogadas, ya prestaron especial atención a la figura del cónyuge separado de hecho[189].

15/2005, de 8 de julio, y que decía así: "*La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*".

[188] Lleva por título "*Titulares no mutualistas, con documento de afiliación propio: Beneficiarios con documento asimilado al de afiliación (BDAP) ante supuestos de fallecimiento, separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio del mutualista (art. 16 RGMA)*".

[189] La hoy derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España establecía en su artículo 18 la preferencia para la obtención o renovación de sus permisos de trabajo a los extranjeros casados con un nacional español "*y no estén separados de hecho o de derecho*". Las normas que se dictaron en su desarrollo fueron igualmente incisivas al observar las situaciones de esta naturaleza.

El Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, disponía en su artículo 21 la concesión de permisos de residencia especiales a extranjeros que, entre otros requisitos, se hallen casados con español o española, que resida en España "*y no estén separados de hecho o de derecho*"; o en su artículo 38 concedía preferencia para la obtención de ciertos permisos de trabajo a los extranjeros que acreditaran estar casados con un ciudadano español "*y no estar separado de hecho o de derecho*".

En las normas que regulan actualmente esta materia, las situaciones de separación de hecho en el matrimonio concitan la atención del legislador, en particular, sobre los ámbitos que analizamos a continuación.

3.3.3.1.- Reagrupación familiar

El artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, regula la situación de los familiares *reagrupables*. La norma[190] reconoce el derecho del extranjero residente a reagrupar con él en España a ciertos familiares, entre ellos, su cónyuge, "*siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho*" y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley[191].

El Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, reguló las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España, por parte de nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. La norma extendía su aplicación, cualquiera que fuera su nacionalidad y entre otros familiares, al "*cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho*", de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas. Su artículo 8.4 contemplaba también la condición de cónyuge supérstite, "*siempre que no estuviere separado de hecho o de derecho*" para expedir o renovar la tarjeta de residencia en los supuestos regulados por el mismo.

El Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, concedía el permiso de residencia por reagrupación familiar en su artículo 54 al "*cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho*", que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley; su artículo 60 disponía a su vez la extinción del permiso de residencia cuando se acreditara la existencia de "*separación de hecho o de derecho del cónyuge del residente extranjero*", cuando el permiso de residencia haya sido concedido por motivo de reagrupación familiar, salvo lo dispuesto en su artículo 54.5.

El Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, disponía en su artículo 49 la posibilidad de conceder excepcionalmente una exención de visado a extranjeros que fueran "*cónyuges*" de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, "*siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho*", y reunieran ciertas condiciones.

El también derogado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, permitía en su artículo 39 la agrupación familiar con el cónyuge, "*siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho*" y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Su artículo 41 permitía obtener una autorización para trabajar al cónyuge "*no separado de hecho o de derecho*" de residente legal. Asimismo, su artículo 53 disponía la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en ciertos supuestos, exceptuando al "*cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal*".

[190] Fue modificada por la Ley Orgánica 2/2009, sin afectar al inciso que analizamos.

[191] En este sentido, procede recordar con DE VERDA Y BEAMONTE, Jose Ramón: *Los matrimonios simulados o de conveniencia*. 7 de abril de 2020. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/los-matrimonios-simulados-conveniencia/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), que, en ocasiones, "*los contrayentes convienen entre sí en no adquirir el status de cónyuge, por lo que habrá un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada (ante el funcionario autorizante), lo que dará lugar a una falta de consentimiento, que provocará la nulidad del negocio (art. 45, I CC): los declarantes o contrayentes no querían, en realidad, casarse, sino crear una apariencia de matrimonio para lograr un efecto que la ley asigna al mismo: en la práctica, el efecto buscado suele ser que un contrayente extranjero obtenga el permiso de residencia en España, pero las finalidades pueden ser otras, por ejemplo, subrogarse en un arrendamiento urbano, cobrar una pensión de viudedad o disfrutar*

El artículo 53 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, reitera *ad literam* esa misma regla.

Tras la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tuvo también lugar la aprobación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El artículo 2 del Real Decreto disponía su aplicación, cualquiera que fuera su nacionalidad, a ciertos familiares de cualquier ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea, o que fuera parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, entre los que se incluía a *"su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal".* Esta norma fue objeto de un recurso contencioso administrativo[192].

El recurso defendía que la expresión "*separación legal*" introducida por el Real Decreto en su artículo 2 contravenía la Directiva porque venía a tratar al separado legalmente como un divorciado, que había roto el vínculo matrimonial de manera definitiva con su cónyuge comunitario, sin ser ello realmente así. Los recurrentes sostenían que esta circunstancia implicaba una restricción de derechos a los cónyuges separados que vulneraba la normativa europea[193].

---

de los beneficios fiscales establecidos para las transmisiones de bienes entre cónyuges, en particular, a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones".

[192] Recurso Contencioso-administrativo número 114/2007, interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y la Asociación Pro Derechos de Andalucía, contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

[193] Entre otros argumentos, los recurrentes alegaban que "*lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002). En el parágrafo 20 de la Sentencia europea se señala que "procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente". Por su parte la STS citada señaló que "La Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afirma que "las parejas casadas que estén separadas pero aún no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante", y ello partiendo de que, según expresa dicha Comunicación, la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro. En un principio esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias".*

El recurso fue estimado por una STS de 1 de junio de 2010, que dispuso anular la expresión "*separación legal*" que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2[194]. La jurisprudencia ha entendido posteriormente que, dado el sentido de esta resolución, la "*separación de hecho*" del solicitante y su cónyuge tampoco afectará a los derechos de aquel como solicitante de la tarjeta de residencia[195].

3.3.3.2.- Mantenimiento del Derecho de residencia

Por otra parte, el artículo 9 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regula las condiciones de mantenimiento, a título personal, del derecho de residencia de los miembros de la familia, en los casos de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia.

La norma resuelve que, en el caso de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio

---

[194] No obstante, la sentencia se pronunció con un voto particular contrario a la estimación del recurso.

[195] Por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 5 de julio de 2022 explica que "*la STS de 1 de junio de 2010 (recurso contencioso-administrativo 114/2007 , seguido contra el Real Decreto 240/2007), reparó ya en el indebido condicionamiento del concepto de "cónyuge" empleado a estos efectos, a que no se produjera la "separación legal" de los esposos, requisito no impuesto a este fin por la Directiva 2004/38 (artículo 13), lo que, a fortiori, muestra que tampoco aquel concepto puede quedar excluido por la separación de hecho de los cónyuges.*

Esa es la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para quien el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente" y "ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente" (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín; parágrafo 20; en este mismo sentido se pronuncia en la STSJUE de 8 de noviembre de 2012; asunto C-40/2011).

Así las cosas, si el derecho a residir y trabajar en España del cónyuge de un ciudadano europeo no puede restringirse por la separación de hecho del matrimonio, la exigencia, impuesta también para estos casos, consistente en que los familiares "acompañen al ciudadano de uno de estos Estados (de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) o se reúnan con él." (artículos 2.1 y 6.2), recogida de la Directiva 2004/38/CEE (artículo 3.1), debe recibir el significado proporcionado por el marco en que se desenvuelve la norma europea, de la efectividad de los derechos los ciudadanos de la Unión de entrada, salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en el territorio de los Estados miembros, entendiéndose así en el sentido de acompañar al ciudadano o acudir con él al territorio de un determinado Estado, sin necesidad pues de imponer la convivencia.

Así lo dice, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 16 de julio de 2015 (asunto C-218/2014), según la cual "conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de que el nacional del tercer país deba acompañar al ciudadano de la Unión o reunirse con él no implica la obligación de que los esposos vivan juntos en la misma casa, sino la de que ambos habiten en el Estado miembro en el que el cónyuge ciudadano de la Unión ejerza su derecho a la libre circulación (véase, en este sentido, la sentencia Ogieriakhi, C-244/13, EU:C:2014:2068, apartado 39)..".

En definitiva, la convivencia del actor con la mencionada ciudadana europea no resultaba exigible para la obtención de la tarjeta solicitada".

En ese mismo sentido se pronuncian la STSJ de Andalucía de 1 abril de 2022, la STSJ de País Vasco de 11 de enero de 2022, o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2021.

Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, éste podrá conservar el derecho de residencia acreditando la duración de al menos tres años del matrimonio, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio o divorcio. La norma exige que se acredite que, al menos uno de los años, ha transcurrido en España. En lo que aquí nos interesa destacar, los tribunales han entendido que la mera separación de hecho no afecta al cómputo del tiempo mínimo de matrimonio requerido por el precepto[196].

3.4.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho laboral y de la Seguridad Social

3.4.1.- Consideración previa

La normativa laboral y de Seguridad Social omite referirse generalmente a la separación de hecho como situación jurídica, incluso cuando regula aspectos relacionados con el matrimonio, la separación legal o el divorcio[197]. Otras normas de ese mismo ámbito del Derecho simplemente la contemplan, pero remiten a un ulterior desarrollo reglamentario su tratamiento[198]. Junto a las anteriores, concurren otras normas que sí se han ocupado de regular el impacto del fenómeno en la institución reglamentada. Las que consideramos más relevantes entre estas últimas son las que desarrollamos a continuación.

---

[196] Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de septiembre de 2022, cuando afirma: "*La normativa del Real Decreto 240/2007 no exige formalmente que se acredite la convivencia entre cónyuges, sino tan solo la constatación formal de la existencia del matrimonio. Como quiera que la situación de separación no implica disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, no puede ser utilizado para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (TS de 11 de diciembre de 2002). En el parágrafo 20 de la Sentencia europea se señala que "procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente". El vínculo subsistió durante 4 años tras la celebración del matrimonio concurriendo los presupuestos del citado artículo 9*".

[197] Por ejemplo, tras la reciente reforma del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, operada por Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el precepto indica que, en los supuestos de "*nulidad, separación, divorcio, extinción de la pareja de hecho o cuando se acredite ser víctima de violencia de género*", el derecho a la reducción de jornada se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor con quien conviva la persona enferma, siempre que cumpla el resto de los requisitos exigidos.

[198] En los términos del artículo 64 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la Seguridad Social puede prestar "asistencia social" a las personas que lo soliciten, dispensando a su favor los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos. El precepto tiene en cuenta las situaciones de crisis matrimonial y distingue claramente entre ellas. Mientras en los casos de "*separación judicial o divorcio*" dispone que tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge o ex cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, "*en los casos de separación de hecho*" se limita a indicar que "*reglamentariamente se determinarán las condiciones de la prestación de asistencia social al cónyuge e hijos*".

3.4.2.- Pensión de viudedad

Nuestro ordenamiento ha sido objeto de transformaciones muy relevantes en cuanto a los requisitos exigidos al cónyuge para ser beneficiario de la pensión de viudedad[199].

Conforme al modelo de la hoy derogada Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, para ser beneficiario de la prestación, el cónyuge viudo debía cumplir con el adicional condicionamiento de haber sido conviviente del finado en el momento de su deceso. Esta exigencia fue mitigada de forma ocasional por la jurisprudencia en situaciones especialmente graves, como el alcoholismo del esposo o los malos tratos, en favor de la viuda no conviviente.

La publicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código Civil, fue determinante de la paulatina desaparición del requisito de la convivencia, pues el reconocimiento del divorcio implicaba considerar situaciones en las que, al fallecer el causante, la pensión de viudedad tuviera más de un beneficiario.

A pesar de la relevancia de la reforma, ésta se produjo mediante una mera Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 23 de junio de 1989[200]. Esta disposición explicaba que el Tribunal Central de Trabajo había introducido, "*a partir del año 1986, un cambio de la línea interpretativa mantenida hasta entonces, en virtud del cual se pasa a considerar que la norma tercera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, (...) debe interpretarse, a tenor de su propia redacción, en el sentido de que contempla no sólo el supuesto de separación judicial, sino también las otras especies de separación, es decir, la de hecho y la convenida de modo voluntario por los interesados. Consecuentemente, estima dicho Tribunal que la citada disposición ha venido a derogar el apartado a) del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo; y que el hecho de la convivencia no es ya exigible como requisito al viudo que hubiera sido cónyuge legítimo al fallecimiento del causante, sino únicamente de utilidad para la distribución del importe de la pensión en el caso de que hubiere más de un beneficiario llamado al disfrute de la misma".*

Explicado el punto de partida, la disposición aseguraba responder al consejo del Defensor del Pueblo de acomodar el ordenamiento a los criterios de la jurisdicción laboral. Así, "*a fin de evitar que los beneficiarios hayan de recurrir a un procedimiento judicial para el reconocimiento de un derecho denegado previamente en vía administrativa",* la Secretaría General para la Seguridad Social resolvía que la "*pensión de viudedad de los distintos Regímenes que componen el Sistema de la Seguridad*

[199] RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: "Uniones de hecho, protección social y relación de trabajo", *Derecho privado y Constitución*, Número 12, 1998, págs. 232-235.

[200] ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 328, lo catalogan como una modificación legal articulada mediante una "*norma de rango ínfimo*".

Social, se reconocerá en lo sucesivo sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia a que se refiere el apartado a) del número 1 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social".

La vigente Ley General de la Seguridad Social[201] se refiere, en su artículo 219, a la pensión de viudedad y reconoce como beneficiario al "*cónyuge superviviente*". Atendiendo al texto de la Ley, la convivencia efectiva entre esposos parece sólo relevante en el supuesto recogido en el artículo 219.2, que es el fallecimiento del causante por una enfermedad común contraída antes del matrimonio. En este caso, si el matrimonio no se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, para poder ser reconocido como beneficiario de la pensión, el cónyuge viudo deberá acreditar: o la existencia de hijos comunes con el finado, o un período de convivencia con éste -en los términos establecidos en el artículo 221.2- que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Obviamente, en esta tesitura, la ruptura de la convivencia -ínsita a la separación de hecho- puede resultar un impedimento al devengo del derecho a la pensión en los matrimonios sin hijos que, a la fecha en que fallezca el causante del beneficio, hayan tenido una duración inferior al año de duración. Si la separación de hecho arrastra como consecuencia el cómputo de un período de convivencia entre esposos inferior a los dos años, el cónyuge supérstite no será beneficiario de la pensión, sino en su caso de la prestación temporal de viudedad prevista en el artículo 222 de la Ley.

Más allá de eso, el sistema no excluye expresamente como eventual beneficiario de la pensión de viudedad al cónyuge separado de hecho del causante.

Por su parte, el artículo 220 regula en particular el tratamiento de la pensión de viudedad en los supuestos de "*separación, divorcio o nulidad matrimonial*". El tenor literal del precepto sólo se refiere a las personas separadas "*judicialmente*". Siguiendo a RODRÍGUEZ CARDO[202]:

"… la LGSS ha equiparado tradicionalmente la nulidad, la separación (legal, no de hecho) y el divorcio en materia de pensión de viudedad, pues en los tres casos se considera producida una disolución o ruptura del matrimonio (o un cese legal de la convivencia) que convierte al supérstite en excónyuge. No hay, pues, una semejanza plena entre el régimen civil de esas tres formas de ruptura matrimonial y sus consecuencias en materia de Seguridad Social, porque la separación no produce en esta última parcela efectos más dulcificados o generosos que el divorcio. Esa identidad de efectos en el ámbito de la pensión de viudedad ha sido declarada compatible con la Constitución por el TC, ya que ni puede apreciarse discriminación con la situación de

[201] El actual texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

[202] RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: "Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Número 129, Madrid, 2017, pág. 70.

los cónyuges no separados (en la separación, aun cuando el matrimonio no está disuelto, se produce un efectivo cese de la convivencia), ni existe «discriminación por indiferenciación» al tratar de forma idéntica la separación y el divorcio (el legislador ha elegido una opción legítima, aunque otras fueran posibles)…".

A las personas divorciadas, separadas legalmente o con matrimonios anulados, se les requiere para ser beneficiarias de la pensión de viudedad causadas por el finado que no hayan formado un nuevo matrimonio o pareja hecho y que tengan reconocido el derecho a una pensión compensatoria que se extinga a la muerte de aquel[203]. La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, introdujo la disposición transitoria decimoctava, incorporando los criterios de aplicación temporal a quienes se vieran afectados por la nueva normativa con carácter sobrevenido, sin haberse beneficiado en su día de pensión compensatoria[204].

---

[203] Según la norma: *"1. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien (…) sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho (…). Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. (…) En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.*

2. Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

3. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. (…)".

[204] La norma dispone así:

"Disposición transitoria decimoctava. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o

b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

En el marco normativo que dejamos aquí esbozado, interesa indagar acerca de la incidencia de la eventual "*separación de hecho*" entre el causante del beneficio y el beneficiario de la pensión.

El primer contexto a analizar en este ámbito es la separación de hecho en los casos de violencia contra la mujer. Las mujeres que, no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género "*en el momento de la separación judicial o el divorcio*", tienen reconocido el derecho a percibir la pensión de viudedad. La jurisprudencia ha determinado que la exigencia del referido criterio cronológico debe relativizarse en los casos de previo abandono por la esposa de domicilio conyugal, como situación de "*separación de hecho*" [205] especialmente amparada por la norma. De este modo, el sistema protege a la esposa que cesó su convivencia con el marido causante del beneficio antes de su muerte, para alejarse de la violencia[206].

El segundo contexto relevante en torno a esta cuestión resulta de analizar el tratamiento de las situaciones de separación de hecho anteriores al 1 de enero de 2008. Como ha quedado dicho, el legislador estableció un régimen especial transitorio para las personas divorciadas o separadas legalmente antes de esa fecha, a quienes, cumpliendo ciertas premisas, libera del requisito de ser acreedoras de la pensión compensatoria, en los términos impuestos por el artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social. Ante estas situaciones, la jurisprudencia ha entendido que la norma ampara únicamente las situaciones de separación legal anteriores a dicha fecha, negando la posibilidad de equiparar a esos efectos la existencia de una separación de hecho[207].

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley".

[205] En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2018 y de 4 de junio de 2020.

[206] Cabe ver en el mismo sentido el artículo 38.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

[207] Es especialmente ilustrativa y completa en sus razonamientos la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2018, que rechaza un recurso de suplicación en el que se defendía por el recurrente la equiparación, a los efectos de la norma transitoria, entre separación legal y de hecho. La resolución que citamos lo excluye atendiendo a los siguientes fundamentos:

3.4.3.- Unidad económica de convivencia

La separación de hecho genera otra polémica en las solicitudes de ayudas para cuya concesión es relevante computar los ingresos de la unidad económica de convivencia del solicitante.

Una consolidada línea jurisprudencial viene considerando que los ingresos del cónyuge de quien el solicitante de la ayuda se encuentre separado de hecho deben

---

"... no es correcto el planteamiento del problema que hace la parte recurrente a la hora de fundamentar la infracción cometida por la sentencia impugnada, pues partiendo de la existencia de una situación de separación de hecho desde fecha anterior al 1 de enero de 2008, considera, aparte de otros argumentos finalistas y citas jurisprudenciales, que al exigir la Disposición Transitoria 18 que "la separación" se haya producido con anterioridad a la fecha indicada, no utiliza la expresión "separación judicial", "lo que evidencia que el legislador, a este respecto, ha optado por no exigir tal condición a la separación, bastando por ello, la separación de hecho, evidente en el caso de que tratamos".

Delimitada la controversia del modo expuesto, esta Sala no puede compartir la tesis de la recurrente por las razones siguientes:

1ª) Aun cuando a efectos dialécticos se admitiese que la literalidad del párrafo del apartado 1 de la Disposición Transitoria 18ª LGSS anteriormente transcrito, en su consideración aislada, admite la interpretación que postula, el canon sistemático o de la totalidad (...) no avala (...) la solución que defiende. En primer lugar, porque (...) dicha Disposición se encabeza con la rúbrica "Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008" y su contenido, en lo que aquí interesa, es el siguiente: a) "El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante....."; b) "en los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad". Es claro, por, tanto que la única separación que contempla la norma es la separación legal por sentencia.

En segundo término, porque el párrafo objeto de exégesis no puede desvincularse del que le precede (...), lo que deja patente que la separación que menciona es exclusivamente la judicial.

Y, en tercer lugar, porque la solución que propugna la recurrente no posibilitaría una interpretación armónica y coherente del conjunto de la Disposición Transitoria, pues llevaría a aplicar un determinado criterio temporal a efectos del cumplimiento del requisito de la fecha de la separación y otro distinto a efectos del cumplimiento del requisito de que entre la fecha del divorcio o la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante haya transcurrido un período de tiempo no inferior a diez años.

2ª) A la misma conclusión se llega si se acude a un criterio lógico y finalista, pues la ausencia de la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC, y abre la puerta a la aplicación de exención regulada en la norma transitoria, sólo se puede verificar una vez que el juez ha dictado sentencia de separación o divorcio, sin que quepa retrotraer su inexistencia a un momento anterior en que se produce la separación de hecho.

3ª) Por último, para agotar la respuesta que merece la tesis que mantiene la recurrente, cabe añadir que su aceptación llevaría consigo la aplicación de la Disposición Transitoria aun cuando la separación de hecho no hubiese sido seguida de separación judicial o divorcio, lo que resulta manifiestamente infundado" .

En ese mismo sentido se expresa y resuelve la STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2018.

incluirse también entre los de su unidad familiar. El fundamento de esta exigencia se encuentra en que el solicitante puede vincular los bienes de su sociedad de gananciales al pago de las cargas familiares, e incluso solicitar una pensión de alimentos a su esposo no conviviente[208].

[208] La tesis la recuerda todavía el ATS de 9 de julio de 2019.

La STSJ de Islas Canarias de 15 de noviembre de 2017 ofrece un amplio desarrollo sobre esa línea de razonamiento, poniéndola en relación con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que ha considerado la separación de hecho como causa suficiente y válida de la disolución de la sociedad de gananciales:

"... el requisito exigido por la ley en este punto es el de "carecer de rentas o ingresos suficientes". La unidad económica de convivencia (...) es (...) un elemento (...) para determinar si el solicitante cumple con el anterior requisito cuando, careciendo de rentas o ingresos propios, sin embargo convive con otras personas en una misma unidad económica -que el mismo legislador define como personas ligadas por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado-. La interdependencia económica que el legislador supone cuando se convive en la misma unidad económica, también se presume por el ordenamiento jurídico cuando el solicitante de la prestación y su cónyuge, aunque no convivan de forma real y efectiva, siguen participando en una comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales y siguen conservando el derecho a alimentos. *Así ocurre con los cónyuges separados de hecho, que no hayan regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias, sin que, a tal efecto, podamos tampoco traer a colación la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los efectos que puede producir en el régimen económico matrimonial de gananciales la separación de hecho.*

En efecto, esta doctrina ha ido evolucionando hasta el punto de que en la sentencia de 17 de julio de 1988 , que cita las de 18 de junio de 1986 y 26 de enero de 1987 y de 4 de diciembre de 2002 se reconoce la separación de hecho como causa suficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales, sobre la base de que "la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges". De acuerdo con una interpretación adaptada a la nueva realidad social, se admite que en las separaciones amistosas puede producirse la paralización de la comunicación de ganancias propias del sistema de gananciales basada, no tanto ni solamente en un cese prolongado de la convivencia conyugal, sino en una voluntad de permanencia en dicho estado manifestada a través de la prueba de una prolongada situación de absoluta desvinculación personal y económica, durante la cual ambos cónyuges hayan mantenido una vida personal y una economía autónoma e independiente. En estos casos, y a salvo la garantía de mantener frente a terceros la afectación del patrimonio ganancial hasta el momento de su disolución, en lo que respecta a la relación interna entre los cónyuges se propicia por la jurisprudencia civil que desde que se acredite el hecho de la definitiva desvinculación de bienes entre marido y mujer se paralice la comunicación de ganancias, de tal manera que los aumentos o disminuciones del patrimonio de cada uno de los cónyuges a partir de dicho momento no tengan la consideración de comunes sino de privativos de cada uno de ellos.

Pero, la misma doctrina jurisprudencial se cuida de señalar que una cosa es que la separación de hecho libremente consentida excluya el fundamento de la sociedad de gananciales y otra distinta que la ruptura matrimonial de hecho aparte al marido o mujer de sus obligaciones de contribuir a las cargas del matrimonio, pues a estos efectos debe considerarse vigente la sociedad legal de gananciales, por lo que uno y otro cónyuge mantienen el compromiso de atender a tales obligaciones, tratándose de una obligación compartida que tiene carácter de orden público y por tanto no disponible. *Subsiste también de forma separada, la* obligación de alimentos entre cónyuges *(art. 142 y 143 del Código Civil) para el caso de que se den las circunstancias legales que lo conforman. Todo ello determina que esta respuesta jurisprudencial haya sido individualizada, es decir, adaptada a cada uno de los supuestos sometidos a su enjuiciamiento, evitando una respuesta general y estable al problema de las separaciones prolongadas.*

(...) En definitiva, la presunción de vigencia de la sociedad legal de gananciales mientras subsista el vínculo matrimonial, aunque exista una separación de hecho, constituye una presunción legal que el Juez debe aplicar (...).

3.4.4.- Prestaciones sanitarias y asistenciales

Tradicionalmente, la figura del cónyuge separado de hecho ha sido reconocida en el sistema de protección pública de la Seguridad Social como eventual titular de derechos.

Según explica GARCÍA ABELLÁN[209], la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, estableció normas para aplicación y desarrollo del Decreto de 24 de noviembre de 1966, relativo a cuantía de las prestaciones de protección a la familia. El cónyuge a cuyo cargo estuvieran los hijos fue ya entonces considerado el beneficiario de las asignaciones. Esto determinó que "*la madre abandonada —supuesto frecuente— y con hijos de ella dependientes, titularizara (…) el derecho a las percepciones*".

Siguiendo al mismo autor, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria, el Decreto de 16 de noviembre de 1967 también previó que, "*en caso de separación*", conservaba su condición de beneficiario de la asistencia sanitaria el cónyuge del titular del derecho, salvo que fuera declarado judicialmente cónyuge culpable. La evidencia de que la disposición incluía al cónyuge separado de hecho se tornó inobjetable con la Orden Ministerial de 31 de julio de 1972, cuando ésta preceptuó que, "*en el caso de la separación de hecho, las esposas e hijos de los trabajadores afiliados y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, podrán beneficiarse de la prestación de asistencia sanitaria y social*". El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social Ley General de la Seguridad Social, reconoció también en su artículo 100.1, c) como beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral "*en caso de separación de hecho, los cónyuges e hijos*", si se daban el resto de condiciones establecidas reglamentariamente.

En cuanto a la pensión de orfandad, según el artículo 161.1 del mismo Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, ésta se abonaría a quien tuviera a su cargo a los beneficiarios, lo que de habitual se refería al cónyuge separado de hecho.

La participación de la actora en las ganancias de su marido aparece implícita en la resolución administrativa denegatoria, si bien por el procedimiento de estimar que, no obstante la falta de convivencia efectiva, existía la intercomunicación de ganancias propia de una unidad de convivencia, y la sentencia recurrida lo explicita señalando que esa presunción determina que, a efectos de establecer el nivel de renta del solicitante hayan de computarse idealmente a cada cónyuge la mitad de los ingresos del otro. (...)

Consecuentemente con lo dicho, cuando se trate de prestaciones para cuyo nacimiento o permanencia se establezca como requisito carecer de rentas o medios propios de vida, no puede prescindirse de exigir al solicitante, que sea un cónyuge separado de hecho, que haya agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución familiar. (…) solo cuando constan que se han agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución matrimonial para los cónyuges separados de hecho (…) cabría pensar en la posibilidad de recurso a la protección social dispensada por las prestaciones de Seguridad Social por muerte y supervivencia en favor de otros familiares distintos de los viudos y huérfanos".

[209] GARCÍA ABELLÁN, Juan: "Las situaciones familiares anómalas y el Derecho de la Seguridad Social", *Revista de Política Social*, Número 136, Octubre/Diciembre, 1982, págs. 14-15.

La Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, como es conocido dispuso que, con carácter provisional, en tanto se diera una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirían una serie de normas que siguieron extendiendo su tutela al cónyuge separado de hecho a quien, además, según GARCÍA ABELLÁN[210], se instituía también ahora como beneficiario de la pensión de viudedad, si concurrían el resto de las condiciones generales exigidas por la legislación de Seguridad Social.

3.5.- El tratamiento de la separación de hecho en el Derecho fiscal

3.5.1.- Consideración previa

El Derecho fiscal se interesa por el estado civil del contribuyente en la regulación y aplicación de algunos impuestos. Las normas fiscales también atienden con cierta frecuencia al divorcio o separación legal del ciudadano. Sin embargo, no suelen conceder relevancia a las posibles situaciones de separación de hecho en el matrimonio[211].

---

[210] GARCÍA ABELLÁN, Juan: op. cit., págs. 16-17.

[211] La afirmación creemos que se sustenta sobradamente en todo cuanto sigue.

Nos referimos, en primer lugar, a la principal Ley que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La norma que lo regula es, en lo principal, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Al seleccionar los elementos que determinan la residencia fiscal del contribuyente, la ley considera relevante sus circunstancias familiares y, en particular, su matrimonio. Así, su artículo 9 establece que se entenderá que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos radique en España, de forma directa o indirecta. A estos efectos, se introduce como presunción *iuris tantum* la residencia fiscal en España del contribuyente cuyo "*cónyuge no separado legalmente*" e hijos menores de edad dependientes residan en el país. Este mismo criterio sirve al legislador para considerar contribuyentes, en su artículo 10, al "*cónyuge no separado legalmente*" e hijos menores de edad de ciertas personas de nacionalidad española que tienen su residencia habitual en el extranjero, por desempeñar cargos o funciones de servicio al Estado –así, los miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas, o de delegaciones y representaciones permanentes acreditadas ante organismos internacionales, así como a los funcionarios que ejerzan en el extranjero cargos o empleos que no tengan carácter diplomático o consular-. Por exclusión expresa del precepto, la norma no se aplicará a los "*cónyuges no separados legalmente*" o hijos menores de edad que tuvieran su residencia habitual en el extranjero antes de que el contribuyente hubiera adquirido el estatus descrito en el mismo.

El artículo 72 de la Ley precisa, finalmente, que las personas físicas residentes en territorio español por aplicación de la presunción prevista en el artículo 9, se considerarán residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que residan habitualmente el "*cónyuge no separado legalmente*" y los hijos menores de edad que dependan de ellas.

Esta misma técnica se reproduce en otras normas fiscales de ámbito estatal. Así, la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, estableció en su artículo 28.6 que las personas físicas residentes en territorio español, por aplicación de la presunción prevista en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se considerarán residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que residan habitualmente el "*cónyuge no separado legalmente*" y los hijos menores de edad que dependan de ellas.

La normativa fiscal autonómica reproduce también ese criterio. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, dispone que, cuando se presuma que una persona física es residente en territorio español, por tener su residencia habitual en el País Vasco su "*cónyuge no separado legalmente*" y los hijos menores de edad que dependan de aquél, se considerará que tiene su residencia habitual en el País Vasco. Asimismo, el artículo 8 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra también considera que una persona física tiene su residencia fiscal en territorio navarro cuando se presuma que es residente en territorio español, por tener su residencia habitual en Navarra su "*cónyuge no separado legalmente*" y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

Finalmente, en este mismo sentido, cabe reseñar que, conforme al artículo 115.8 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, las personas físicas residentes en territorio español por aplicación de la presunción prevista en el artículo 9.1.b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se considerarán residentes en el territorio del municipio en el que residan habitualmente el "cónyuge no separado legalmente" y los hijos menores de edad que dependan de ellas. Como vemos, la separación de hecho no trasciende a la normativa sobre residencia fiscal como hecho relevante en ninguno de los cuerpos normativos que la regulan.

En el régimen de estimación directa, el artículo 30 de la Ley establece que, cuando el cónyuge o los hijos menores que convivan con el contribuyente, trabajen habitualmente y con continuidad en sus actividades económicas, para la determinación de sus rendimientos se deducirán sus retribuciones. Dichas cantidades se considerarán obtenidas por el "*cónyuge"* o los hijos menores en concepto de rendimientos de trabajo a efectos tributarios. La norma también prevé que, cuando dichos "*cónyuge"* e hijos realicen cesiones onerosas de bienes o derechos que se utilicen en la actividad económica de que se trate, su contraprestación se deducirá para determinar los rendimientos del contribuyente. La contraprestación se considerará rendimiento del capital del "*cónyuge"* o los hijos a efectos tributarios –aunque la regla no será de aplicación cuando se trate de bienes y derechos que sean comunes a ambos "*cónyuges"*-. Asimismo, el precepto establece que, para la determinación del rendimiento neto en estimación directa, tendrán la consideración de gasto deducible las primas de seguro de enfermedad satisfechas por el contribuyente en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su "*cónyuge"* e hijos menores de veinticinco años que convivan con él, hasta un límite máximo. La posible separación de hecho entre los esposos no afecta a la aplicación de estas normas.

En cuanto al régimen de estimación objetiva, el artículo 31 de la Ley establece que este método no podrá aplicarse por los contribuyentes cuando concurran algunas circunstancias. Dos de esas circunstancias son el haberse obtenido durante el año anterior rendimientos económicos superiores al importe considerado como máximo autorizado a esos efectos, o el haber superado un cierto volumen de compras en bienes y servicios, excluidas las adquisiciones de inmovilizado. En ambos casos, la Ley obliga a computar entre dichos rendimientos o compras los obtenidos o realizados por el "*cónyuge"*. Nuevamente, la normativa fiscal se despreocupa aquí de la posible separación de hecho entre los "*cónyuges"* a estos efectos.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley regula las ganancias excluidas de gravamen en supuestos de reinversión. El legislador concede un beneficio fiscal al contribuyente que reinvierta las ganancias patrimoniales obtenidas mediante la transmisión de determinadas acciones o participaciones en la adquisición de otras. En este caso, la prevención del legislador respecto al cónyuge del contribuyente consiste en excluir del beneficio las reinversiones de ganancias obtenidas a través de transacciones en las que hayan intervenido ambos "*cónyuges"*. La incidencia de una posible separación de hecho entre los ellos tampoco se contempla por el precepto a estos efectos.

Otro ámbito en el que se aprecia la misma indiferencia del legislador fiscal hacia la separación de hecho del contribuyente es el del tratamiento de la exención de rentas en especie. El artículo 42 de la Ley dispone que están exentas, como rendimientos del trabajo en especie, las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad al propio trabajador, pudiendo también alcanzar a su "*cónyuge"* y descendientes. La separación de hecho sería intrascendente en este ámbito también.

Sucede lo mismo con la reducción por aportaciones a sistemas de previsión –el artículo 51 de la Ley permite reducir en la base imponible general algunas aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social, o a seguros privados, que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia, no solo del contribuyente, sino también de algunos familiares, entre ellos el "*cónyuge"*-, y a *"patrimonios protegidos de personas con discapacidad*" –el artículo 54 de la Ley concede una reducción sobre la base imponible a parientes que realicen aportaciones a patrimonios protegidos de familiares que sean personas con discapacidad. Entre esos aportantes, la norma hace referencia al "*cónyuge"*-. Las aportaciones realizadas en ambos casos a favor del cónyuge se benefician de reducción sin importar la separación de hecho.

En lo que se refiere a la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación, el artículo 68 de la Ley permite al contribuyente aplicarse una deducción del cincuenta por ciento de las cantidades destinadas a la suscripción de acciones o participaciones en las empresas de esa naturaleza referidas en el precepto. Una de las condiciones que se imponen en la norma para su disfrute es que la participación del contribuyente, junto con su *cónyuge*, no puede superar el cuarenta por ciento del capital social de la entidad, o de sus derechos de voto, sin que el legislador preste interés a una posible separación de hecho en el matrimonio.

Ocurre lo mismo con las deducciones por familia numerosa o personas con discapacidad a cargo. El artículo 81 bis de la Ley regula los términos en que los contribuyentes pueden practicar una minoración de la cuota diferencial del tributo por ser familia numerosa o por tener a su cargo personas con discapacidad. El precepto hace referencia, como beneficiario, al "*ascendiente separado legalmente*" con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo previsto en el artículo 58 de esta Ley. También menciona al "*cónyuge no separado legalmente con discapacidad*" sin rentas anuales. No hay referencia ni equiparación de efectos en la norma entre la separación legal y la separación de hecho.

Continuando con nuestro análisis, al tratar sobre la imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional, el artículo 91 de la Ley impone que los contribuyentes deben imputar las rentas positivas obtenidas por ciertas entidades no residentes en territorio español con las que mantengan vínculos, cuando titulen o participen en el cincuenta por ciento, o más, de su capital social, fondos propios, resultados o derechos de voto. A estos efectos, la norma obliga a computar también los derechos titulados por "*el cónyuge*", sin precisar matiz alguno en caso de que se encuentre separado de hecho del contribuyente.

En el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español, el artículo 93 de la Ley permite optar por tributar por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes al "*cónyuge"* del contribuyente a quien se refiere el precepto. No hay referencia tampoco en este aspecto a la incidencia de una posible separación.

Otra situación llamativa es la que puede producirse entre esposos separados de hecho respecto a la posible suspensión de ingresos de deuda tributaria en autoliquidación. Sobre ello, el artículo 97 de la Ley permite al contribuyente "*casado y no separado legalmente*" solicitar la suspensión del ingreso de su deuda tributaria, en una cuantía igual o inferior a la devolución a la que tenga derecho su cónyuge por el mismo impuesto. Aunque parece sensato plantear que tal posibilidad resultaría cuanto menos insólita entre cónyuges separados de hecho, la norma no le concede relevancia.

También reviste interés la falta de tratamiento de la cuestión en materia de *pagos a cuenta*. Para determinar el porcentaje de retención o ingreso a cuenta de las cantidades a tributar, el artículo 101 de la Ley prevé que se puedan tener en consideración, entre otras circunstancias relacionadas con el contribuyente, las rentas del "*cónyuge"*. Nuevamente, la norma silencia la posición ante la norma de quienes se encuentren separados de hecho. Es más, el artículo 81 del Reglamento del Impuesto se refiere abiertamente al contribuyente "*soltero*", "*viudo*", "*divorciado*" o "*separado legalmente*", pero no al separado de hecho, a quien parece evidente que no menciona deliberadamente.

Para cerrar el elenco de cuestiones que hemos entendido relevante destacar en el ámbito del Impuesto sobre la Renta, por su falta de atención a la eventual separación de hecho del contribuyente, haremos referencia a su posible impacto en el régimen de la responsabilidad patrimonial del contribuyente. La Ley

dispone en su artículo 106 que las deudas del contribuyente por este tributo tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil. Así, sus bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas. El artículo 48 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, introduce el mismo régimen de responsabilidad. Pues bien, en este relevante ámbito tampoco se ha reparado por el legislador en la posibilidad de que los contribuyentes que incurran en responsabilidades fiscales puedan comprometer el patrimonio de un cónyuge con quien hubiera cesado su relación de convivencia. Aun así, la norma tampoco precisa si los bienes adquiridos durante la separación de hecho, o los rendimientos del trabajo ganados por cada esposo durante esa situación deben entenderse integrados en el patrimonio común. Parece razonable sostener que, con su remisión al artículo 1365 del Código, la norma fiscal pretende integrarse con el criterio que sea aplicable según el Derecho civil.

La normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades es otro claro ejemplo de desatención a la posible separación de hecho entre los cónyuges a quienes hace referencia, a los efectos de aplicación de algunas de sus disposiciones. Este tributo se regula principalmente por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba su Reglamento.

En primer lugar, la Ley se refiere a las denominadas operaciones vinculadas. Como medida de prevención contra la comisión de posibles fraudes en operaciones que se realicen entre personas o entidades vinculadas, el artículo 18 obliga a computar estas transacciones por su valor de mercado. A los efectos que interesa destacar, la norma entiende que existe vinculación entre una sociedad y quienes sean los "*cónyuges*" de los socios o partícipes, consejeros o administradores; y también la aprecia entre dos entidades, en las cuales los mismos socios, partícipes, o sus "*cónyuges*", participen en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios. La Ley no distingue si ese "*cónyuge*" se halla separado de hecho.

En segundo lugar, el artículo 101 de la Ley reconoce incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión. Estos se aplicarán siempre que el importe neto de la cifra de negocios obtenido en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a diez millones de euros. En cuanto al cómputo de esa cifra, la norma establece que, cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades, su importe se referirá a todo su conjunto. En lo que a nosotros nos interesa destacar, el artículo precisa que también se aplicará este criterio cuando una persona física, por sí sola o conjuntamente con el "*cónyuge*", se encuentre en relación a otras entidades de las que sean socios en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio – la norma se refiere a las situaciones en las que una sociedad ostente el control de otra por concurrir determinadas circunstancias-. La posible separación de hecho entre los potenciales *cónyuges* "dominantes" tampoco es relevante para esta norma.

Una norma de similar contenido a la anterior es la que recoge la disposición adicional sexta de la Ley, sobre la exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles. Se reconoce una exención del cincuenta por ciento a las rentas positivas derivadas de la transmisión de algunos bienes inmuebles de naturaleza urbana, adquiridos a título oneroso, que tengan la condición de activo no corriente, o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta. La exención no se aplica según la norma, entre otros casos, cuando el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a una persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, o a su "*cónyuge*", una vez más sin importar si existe entre esposos una posible separación de hecho.

Una de las cuestiones que desarrolla el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades es la relativa a la información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas que se requiere al contribuyente. Sobre este particular, el artículo 16 permite cumplimentar el trámite de aportación de documentos mediante una fórmula simplificada a algunas personas o entidades vinculadas. El Reglamento priva de esa posibilidad a las operaciones realizadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el desarrollo de una actividad económica, a la que resulte de aplicación el método de estimación objetiva con entidades en las que aquellos o sus "*cónyuges*" tengan un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento del capital social o de los fondos propios. La norma tampoco matiza su mandato ante la posible separación de hecho entre *cónyuge* y contribuyente.

Asimismo, el artículo 55 del Reglamento requiere a los partidos políticos como condición para disfrutar de la exención del Impuesto sobre Sociedades a sus explotaciones económicas que estas coincidan con la actividad propia del partido. Al explicar este requisito, el Reglamento exige que la actividad se preste en condiciones de igualdad a colectividades genéricas de personas. La norma dispone que no se cumple este requisito cuando los promotores, afiliados, compromisarios y miembros de sus órganos de dirección y administración, o sus "*cónyuges*", sean los destinatarios principales de la actividad o se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios. Una vez más, no hay matiz ante la posible separación de hecho que afecte al eventual *cónyuge* beneficiario.

Por otra parte, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, tiene por objeto regular el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos definidas en la misma, en consideración a su función social, actividades y características, así como los incentivos fiscales al mecenazgo. Tras concretar las entidades a las que se destina su regulación (entre otras las fundaciones, las asociaciones declaradas de utilidad pública, ciertas organizaciones no gubernamentales de desarrollo, y las federaciones deportivas), su artículo 3 incluye una serie de requisitos a cumplir por las mismas para poder ser consideradas como entidades sin fines lucrativos, a los efectos de beneficiarse de las medidas incluidas en la Ley. Una de esas condiciones es que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y sus "*cónyuges*" –sin importar de nuevo su posible separación de hecho- no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

Ya en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio, el fenómeno se vuelve a repetir. El artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, considera exentos de tributación los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta. La exención se extiende a los bienes y derechos comunes a "*ambos miembros del matrimonio*", cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad de cualquiera de los "*cónyuges*". El mismo precepto declara exentos la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, siempre que concurran una serie de condiciones, entre las que interesa destacar que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del cinco por cien computado de forma individual, o del veinte por ciento conjuntamente con su "*cónyuge*". Por otra parte, la Ley, en su artículo 7, dispone que la titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial, sean "*comunes a ambos cónyuges*", se atribuirá por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación. La separación de hecho no se contempla como incidencia del matrimonio en ninguna de las antedichas normas, por lo que la Ley, en consecuencia, llegada dicha situación, no matiza los efectos previstos en las mismas.

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, también hace referencia en varias de sus normas a la relación conyugal del sujeto pasivo. En todas ellas, el legislador se despreocupa de nuevo del posible impacto del fenómeno de la separación de hecho que pudiera afectar al *cónyuge*, a los efectos que considera a éste parte relevante en una norma.

Por ejemplo, en el artículo 4, se introduce una presunción de existencia de transmisión lucrativa cuando se haya producido la disminución del patrimonio de una persona y el incremento del de su "cónyuge", en los términos concretados por el precepto; y, en el artículo 11, se presumen también que forman parte del caudal hereditario determinados bienes que se hallen en poder del "*cónyuge*", o que éste hubiera adquirido como nudo propietario durante los tres años anteriores al fallecimiento del causante, si éste los adquirió como usufructuario.

Por otra parte, a efectos de la determinación del valor neto patrimonial en las transmisiones por causa de muerte, el artículo 13 de la Ley permite deducir las deudas contraídas por el causante de la sucesión, salvo las que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y, entre otros de sus parientes, de sus "cónyuges". Para la determinación de la base liquidable del Impuesto, el artículo 20 de la Ley regula una amplia relación de reducciones que cabe aplicar por el "*cónyuge*" contribuyente sobre la base imponible del Impuesto, tanto en las adquisiciones *mortis causa*, como en algunas transmisiones *inter vivos*.

No obstante lo anterior, las posibles implicaciones fiscales de la ruptura de la convivencia entre esposos no han quedado extramuros de la actividad de los tribunales. Como veremos, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido que pronunciarse en algunas ocasiones sobre el impacto de dicha contingencia en materia tributaria.

Tal como venimos realizando con otras áreas del Derecho, procedemos a sintetizar los aspectos que, en nuestra opinión, resultan más relevantes en esta materia para el

---

Por último, las liquidaciones giradas como consecuencia de la transmisión hereditaria de la vivienda habitual de una persona, siempre que el causahabiente sea "*cónyuge*", disfrutan de las condiciones favorables de aplazamiento y fraccionamiento descritas en el artículo 39 de la Ley.

En lo que se refiere al *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Este gravamen se regula por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Esta Ley apenas considera el matrimonio del contribuyente en sus disposiciones como hecho relevante para la regulación del impuesto. El artículo 45 considera exentas las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los "*cónyuges*" a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los "*cónyuges*" en pago de su haber de gananciales. No hay referencia a la separación de hecho entre esposos como evento determinante de cualquier posible matiz en la aplicación de la norma.

Las menciones a la relación conyugal en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido son también muy puntuales y no introducen matiz alguno en contemplación a una posible separación de hecho. Sus expresiones más relevantes son las que recoge el artículo 20 en materia de exenciones en operaciones interiores. Para gozar de la exención que les reconoce la Ley, se exige a las entidades o establecimientos de carácter social que ni sus socios, comuneros o partícipes, ni sus "*cónyuges*", sean los destinatarios principales de las operaciones exentas, y que no gocen de condiciones especiales en la prestación de los servicios. Por otra parte, al regular la base imponible del impuesto, el artículo 79 establece que, cuando exista vinculación entre las partes que intervengan en una operación, su base imponible será su valor normal de mercado. La norma presume que existe vinculación en las operaciones realizadas entre el sujeto pasivo y "*su cónyuge*", así como en las realizadas entre una entidad sin fines lucrativos y sus fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, y con "*sus cónyuges*". Otro tanto ocurre con la Ley 20/1991, de 7 de junio, por la que se regula el denominado Régimen Económico Fiscal de Canarias, a la vista de sus artículos 23, 50 y 56.

En el caso de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la separación de hecho no parece determinar especialidades de tratamiento procesal en aquellas normas que atienden a la existencia de una relación de matrimonio. En particular, el artículo 170, prevé notificar el embargo tanto al obligado tributario como a su "*cónyuge*", cuando los bienes embargados sean gananciales. Esto mismo se aprecia en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. Su artículo 76 ordena notificar la diligencia de embargo al obligado al pago y a su "*cónyuge*", cuando los bienes embargados sean gananciales o se trate de la vivienda habitual. El artículo 101 también impone notificar el acuerdo de enajenación al "*cónyuge*" del obligado al pago si se trata de bienes gananciales o de la vivienda habitual.

Por último, haremos referencia a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Este cuerpo normativo regula, entre otros, el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Sobre el mismo, su artículo 104.3 dispone la no sujeción al impuesto de las aportaciones realizadas por los "*cónyuges*" a la sociedad conyugal, ni a las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen, ni a las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes. Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre "*cónyuges*" en cumplimiento de sentencias de nulidad, separación o divorcio. En este mismo impuesto, el artículo 108 permite a las ordenanzas fiscales regular una bonificación en las transmisiones realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor del "cónyuge".

objeto de la investigación. En este caso, todas las cuestiones a destacar se centran en el mismo tributo, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.5.2.- La separación de hecho y el principio de individualización de rentas

Las circunstancias familiares del contribuyente constituyen un aspecto *a priori* relevante en el Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas. El artículo 1 de la Ley que lo regula[212] lo sugiere así de forma expresa, al describir la "*naturaleza del impuesto*". El precepto afirma que éste es un tributo de carácter personal y directo que grava la renta de las personas físicas de acuerdo con su naturaleza "*y sus circunstancias* personales y *familiares*". Esta última declaración hay que comprenderla con algunos matices importantes.

Uno de los principios informadores del impuesto es el de individualización de rentas. Su expresión básica en el texto de la ley consta en el artículo 11.1. Según este precepto, la renta se entiende obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de aquélla, "*cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico del matrimonio*".

Al configurar este principio, se tuvo especialmente en cuenta la protección constitucional de los contribuyentes en situación de separación de hecho. Su derecho a formalizar la declaración de la renta de manera independiente y ajena a cualquier intervención y conocimiento del cónyuge con quien ya no conviven está protegido expresamente por el Derecho fundamental a la intimidad personal, que tutela el artículo 18.1 de la Constitución[213]. La doctrina constitucional ha incidido especialmente en que la existencia de un régimen de gananciales entre esposos, en el que existe una

[212] El impuesto se regula por un conjunto de normas legales y reglamentarias. El precepto al que hacemos referencia es de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Junto a ésta, complementan su regulación el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero; del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes; y el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

[213] Se trata del denominado derecho a la "*intimidad económica conyugal*". La STC de 20 de febrero de 1989 declaró inconstitucional el art. 4.2 de la Ley 44/1978, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1985, relativa al impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuanto que "*no preveía para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada*". Entre los argumentos que motivaron la decisión, el Tribunal Constitucional tuvo en consideración aquellos supuestos, "*bien posibles en la práctica, en los que la comunicación entre los esposos se ha roto (...) sin que tal ruptura se haya traducido en una modificación de la situación jurídica del matrimonio, de tal modo que la actuación conjunta ante la Hacienda obligaría a restablecer, con este solo fin, una relación que violenta la intimidad de las personas*".

Como explica MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las unidades familiares", *Derecho Privado y Constitución*, Número 14, 2000, pág. 214, la sentencia que comentamos dio lugar a la reforma operada a través de la Ley 20/1989, de 28 de julio, cuya principal novedad fue la de permitir a los miembros de la unidad familiar optar por un sistema de tributación individual.

obligación expresa de información recíproca entre esposos sobre sus actividades y rendimientos económicos, no menoscaba ese derecho[214].

En consecuencia con lo anterior, nuestro ordenamiento continúa permitiendo la declaración conjunta a personas unidas por ciertos vínculos familiares, pero ni puede obligar a hacerlo ni, tan siquiera, puede imponerlo a los esposos cuando su régimen económico sea uno de comunidad[215]. La opción de declarar conjuntamente se mantiene, pero la imputación de rentas es, como indicamos, individual.

---

[214] El aserto de la STC de 20 de febrero de 1989, antes citada, que aborda esta cuestión lo justifica así: "*Es cierto que, en el régimen legal de gananciales (cuya vigencia actual en algunos Estados de la Unión norteamericana parece haber sido, dicho sea de paso, el origen del splitting), ambos cónyuges están recíprocamente obligados a informarse periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus respectivas actividades económicas (art. 1.383 C.C.) y que en él, como en los que con carácter legal existen en diversas partes del territorio nacional (así el de comunicación foral de la tierra llana de Bizkaia y algunas localidades de Alava, el de conquistas de Navarra, o el aragonés), las ganancias de cada uno de los cónyuges se hacen comunes a los dos, pero ni éste es el régimen legal en toda España, en una parte sustancial de la cual el régimen legal es, por el contrario, el de separación, ni, sobre todo, es la base de nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art. 1.315 C.C.), que no pueden dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo (art. 68 C.C.) ni de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma, pero que si les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la ley fiscal, y, en consecuencia, no puede ésta ni imponer la necesidad de romperla frente al otro cónyuge ni arrojar sobre éste la carga de declarar, cuantificándolos, los ingresos percibidos por su esposa o esposo, en contra de la voluntad expresa de ésta o éste*".

[215] La mera posibilidad de realizar la declaración de manera conjunta que mantiene la actual regulación del impuesto suscita debate entre la doctrina. Entre las posturas más convencidas contra esta opción, puede citarse a CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones sobre individualización de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Crónica tributaria*, Número 138, 2011, págs. 59-60, en cuya opinión, "*la conservación de fórmulas como la tributación conjunta en el IRPF, por muy voluntaria que sea la opción por ese modelo de tributación, supone una clara rémora en el proceso de individualización del IRPF y son totalmente contrarias a la igualdad de género que nuestra legislación proclama en diferentes textos normativos y que va expandiéndose, normativamente hablando* (…). *Todo aquello que, en el sistema tributario, en atención a otras Políticas Públicas o principios tributarios, atente contra esta «individualización», supuesto de la tributación conjunta, la «suspensión» de deudas tributarias entre cónyuges en el IRPF y algunas disposiciones sobre la imputación de rentas, va en contra de esta tendencia universal y de la modernización de las sociedades*". A favor, por ejemplo, GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, Mónica y LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa: "El IRPF en España: aspectos y evolución de la tributación familiar", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Número XLVI, 2013, págs. 393-395, quienes apuntan que "*Unidades tributarias con idéntica capacidad de pago deben satisfacer impuestos iguales. Si consideramos que la familia, además de una institución fundamental para la estabilidad y cohesión social, es una unidad de consumo e inversión, aquellas que perciben rentas iguales, deberían pagar, en igualdad de condiciones, impuestos iguales, con independencia de que el total de ésta se obtenga por uno o varios miembros. Esto nos hace defender el mantenimiento de la opción de la tributación conjunta, actualmente existente en el IRPF. Entre las ventajas que presenta el mantenimiento de esta posibilidad de tributación conjunta se encuentra el hecho de que reduce considerablemente la complejidad y los costes administrativos que se derivan de la gestión del impuesto, dado el menor número de declaraciones que genera (…) Si no se opta por otro sistema que amortigüe la progresividad del impuesto cuando las mismas rentas se perciben por un solo perceptor como el sistema splitting o el quotient, resulta imprescindible el mantenimiento de la tributación conjunta, como ya se ha señalado más arriba. En alguna medida ayuda a corregir la discriminación que sufre una unidad familiar cuando sólo hay un único perceptor de rentas, frente a otra en la que trabajan los dos y van a soportar por tanto, una carga fiscal inferior. Razones de equidad, la exigencia de dar cumplimiento al mandato constitucional de proteger a la familia y necesidad social, para permitir que*

En cuanto a las reglas de individualización, el régimen del impuesto concibe de manera diferente cada tipo de ingreso, dependiendo de su fuente procedencia:

1º) Los rendimientos del trabajo se atribuyen "*exclusivamente*" a quien genera el derecho a su percepción (artículo 11.2 de la Ley)[216]. Este énfasis se incardina deliberadamente en la norma, según CARBAJO VASCO[217], como respuesta a cualquier intento de alterar la individualización mediante fórmulas como las capitulaciones matrimoniales o el régimen de gananciales. Con ello se rompe con la idea de "*ganancialidad*" de estos rendimientos que figura en el artículo 1347 del Código Civil[218]. Los ingresos procedentes del trabajo individual se atribuyen fiscalmente, en consecuencia, a quien los obtiene trabajando.

2º) Los rendimientos del capital se atribuyen a los contribuyentes que, según lo previsto en el artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Patrimonio, son los titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos[219], de los que provienen (artículo 11.3 de la Ley). Atendiendo a lo que dispone el precepto, la titularidad jurídica se atribuye por las normas aplicables en cada caso, entre las cuales se mencionan expresamente las contenidas "*en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia*".

En el caso de que el bien sea ganancial, se entiende que su titularidad se comparte al cincuenta por ciento entre ambos cónyuges. Si no se acredita otra cosa, la Administración puede atribuir la titularidad de un bien a quien figure como propietario en cualquier registro. Por todo ello, se dice que, en esta modalidad de rentas, se produce, en principio, una remisión en bloque a las reglas "*civilísticas"*[220], si bien con el relevante matiz de que la norma fiscal no acepta plenamente el criterio de la normativa civil, según la cual los rendimientos derivados de un bien privativo se consideran gananciales, artículo 1347, 2 º CC. En resumen, las rentas del capital procedentes de

---

sean las familias las que toman sus propias decisiones de organización interna, dentro de un marco legal regulado civilmente como es el matrimonio".

[216] La norma excepciona, en su párrafo segundo, "*las prestaciones a que se refiere el artículo* 17.2, *a) de esta Ley*" –se refiere a pensiones y rentas asimiladas-, que "*se atribuirán a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidas*".

[217] CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones…, cit., pág. 67.

[218] GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La naturaleza de la actual sociedad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pág. 909, habla abiertamente de "*inobjetable derogación, al menos a efectos fiscales, del art. 1347.1º del Código Civil*".

[219] A las cargas, deudas y gravámenes se les aplica la misma regla.

[220] CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones…, cit., pág. 68.

bienes o derechos privativos, para los contribuyentes en gananciales, se imputa al cónyuge titular de los mismos, al contrario que en la legislación civil[221].

3º) Los rendimientos de las actividades económicas se consideran obtenidos por quien realiza de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y los recursos humanos afectos a las actividades (artículo 11.4 de la Ley). En este caso, se presume *iuris tantum* que dichos requisitos concurren en quienes figuran como titulares de las actividades económicas. Así, a la norma fiscal le resulta indiferente quién es el titular formal de tales bienes o cuál es el régimen económico-matrimonial de los cónyuges cuando uno o ambos esposos sean propietarios de los elementos de activo o pasivo de las cuentas de la empresa. Como ocurre con las rentas del trabajo, el régimen económico-matrimonial no altera la individualización del rendimiento; éste se imputa a quien lo obtiene como empresario, o mediante su actividad profesional[222].

4º) Las ganancias y pérdidas patrimoniales se consideran obtenidas por los contribuyentes que sean titulares de los elementos patrimoniales de los que provengan, según las mismas normas sobre titularidad jurídica establecidas para los rendimientos del capital (artículo 11.5 de la Ley). Las ganancias patrimoniales no justificadas se atribuyen en función de la titularidad de los bienes o derechos en que se manifiesten, y las adquisiciones de bienes y derechos que no se deriven de una transmisión previa, como las ganancias en el juego, se atribuyen a la persona a quien corresponda el derecho a su obtención o que las haya ganado directamente. En lógica consecuencia, en caso de tratarse de una sociedad ganancial, la ganancia o pérdida patrimonial producida por la transmisión se atribuye por mitad a los esposos. Sin embargo, la regla de atribución de las ganancias de juego contradice, una vez más, la establecida por el artículo 1351 del Código Civil[223].

3.5.3.- Pensión compensatoria

Otra cuestión relevante en la materia que nos ocupa es el tratamiento fiscal del pago de la pensión compensatoria o las anualidades por alimentos fijadas a favor del cónyuge.

El artículo 55 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que "*las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible*".

En la letra del precepto, el beneficio fiscal concedido por la norma se restringe a las pensiones que hayan sido concedidas por decisión judicial. Esto implica, de suyo, el

[221] CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones…, cit., pág. 69.

[222] CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones…, cit., pág. 71.

[223] CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones…, cit., pág. 73.

pronunciamiento necesario de un juez emitido en un procedimiento sobre nulidad, divorcio o separación. Ello no obstante, la jurisprudencia ha extendido ese mismo tratamiento a los "*supuestos de fijación mediante un convenio regulador formalizado ante el letrado de la Administración de Justicia o el notario, en virtud del régimen de separación o divorcio de mutuo acuerdo*"[224]. Con ello se adapta la regulación a las nuevas formas de aprobación del convenio regulador introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La jurisprudencia ha complementado esa doctrina posteriormente, añadiendo que[225], "*a los efectos del artículo 55 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la reducción en la base imponible por pensiones compensatorias a favor del cónyuge, satisfechas por decisión judicial, resulta aplicable desde la fecha en que se suscribe el convenio regulador entre las partes que hubiere establecido su pago, siempre que la ulterior sentencia judicial que lo ratifique no modifique lo pactado en dicho convenio regulador*".

Esa flexibilización no ha alcanzado, sin embargo, a las pensiones compensatorias o alimenticias pactadas entre esposos en *convenios privados formalizados para regular la relación durante la separación de hecho*. La cuestión se resolvió en STS de 28 de septiembre de 2022. La sentencia deja sentada, en términos inequívocos, la imposibilidad de aplicarse el beneficio fiscal si el acuerdo conyugal no queda reflejado en sentencia, o acuerdo de separación legal o divorcio, debidamente formalizados ante letrado de la administración de Justicia o Notario[226]; ni siquiera –como sucedía en el caso analizado por la sentencia mencionada- si el acuerdo privado se formaliza en una escritura pública. En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido el que venía siendo su criterio tradicional[227].

[224] El criterio se adoptó en la STS de de 25 de marzo de 2021.

[225] SSTS de 22 y 23 de julio de 2024.

[226] Explica esta sentencia que, en el caso analizado en autos, "*los capítulos matrimoniales se articularon a través de una escritura pública (…) -documento en el que fue prevista una pensión compensatoria-. Ahora bien, no se acredita que, posteriormente, se hubiera producido una separación notarial (según la terminología que proporciona la Disposición adicional primera de la LJV) entre ambos cónyuges que, como expresa la sentencia núm. 444/2021, de 25 de marzo, pudiera entenderse vinculada a los referidos capítulos matrimoniales.*

Pese a la parquedad de las explicaciones, del escrito de interposición parece deducirse al hilo de mencionar el artículo 1325 del Código Civil que, en el presente caso se produjo una "separación de hecho", situación que, obviamente, difiere de la noción de "separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente", a la que alude la referida Disposición adicional primera de la LJV, asimilándola a la separación notarial".

[227] En este sentido pueden verse por ejemplo la SAN de 17 de marzo de 2005 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de febrero 2005.

3.5.4.- Anualidades por alimentos a favor de los hijos

Algo similar a lo anterior sucede con los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos. Las anualidades por alimentos fijadas a favor de los hijos y satisfechas por el contribuyente no reducen la base imponible general del pagador, pero sí se tienen en cuenta para calcular su cuota íntegra estatal y autonómica del Impuesto sobre la Renta mediante las especialidades que establecen, respectivamente, los artículos 64 y 75 de la ley que lo regula, para reducir en estos casos la progresividad del impuesto[228].

Cabe ver que ambos preceptos se refieren literalmente a los contribuyentes que satisfagan las anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial, aunque la propia Administración de Hacienda ya venía entendiendo asimiladas, a estos efectos, las pensiones pactadas en convenios reguladores de divorcio o separación legal, formalizados ante Notario o letrado de la Administración de Justicia[229]. Este criterio se ha consolidado expresamente con la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Su Disposición final decimocuarta, apartado uno, modifica la letra "k" del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que adopta la siguiente redacción:

"*Las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud del convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, o del convenio equivalente previsto en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, aprobado por la autoridad judicial o formalizado ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia, o en escritura pública ante notario, con independencia de que dicho convenio*

[228] Según el artículo 64 ("*Especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos*"): "*Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley, a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar incrementado en 1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración*".

Conforme al artículo 75 ("*Especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos*"): "*Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo anterior separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 74 de esta Ley a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar que resulte de los incrementos o disminuciones a que se refiere el artículo 56.3 de esta Ley, incrementado en 1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración*".

[229] Ibid.

derive o no de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Igualmente estarán exentas las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial en supuestos distintos a los establecidos en el párrafo anterior".

De lo anterior resulta que los pagos de pensiones de alimentos a hijos que hayan sido objeto de acuerdo en meros pactos privados de separación de hecho no pueden obtener el mismo beneficio en su tratamiento fiscal.

3.5.5.- La tributación conjunta ante el fenómeno de la separación de hecho

El artículo 82 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece la posibilidad de que ciertos contribuyentes puedan tributar conjuntamente, como miembros componentes de una misma unidad familiar.

Según el precepto, se considera unidad familiar la integrada por los "*cónyuges no separados legalmente*" y, si los hubiera, sus hijos menores convivientes o mayores de edad que sean dependientes con discapacidad.

El artículo precisa que, en los casos de "*separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial*", será considerada unidad familiar la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro.

El precepto precisa que nadie puede formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo.

Cabe preguntarse si, a los efectos del precepto, la separación de hecho es una situación equiparable a la separación legal. Las SSTSJ de País Vasco de 10 de marzo de 2010 y 15 de junio de 2011 se ha pronunciado sobre la cuestión[230] en sentido negativo. Se rechaza que un progenitor que convive con hijos menores y que se halla separado de hecho de su otro progenitor pueda declarar como unidad familiar únicamente con sus descendientes. En ambas sentencias se fundamenta que "*no resulta discriminatorio el tratamiento fiscal que se sigue de tales preceptos para los cónyuges separados de hecho*", pues no es idéntica su situación a la de los separados legalmente, al concurrir una "*circunstancia formal que las diferencia*". Se apunta además que esa formalidad no es indiferente desde la perspectiva legal, pues la norma establece que la opción por la tributación conjunta debe abarcar a la totalidad de los miembros de la unidad familiar. La Sala advierte que, "*de admitirse la unidad familiar de los cónyuges separados de hecho, bastaría alegar la separación de hecho sin respaldo formal ninguno, trasladando a la Hacienda Foral la diabólica prueba de convivencia, que haría de imposible gestión el impuesto en esta cuestión*".

[230] Se interpretaba, en realidad, la Norma Foral 35/1998, de 16 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas en Álava, de tenor prácticamente idéntico en lo que nos interesa al de la norma estatal que nos ocupa.

La interpretación del Tribunal Supremo sobre la norma nos la ofrece la STS de 5 de mayo de 2011. La resolución abunda en el mismo sentido que las dos antedichas, aunque el planteamiento del asunto tenía unos presupuestos marcadamente diferentes. En este caso, la recurrente pretendía ser excluida de la unidad familiar integrada junto con su esposo y sus hijos comunes, para eludir el deber de responder solidariamente de ciertas deudas fiscales en concepto de cuota e intereses de demora. La contribuyente esgrimía como argumento hallarse separada de hecho de su esposo durante todo el ejercicio fiscal que daba lugar a la deuda reclamada por la Administración. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, afirmando:

"La separación de hecho por aquélla alegada en defensa de sus pretensiones no le impidió formar parte de la misma unidad familiar que su cónyuge, pues la única separación que, a efectos fiscales, rompió tal unidad fue la separación decretada por sentencia judicial…".

No obstante lo anterior, algunas resoluciones han mostrado una cierta flexibilidad sobre esta cuestión. En este sentido, puede tomarse como ejemplo la STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2006. En el caso, la recurrente solo había obtenido un auto de medidas provisionales, sin disponer aún de sentencia de separación. El Tribunal estimó su recurso y consideró suficiente la existencia del auto de medidas para entender que la recurrente se hallaba, a efectos fiscales, "*separada legalmente*"[231]. Aun con ello, esta sentencia también recuerda *obiter dicta* que la mera separación de hecho no es equiparable a la separación legal.

En cualquier caso, la separación de hecho sí puede presentar trascendencia como fenómeno jurídico en el ámbito de la tributación conjunta de acuerdo con las bases del Derecho comunitario. Sobre esta cuestión se pronunció la STJUE de 16 de mayo de 2000 (asunto C-87/99, "Zurstrassen"). La resolución dio respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo. Se cuestionaba si un Estado de la Unión puede condicionar, en su normativa fiscal interna, el derecho de un contribuyente a presentar una declaración conjunta a que sus familiares residan en el mismo país. El Tribunal de Justicia respondió así:

"El artículo 48, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, apartado 2, tras su modificación) y el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los

[231] Dice sobre ello la sentencia que "*una cosa es que la separación matrimonial en virtud de sentencia judicial, por su carácter constitutivo, atribuya a los cónyuges el estado de separados legalmente, y otra distinta que solo los separados por sentencia judicial tengan la consideración de separados legalmente para el Derecho, pues no hay que olvidar que la Sentencia estimatoria ratifica la separación acordada en el auto de medidas*". *Ídem*, la sentencia de la misma Sala, de 18 de mayo de 2006. En sentido similar, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2012 explica que "*la admisión de la demanda de separación, mediante la correspondiente resolución judicial, consolida los efectos que la ley prevé para quienes acuden solicitando tutela efectiva ante los órganos judiciales demandando su separación matrimonial, por lo que tales efectos han de entenderse se producen el día de la presentación de dicha demanda*".

trabajadores dentro de la Comunidad, se oponen a la aplicación de una normativa nacional que, en materia del Impuesto sobre la Renta, subordina el derecho a tributación conjunta de los cónyuges no separados de hecho ni en virtud de una resolución judicial *al requisito de que ambos cónyuges sean residentes en el territorio nacional y niega la concesión de dicha ventaja fiscal a un trabajador residente en dicho Estado, en el que percibe casi todos los ingresos de la unidad familiar, y cuyo cónyuge reside en otro Estado miembro".*

Así las cosas, puede concluirse que el Derecho comunitario permite a los Estados de la Unión determinar por ley que las personas casadas que se encuentren en situación de mera separación de hecho no puedan ejercer el derecho a la declaración conjunta cuando sus cónyuges residan en otro Estado. Se produce así una plena equiparación a efectos interpretativos entre separación legal y separación de hecho.

4.- REFLEXIÓN CRÍTICA

El análisis precedente permite realizar algunas reflexiones críticas acerca del tratamiento que recibe la separación de hecho como situación jurídica en el actual ordenamiento español.

4.1.- La separación de hecho es una situación jurídica legítima

En la separación de hecho, los esposos no solemnizan el final de su convivencia mediante ninguno de los mecanismos previstos por la ley. Ninguna autoridad interviene para el inicio de esa situación ni para regular los nuevos escenarios que surgen con ella. Aun así, los cónyuges inician vidas separadas e independientes, en un nuevo marco de relación que es frontalmente incompatible con el acatamiento de las previsiones que el legislador dispone para regular las relaciones matrimoniales, tanto en el plano personal como económico.

Desde el año 2005, rige en España un sistema de divorcio y separación que permite a cualquiera de los esposos finalizar judicialmente el matrimonio por su sola voluntad, sin justificar causa o motivo algunos y sin atender a más requerimiento que el de respetar un plazo de espera -casi anecdótico, de tres meses- posterior a la fecha del matrimonio. Dicho plazo ni siquiera debe cumplirse como período de convivencia y, además, es excusable en algunas circunstancias. La Ley apuesta por respetar lo que gráficamente denomina como un *derecho a no seguir casado*, cuyo ejercicio implica llevar a efecto dos facultades libérrimas: poner fin a los deberes personales entre los cónyuges y extinguir el régimen económico del matrimonio.

En la realidad social, existen numerosos motivos por los que dos cónyuges separados de hecho pueden preferir iniciar vidas separadas sin solemnizar su decisión por ninguno de los remedios legales dispuestos al efecto. Muchas de esas razones se presentan absolutamente legítimas y, creemos, son perfectamente respetables en Derecho. Consideramos así, como tales, la voluntad de no deteriorar en mayor medida la relación entre los esposos en aras de procurar un futuro más pacífico a la relación; evitar el

impacto de un eventual proceso judicial en los posibles hijos de la pareja o entre otros familiares y allegados; el temor a la incertidumbre de una decisión judicial que afecta a los aspectos más sensibles de la vida de un individuo; el ahorro de costes legales[232] o de gestión para obtener los beneficios de la Justicia Gratuita; la discreción y el deseo de mantener en la intimidad lo que no es agradable airear en foros públicos; o el mantenimiento de la autoestima de quienes prefieren resolver como adultos sus problemas familiares sin intervención de terceros.

Es cierto que el ordenamiento ofrece vías discretas, como el divorcio o la separación notarial, o los procedimientos judiciales de mutuo acuerdo, pero éstos nuevamente implican publicitar en algún grado el problema, incurrir en gastos y andar un camino con posibles incidencias desagradables. Nótese además que, entre esposos que viven en separación de hecho, la comunicación no siempre es adecuada ni posible para optar por una solución negociada susceptible de solemnizar. Incluso, los cónyuges temen iniciar o seguir negociaciones por motivos perfectamente justificados (miedo al deterioro o a la escalada de las tensiones; desconfianza ante la casi segura participación soterrada, por la otra parte, de abogados o asesores *paralegales* que puedan complicar la situación; recelo ante la posibilidad de quedar vinculado por posiciones que más tarde puedan desvelarse en un eventual proceso; o sentimiento de incapacidad de afrontar una negociación trascendental para la vida propia en un momento emocional complejo).

La separación de hecho no es, por tanto, una situación personal que deba identificarse con la falta de interés de los cónyuges por ocuparse de cuestiones trascendentes, con su irresponsabilidad, con su desidia, con su desacato a las normas imperativas del ordenamiento o al orden público o, lo que quizás es aún más contradictorio en ese contexto, con una pretendida voluntad de mantener unos vínculos que la separación legal o el divorcio podrían finalizar. Mantener la separación de hecho puede responder a una decisión deliberada de los esposos de dar esa concreta salida a su ruptura matrimonial.

4.2.- La separación de hecho no es una situación jurídica sustancialmente transitoria

Las normas que hemos podido analizar tienen mucho más sentido si se considera la separación de hecho como una situación jurídica que el legislador ya no presume como meramente provisional, sino más bien indefinida, o incluso definitiva. Lógicamente cabe la posibilidad de que los cónyuges atraviesen esa realidad como un período de tránsito entre la convivencia en matrimonio y la separación legal o el divorcio, pero el examen de todas las normas que hemos podido relacionar evidencia que la ley no atiende única ni principalmente a esa premisa[233].

---

[232] ALBERDI, Inés: *Historia y sociología del divorcio en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979, pág. 57.

[233] Advierte esta posibilidad, por ejemplo, COTORRUELO SÁNCHEZ, Manuel Ignacio: op. cit., al afirmar que, "*[a]unque la separación de hecho, en principio, es algo transitorio que debería conducir en*

La perspectiva de la separación de hecho en las normas de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que regulaban la sociedad de gananciales parecía diferente. En ella, los preceptos dedicados a regular los efectos de esa situación (artículos 1368, 1388 y 1393.3º del Código Civil) sí la contemplaban como un evento interino. Esto se advierte también en la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que la separación de hecho se concibe como una situación jurídica que, para producir el efecto de la separación legal o el divorcio, necesitaba consolidarse por distintos plazos de tiempo. Este modo de concebir la separación de hecho quedó definitivamente abandonado por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En ésta, la mera solicitud del divorcio es acreditativa de la falta de *affectio maritalis* y se entiende suficiente como para legitimar su concesión.

4.3.- La normalización de la separación de hecho en el ordenamiento español

El primer Código Civil optó por ignorar la separación de hecho como situación jurídica problemática en el matrimonio. Aquella decisión legislativa fue coherente con la consideración de la separación de hecho como una situación jurídica irregular, contraventora de los deberes de colaboración y convivencia de los cónyuges, e inaceptable para el orden público. Algunas disposiciones posteriores trataron de remediar aspectos puntuales de la relación entre los esposos separados de hecho, pero cuando el fenómeno recaba una atención creciente en el ordenamiento español es durante el actual período constitucional, a partir de las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio. Estas dos normas vienen a posicionarse de otra manera respecto a la separación de hecho. El legislador adopta otra actitud hacia las rupturas de las relaciones conyugales no formalizadas y hacia las personas que viven esa situación[234]. La ley comienza a concebir la separación de hecho como un fenómeno social relevante que origina una situación jurídica a la que se atribuyen consecuencias inmediatas[235], que implican la exclusión de reglas aplicables al matrimonio. Esa tendencia normativa se ha vuelto desde entonces cada vez más intensa. Son ya muchos los ámbitos en los que la ley ha querido disponer de forma expresa que la separación de hecho impide la aplicación de normas concebidas para atribuir consecuencias legales al vínculo del matrimonio. En este sentido, como hemos visto, el cónyuge separado de hecho no puede beneficiarse del derecho a adquirir la nacionalidad o la vecindad civil de su cónyuge; de ser su representante y administrador de sus bienes en su situación de ausencia, o como medida de apoyo ante su eventual discapacidad; de subrogarse en sus derechos de

---

poco tiempo, a la correspondiente separación legal o divorcio, o bien a una reconciliación, es posible que por diversas razones se mantenga".

[234] VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982, entiende que las reformas de 1981 implican una profunda remodelación en orden a la trascendencia jurídica de la separación de hecho.

[235] La Ley 11/1981 atribuye efectos a la separación de hecho en materias tan dispares como la tutela (artículo 220), la presunción de paternidad (artículo 108), la ausencia (artículo 183), y la sociedad de gananciales (artículos 1393, 1368 y 1388), y la Ley 30/1981 la contempla, con carácter nuclear, como presupuesto de la separación y el divorcio (artículos 82,86 y 87).

arrendamiento rústico (en Galicia o en Valencia); de beneficiarse de su seguro de vida o de una indemnización en caso de accidente con vehículo a motor; de percibir un derecho de legítima a su fallecimiento, de ser llamado a su sucesión intestada, o de mantener su derecho en el testamento otorgado por aquél antes de la ruptura de la relación, o su condición de fiduciario.

Esa nueva orientación en el tratamiento de la separación de hecho como situación jurídica se ha hecho incluso perceptible en otras áreas del ordenamiento, más allá del Derecho civil. En particular, es muy significativa la decisión adoptada en el Código Penal de considerar que el cónyuge separado de hecho pierde el beneficio de la excusa absolutoria, que protege de la pena privativa de libertad al cónyuge que comete en el seno del matrimonio un delito patrimonial sin violencia.

4.4.- La regulación de la separación de hecho desde la coherencia y la razonabilidad

Ante la separación de hecho, el legislador trata de buscar respuestas coherentes. Cuando la norma la incorpora a su supuesto de hecho, le atribuye generalmente una consecuencia jurídica razonable, aquilatando los principios de justicia y seguridad jurídica. En ocasiones, esto podrá resultar más o menos beneficioso para el cónyuge separado el hecho pero, cuando no lo es, el legislador nunca pretende sancionar o penalizar su estatus, sino amparar otros intereses relevantes en Derecho, que podrían resultar menoscabados en caso contrario.

Por ejemplo, el cónyuge separado de hecho casado en separación de bienes se beneficia claramente en el ámbito concursal de su particular situación jurídica porque, a pesar de seguir casado con el deudor, no se le aplica la presunción prevista en los artículos 195 de la Ley Concursal y 231-12 del Código Civil de Cataluña. Sin embargo, el separado de hecho que paga una pensión alimenticia a sus hijos, o una compensación económica a su cónyuge en cumplimiento de un pacto privado, no puede disfrutar de los mismos beneficios fiscales que la ley concede al separado legalmente que realiza esos mismos desembolsos en cumplimiento de la sentencia que acordó esas medidas en una decisión contenciosa, o aprobando un convenio regulador. El separado de hecho tampoco podrá evitar que se le considere casado cuando pretenda formar una unidad familiar a efectos fiscales, o que se le repercutan los rendimientos del cónyuge con quien no convive al calcular su capacidad económica en la concesión de ciertas ayudas. En estos últimos casos, es evidente que el legislador protege, por motivos de seguridad jurídica, los sistemas públicos de ayudas y recaudación fiscal, sobreponiendo la necesidad de evitar posibles prácticas fraudulentas y facilitar la gestión de las Administraciones Públicas a la consecución de resultados de justicia social y tributaria.

4.5.- Derechos fundamentales y protección penal del cónyuge separado de hecho

Esa nueva asimilación de la separación de hecho en el ordenamiento español como situación jurídica legítima necesitada de protección y regulación coherente justifica, además, que se hayan realizado dos afirmaciones que entendemos especialmente

significativas y relevantes. La primera, fue la consagración por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental a la intimidad, en su faceta económica, de cada cónyuge separado de hecho, concretado en no poderse forzar a las personas separadas de hecho a retomar su relación con el solo propósito de compartir sus datos fiscales para presentar una declaración fiscal. La segunda, es la protección de la separación de hecho con el reconocimiento de otro derecho fundamental tan importante para los esposos en esa situación jurídica como la inviolabilidad de su domicilio, que es oponible al otro cónyuge, incluso con posible aplicación del tipo del allanamiento de morada.

Ambos exponentes determinan el reconocimiento de la separación de hecho como una situación jurídica legítima y merecedora de protección, incluso desde la perspectiva de los Derechos fundamentales. La separación de hecho genera, de este modo, un estatus jurídico en el que, incluso, sucumben dos deberes tan relevantes para los matrimonios casados en gananciales como el de proporcionarse información y el guardar convivencia, que devienen irrealizables.

4.6.- La tendencia a la equiparación con la separación legal

En nuestra opinión, de todo lo anterior se concluye que existe, desde hace años, una clara tendencia normativa a equiparar la separación de hecho con la separación legal, aunque ésta no es absoluta.

La diferencia de forma que existe entre ambas figuras impide su completa asimilación, principalmente cuando se trata de proteger derechos de terceros o un interés público. Hecha esa salvedad, creemos que la tendencia a igualar ambos tipos de separación es notoria.

4.7.- La indiferencia del origen y la duración de la separación de hecho

El legislador no considera importante en la actualidad cuál es la causa que origina la separación de hecho, ni el tiempo de su duración para atribuirle efectos como situación jurídica. El ordenamiento español contempla actualmente la separación de hecho como una situación jurídica de ruptura definitiva entre esposos, en la que no trasciende si viene impuesta por uno de los cónyuges o si es consecuencia del consenso.

Por último, el requisito del cumplimiento de un tiempo mínimo de duración de la separación de hecho para ser reconocida como tal no existe, al parecer, en ninguna norma distinta al artículo 1393.3º del Código Civil, que ha quedado como una *rara avis* en nuestro Derecho civil tras la Ley 15/2005, de 7 de julio, que derogó todas las restantes normas del ordenamiento que exigían el cumplimiento de un plazo determinado para atribuir efectos a la situación[236].

[236] En este sentido, lo ha afirmado CARRIÓN OLMOS, Salvador: "La reforma en el Derecho de Sucesiones", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, Jose Ramón, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 245-246, indicando que *"…la separación de hecho relevante ahora en orden a la pérdida de la legítima bastará con que sea pura y*

II.- LA SOCIEDAD GANANCIAL. FUNDAMENTO Y CAUSAS DE DISOLUCIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

1.- COMUNIDAD DE VIDA COMO FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1.1.- Matrimonio y sociedad de gananciales

Por razones históricas, el ordenamiento jurídico español está integrado por una pluralidad de normativas diferentes que regulan el régimen económico matrimonial. El Código Civil reglamenta un sistema que es aplicable en los territorios denominados de Derecho común, mientras otros territorios, sujetos a Derecho foral o especial, disponen en dicha materia de una regulación propia[237].

La libertad de pacto entre los consortes es hoy una realidad común a todas las normativas vigentes a lo ancho del Estado[238]. En consecuencia, los cónyuges pueden someterse al régimen económico matrimonial que prefieran, mediante el otorgamiento de capítulos. Ello no obstante, los esposos no siempre ejercen esa prerrogativa. En tal caso, el matrimonio queda sujeto al régimen económico matrimonial supletorio de primer grado previsto por la normativa vigente en el territorio a cuyo Derecho quede sometido. Siguiendo una tradición jurídica de raíces centenarias, tanto en los territorios sometidos al Derecho civil común como en algunos territorios con Derecho civil propio

---

simplemente eso: separación de hecho (...) tanto la querida por uno como por ambos esposos", entendiendo el autor que también es *"irrelevante (...) la duración de la separación".*

[237] Así, Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas); Cataluña (Libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de Julio); Galicia (Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho Civil de Galicia); Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares); Navarra (Compilación de Navarra, aprobada mediante la Ley 1/1973, de 1 de Marzo, y actualizada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo); y País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco).

En el caso de la Comunidad Valenciana, estuvo vigente la Ley 10/2007, de 20 de Marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que fue derogada por la sentencia del Tribunal Constitucional, número 82/2016, de 28 de abril de 2016. La sentencia que declaró su inconstitucionalidad mantuvo su vigencia, no obstante, para los matrimonios contraídos entre cónyuges sujetos al derecho civil foral valenciano durante el período comprendido entre la fecha de su entrada en vigor, 1 de julio de 2008, y el 31 de mayo de 2016, fecha de cese de sus efectos.

[238] Lo establece el artículo 1315 del Código Civil, pero también todas las normativas forales o especiales. Así, el artículo 195 del Código del Derecho Foral de Aragón; el artículo 231-10 del Código Civil de Cataluña; el artículo 171 de la Ley de Derecho Civil de Galicia; el artículo 67 de la Compilación Balear; el artículo 85 de la Compilación de Navarra; y el artículo 125 de la Ley de Derecho Civil Vasco.

existen normas que disponen que, en defecto de capitulaciones, el régimen económico aplicable al matrimonio será el de la sociedad de gananciales[239].

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el nuestro no autoriza la existencia de un matrimonio que no esté sujeto a algún régimen económico matrimonial[240]. Este aforismo puede completarse matizando que tampoco cabe régimen

[239] Sobre este aspecto, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: op. cit., págs. 778-779, han expuesto que "*[e]n lo que afecta al derecho castellano, las reglas, vigentes en el siglo XVIII, sobre los bienes de la mujer casada son las de las Leyes de Toro (1505) que se integraron en la Novísima Recopilación (1804). El derecho de Castilla, como es sabido, además de las leyes citadas, se contenía en diversos textos normativos publicados durante el reinado de Alfonso X el Sabio, en especial el Código de las Siete Partidas (1254-1261) donde se hacía trasunto del Digesto y del Derecho canónico, normas que estuvieron en vigor hasta 1889 (Código civil). Con posterioridad, el Ordenamiento de Alcalá (1348, promulgado por Alfonso XI) donde se establecía el sistema de fuentes (Leyes 64 y 65 del título XXVIII). El régimen de bienes matrimonial castellano era el de gananciales*", y que *"[c]onforme a la Constitución de 1599, en la que quedaron fijadas de manera definitiva las fuentes del derecho de Cataluña el derecho al que se había de acudir supletoriamente, es decir cuando la norma no regulaba una determinada cuestión, era el derecho romano y el derecho canónico. Dato éste muy relevante pues implicaba que no se pudieran aplicar, en Cataluña, las reglas contenidas en la legislación castellana, pese a los diversos intentos que, durante los siglos XVIII y XIX y una parte del siglo XX se produjeron en este sentido. Las normas relativas al patrimonio de la mujer eran las del derecho romano, matizadas por las disposiciones propias respecto de los bienes dotales (básicamente contenidas en los Usatges y en algunos privilegios). En todo caso, el régimen económico del matrimonio de Cataluña era el de separación de bienes, con dote, llamado régimen dotal; régimen que se mantiene hasta el siglo XX (Compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960), momento a partir del cual, el desuso de la aportación de dote, en la práctica lo convierte en un régimen de separación absoluta*".

De ese proceso deriva la regla del vigente artículo 1316 del CC, que determina que, a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen económico del matrimonio será el de la sociedad de gananciales. El régimen de la sociedad ganancial también será aplicable a falta de pacto en contrario en algunos territorios sujetos a derecho foral o especial. Así sucederá en los matrimonios que queden sujetos a Derecho propio gallego (artículo 171 de la Ley de Derecho Civil de Galicia) o vasco (salvo para los vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, según el artículo 127 de la Ley de Derecho Civil Vasco). Los regímenes matrimoniales supletorios en el Derecho propio navarro (régimen de conquistas, según el artículo 87 de su Compilación) y aragonés (régimen de consorcio conyugal, según el artículo 193 de su Código de Derecho foral) son también similares al de la sociedad de gananciales. Por supuesto, el régimen de la sociedad ganancial rige también cuando es el elegido por los esposos en sus capítulos matrimoniales.

Otros territorios con Derecho civil propio entienden sujetos al régimen de separación de bienes los matrimonios contraídos sin pacto capitular. Es el caso de Cataluña (artículo 231-10 del Código Civil de Cataluña) y de las Islas Baleares (artículo 3.1 de la Compilación balear). La separación de bienes era también el régimen supletorio en la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (artículos 6 y 44), derogada por la STC 82/2016, de 28 de abril.

[240] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: op. cit., pág. 109. En esta misma línea, ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: "El régimen económico matrimonial en el Reino Unido", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Número 23, 2017, pág. 203, ha señalado que, "*a diferencia de los sistemas basados en el Derecho civil como el nuestro, el Derecho inglés no cuenta con un régimen económico matrimonial como tal aplicable al matrimonio. En Inglaterra y Gales no existe una comunidad de bienes (community of property). La celebración del matrimonio no tiene efectos patrimoniales, es decir, el matrimonio per se no produce ningún efecto inmediato sobre los derechos de propiedad de los cónyuges. Sin embargo, en el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo*".

económico matrimonial sin matrimonio [241] . Matrimonio y régimen económico matrimonial unen a los cónyuges mientras mantienen su estado civil de casados.

Históricamente, la sociedad de gananciales se configuró como un régimen económico para un matrimonio que, *per se*, implicaba para los contrayentes un vínculo vitalicio. Hasta tiempos recientes, sucedía además que el Derecho común desconfiaba de cualquier mutación del régimen económico matrimonial una vez contraídas las nupcias. De este modo, una vez celebrado el matrimonio sin haberse pactado carta de nupcias, la sociedad conyugal acompañaba inexorablemente a los cónyuges hasta la extinción del vínculo matrimonial y desplegaba hasta ese momento todos sus efectos, salvo en muy excepcionales circunstancias.

La posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial mediante mero acuerdo entre los consortes y la amplitud con la que se concibe en la actualidad la acción de divorcio en España son elementos relativamente recientes en la historia de

[241] En este sentido puede verse la RDGSJYFP de 22 de noviembre de 2021. Esta resolución analiza una escritura otorgada por los integrantes de una pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas del País Vasco, por la que uno de los convivientes aportaba una finca a la "*sociedad de gananciales*" que ambos habían convenido en el pacto regulador de las condiciones económicas de la pareja. El Registrador de la Propiedad había denegado la inscripción solicitada al entender que no cabía inscribir la adquisición de un inmueble con carácter ganancial "*a favor de quienes integran una pareja de hecho, al ser este un régimen económico-matrimonial cuya vigencia frente a terceros exige la celebración del matrimonio*" y el Centro confirma la calificación impugnada. El principal razonamiento en que se apoya la Resolución para conformar su criterio apunta hacia la "*inexistencia de una regulación que disponga la aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión*". En desarrollo de su planteamiento, el Centro Directivo menciona: a) la imposibilidad de crear un régimen económico-matrimonial sin matrimonio; b) su falta de publicidad ante terceros, y c) la imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales, que son instrumento ineludible para pactar un régimen económico matrimonial.

El Centro Directivo también considera relevante la naturaleza meramente administrativa y no jurídica de los registros de uniones de hecho, hecho este que considera de trascendencia en cuanto priva de publicidad a los acuerdos patrimoniales entre los convivientes, sin poder alcanzar oponibilidad *erga omnes*.

La Resolución recuerda que, no obstante, los convivientes, pueden valerse de los medios de transmisión ordinarios para conseguir que todos o parte de los bienes de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos "*pro indiviso*", sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria, o bien adquirir directamente bienes en régimen comunidad.

En ese mismo sentido, puede leerse RABANETE MARTÍNEZ, Isabel: "La liquidación de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho en otras legislaciones autonómicas", *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Coord. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 764. La autora incide en esa misma idea, citando además la RDGRN 7 de febrero de 2013.

Debe destacarse, en cualquier caso, que esta línea de razonamiento tiene un cierto arraigo en la doctrina científica. Por ejemplo, DE LOS MOZOS, Jose Luis: "Comentario a los artículos 1315 a 1391 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, Tomo XVIII, Volumen 1, Edersa, Madrid, 1978, pág. 31, expuso, citando a LACRUZ, que "*el concepto de régimen económico matrimonial, dada la finalidad de su normativa (...), solo es aplicable para el matrimonio y su economía, sin que pueda extenderse a cualquier género de relaciones que se configuren more uxorio (p.ej., el concubinato)*".

nuestro ordenamiento. Ambos factores han contribuido a modular la actual sociedad de gananciales[242] que, sin lugar a dudas, dista mucho de ser hoy ese régimen económico concebido en su momento con un carácter casi tan indisoluble como el del matrimonio en sí.

1.2.- La vida en común de los cónyuges como presupuesto de la formación de la masa ganancial en nuestros textos históricos

Tal como observa MATEO SANZ[243] "*si se procura estudiar algo intrínsecamente relacionado con el régimen de gananciales se hace preceptivo un análisis histórico del mismo que permita comprender mejor la cuestión que se investiga. (…) si hay algo íntimamente unido a dicha sociedad serán los artículos que en nuestro CC le dan vida, de ahí que cualquier investigación que pretenda realizarse sobre alguno o algunos de ellos reclame entrar en los orígenes históricos de lo que actualmente conocemos como sociedad de gananciales*".

El origen histórico de la actual sociedad de gananciales es una cuestión aún no exenta de discrepancias[244].

Parte de la doctrina española ha sostenido que la sociedad ganancial es tributaria de las costumbres de los primitivos pueblos germanos, que habrían alcanzado la península ibérica con la migración visigótica[245]. Frente a ellos, otros han sugerido que la

[242] Esta realidad ha influido en el discurso de GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La naturaleza…, cit., pág. 913, para refutar la extendida tesis de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico. El autor considera incompatible la rigidez de ese tipo de organización patrimonial con la actual flexibilidad de nuestro régimen de gananciales, cuyos perfiles entiende más reconocibles en la figura de la comunidad romana.

[243] MATEO SANZ, Jacobo Bernardo: "Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 56, Número 3, 2003, págs. 1231-1356.

[244] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: "El régimen económico matrimonial de comunidad de gananciales", en *Comunidad de Gananciales: cuestiones prácticas y actuales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pág.23, aprecia en los estudios de los civilistas sobre el régimen económico matrimonial "*falta de historicidad*". A su juicio, ello es consecuencia de la influencia de SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN, pues la doctrina española, en general, "*no ha prestado atención a aquellos puntos que ellos no han tratado*".

[245] En este sentido, es sugerente la exposición de CÁRDENAS, Francisco de: *Estudios jurídicos*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de F. Núñez, Madrid, 1884, págs. 65 a 70: "*La noticia más antigua que tenemos de los gananciales se halla en una ley visigoda dada al parecer por el rey Recesvinto y consignada en el Forum Judicum. Pero aunque esta ley sea el testimonio más antiguo de aquella institución, hay muchas razones para conjeturar que esta es muy anterior á ella, al menos en cuanto á su esencia. Aun suponiendo que sea de Recesvinto la ley en cuestión, de lo cual no hay una prueba evidente, (…) no fué obra de ninguna ley, sino resultado de antiguas costumbres y tradiciones venerandas. (…) Siendo, pues, anterior á Recesvinto la institución de que tratamos, y no procediendo como se ha visto, del derecho romano, ni teniendo con él la menor relación, es claro que sus orígenes deben estar en el derecho y las costumbres de los godos, quizá en aquellas costumbres tradicionales que Eurico redujo por primera vez á escritura, tal vez en las mismas que ya tenían los godos, cuando habitaban en la Tracia y en la Iliria, ó cuando estaban confundidos con las otras tribus germánicas…*". Puede verse también en este sentido GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo 1, Librería de Sánchez, Madrid, 1871, págs. 535, 537 y 540-541.

comunidad ganancial procede de la tradición romano-cristiana[246]. Incluso alguna obra apunta como origen remoto de la actual sociedad de gananciales a las costumbres de los pueblos celtíberos, que habrían permanecido a pesar de las invasiones de visigodos y romanos[247].

En cualquier caso, los rudimentos del vigente régimen de gananciales son perceptibles con cierta claridad en los textos jurídicos españoles del medievo. En efecto, tanto la Nueva[248] como la Novísima Recopilación[249] reproducen el que, según ambos compendios, fue el texto de la Ley 1, Título 3, Libro 3, del Fuero Real[250]. Bajo la

[246] Ha estudiado este aspecto ALARCÓN PALACIO, Yadira: "Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación", *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Número 24, Barranquilla, Colombia, 2005, págs. 2 y ss. En su obra, con cita de las obras de los autores que menciona, explica que "*[a] partir de Cárdenas y de Hinojosa, muchos antiguos autores españoles, entre los cuales podemos citar a Gutiérrez y Sánchez Román, señalan el origen de la sociedad de gananciales precisamente en las costumbres de estos pueblos primitivos germanos que, conservadas por los godos, domiciliados luego en España, se establecieron como las primeras leyes relativas a esa comunidad de bienes. También recalcan este origen algunos autores modernos, entre ellos Benavente Moreda y Guilarte Gutiérrez.*

En contra de esta doctrina se pronuncia modernamente la de Prieto Bancés y De los Mozos y que sostiene que el origen de la sociedad de gananciales debe situarse en el derecho romano vulgar conocido por las investigaciones de E. Levi y de sus seguidores. Estos autores piensan que una manifestación muy clara y elocuente de la idea de comunidad que siembra el cristianismo se encuentra en la novela de Valentiano III (De fructibus inter maritum et uxorem). Según esta doctrina, se establecía en esta ley que los cónyuges quedaban exentos de la obligación de rendir cuentas de los frutos provenientes de sus respectivos patrimonios consumidos durante la vida matrimonial, lo que revela, en su opinión, que existía la costumbre de colocarlos en común para atender a los gastos de la familia y que disponían de ellos lo mismo el varón que la mujer; viendo en ello los autores la posible derivación de la partición por mitad de los frutos restantes. Esta ley fue acogida más tarde por el derecho visigótico en el Brevario de Alarico o Lex Romana wisigotorum y, al amparo de la misma, se forma una costumbre, con ocasión de las donaciones nupciales, de acuerdo con la solución cristiana del reparto por mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, como se revela en la fórmula XX de la llamada Colección ovetense. Sin embargo, esta corriente reconoce que en el Liber Iudiciorum, la Ley Dum cuiscumque de Recesvinto se pronuncia por la solución que dispone el reparto proporcional a las aportaciones de los cónyuges, lo que marca las diferencias entre los historiadores en cuanto al origen de la sociedad de gananciales; poniendo de relieve los autores que el carácter legal de tal régimen era supletorio y que como regla principal se tenía por costumbre los pactos prenupciales, cuyo origen debe vincularse al derecho romano vulgar de Occidente, lo que acreditaría su ascendencia cristiana y no germánica".

Acerca de esta discusión doctrinal pueden leerse también FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: op. cit., pág. 24; y DE LOS MOZOS, Jose Luis: "La nueva sociedad de gananciales", *Revista de Derecho Notarial*, 1982, págs. 197-211.

[247] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA Begoña: op. cit., cita en este sentido a GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: "Cotitularidad y comunidad en mano común", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, pág. 145 y ss.

[248] Libro V, título IX, ley II. La compilación data de 1567.

[249] Libro X, título IV, ley I. La compilación data de 1805.

[250] Sobre la datación de la obra existen discrepancias entre los especialistas. Una síntesis de las diferentes posturas y su refutación puede leerse en PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, págs. XVIII a XXII. El autor citado considera que "*con respecto a la fecha de composición del Fuero Real se debe seguir manteniendo la tesis tradicional. El terminus ad quem de la elaboración del Fuero Real habrá que fijarlo a principios*

rúbrica "*Modo de partir entre marido y muger los bienes adquiridos en el matrimonio*", esta disposición venía a establecer lo siguiente:

"Toda cosa que el marido y muger ganaren ó compraren, estando de consuno, *háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío de Rey ó de otri, y lo diese á ambos, háyanlo marido y muger; y, si lo diere al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere"*[251].

El origen del texto se remontaría al Fuero Juzgo[252], en concreto a su Ley 17, ubicada en el Título II de su Libro IV. ALONSO MARTÍN[253] atribuye a esa ley la rúbrica "*De lo que ganan el marido e la muier casados* en uno" y DE LA REGUERA VALDELOMAR[254], le concede este tenor[255]:

---

de 1255". En cualquier caso, parece que todos los estudiosos consideran que el texto pertenece al siglo XIII, lo que consideramos suficiente para afirmar que nuestra tradición jurídica arrastra, desde muy antiguo, la convicción de que atribuir naturaleza común a los bienes adquiridos durante el matrimonio depende de su adquisición "de consuno".

[251] El texto transcrito es el que consta en AGENCIA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: *Novísima Recopilación*, Edición facsímil de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, sancionada por Carlos IV en 1805, Madrid, 1993. Otra reciente publicación (la antes referida de PÉREZ MARTÍN, Antonio: op. cit., pág. 69) ofrece un texto que presenta alguna diferencia:

"*Toda cosa que el marido e la muger ganaren o compraren de* consouno, *ayanlo amos por medio; e si fuer donadío de rey, e lo diere a amos, ayanlo amos marido e muger, e si lo diere al uno, ayalo solo aquel a qui lo diere*".

[252] DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 155, define este texto como "*nuestro primer gran texto legal*", datándolo en torno al año 654.

[253] ALONSO MARTÍN, María Luisa: "Nuevos datos sobre el Fuero o Libro Castellano. Notas para su estudio", *Anuario de historia del Derecho español*, Número 53, 1983, pág. 452.

[254] AGENCIA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: *Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar*, 1798, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, 2015.

[255] Ha de tenerse en cuenta que el texto que se transcribe *supra* procede de una adaptación del autor citado, como explica CORONAS GONZÁLEZ, Santos M.: "Estudio Preliminar", *Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia de la Lengua. Leyes históricas de España*, Boletín Oficial del Estado, 2015: "*Unos años después de la edición mejorada de Llorente y respondiendo a la misma filosofía de «facilitar la lectura e inteligencia del Fuero Juzgo», Reguera Valdelomar, un oficial letrado impuesto en las técnicas de relator en la Audiencia y Chancillería de Granada, emprendió la labor de corregir el texto editado por Villadiego con otras ediciones del Liber Iudicum latino, dentro de su plan de formar resúmenes y extractos del Derecho español (…). Su propia formación de jurista preocupado por la concordancia del texto romance con el latino le llevó a comparar la edición de Villadiego con las latinas de Pithou y Lindenbrog y el antiguo códice vigilano de la biblioteca de El Escorial, anotando las leyes respectivas que faltaban y, con ello, su técnica preferida de resumir la parte esencial de su contenido*". La advertencia concuerda con la introducida por el propio DE LA REGUERA VALDELOMAR en su obra original, en la que se llama la atención del lector sobre el hecho de que *"Se reducen todas en la sustancia de sus preceptos prohibiciones y penas á estilo breve y fácil de entender y retener en la memoria, con el fin de proporcionar su digna lectura á qualesquiera personas , y celos Letrados la instrucción que deben tener de ellas , para distinguir las vivas de las muertas, y aplicar las subsistentes á sus respectivos casos, sin los obstáculos que les ofrece su defectuosa edición*".

Cabe comprobar, de hecho, que las referencias al mismo texto que se realizan en algunas obras presentan redacciones diferentes. Por ejemplo CÁRDENAS, Francisco (de): op. cit., pág.71, la cita así:

"Si el marido y muger debidamente casados, viviendo juntos*, ganen ó aumenten alguna cosa, el que de ellos sea más rico que el otro debe haber tanto más de la ganancia, quanto mas tenga de bienes, y cada uno lo haya después de la muerte del otro, y pueda dexarlo á sus hijos, ó pariente y estrados que quisiere: mas si hicieren escrito de lo que ganen, debe haber cada uno la parte que en él se exprese. Lo que ganare el marido en la hueste, ó por donación del Rey ó Señor, ó de amigos estraños, deben haberlo sus hijos y herederos después de su muerte; y pueda disponer de ello como quisiere. Lo mismo se entienda de las mujeres".*

La Ley 205 del Estilo también contenía una norma referida a "c*ómo el marido puede vender los bienes ganados durante el matrimonio*", que disponía que "*si alguno seyedo casado co alguna muger cópro alguna heredad o otra cosa que ganó,* estando en uno *con su mujer, estos bienes que assi cópro puédelos vender el marido si menester le fuere en tal que no faga el marido maliciosamente*…"[256].

La expresa referencia de las anteriores normas al hecho de que los cónyuges estuvieran "*viviendo de so uno*", o "*de consuno*" (o "*consuono*"), o "*estando de uno*", o "*casados en uno*" o "*viviendo juntos*", mereció desde antiguo la atención de la doctrina española, que observó que los esposos debían generar sus ganancias *en convivencia* para obtener el derecho a participar en su reparto[257]. Así, la participación ganancial no era consecuencia del mero matrimonio, sino del común esfuerzo de los esposos realizado en unión conyugal.

Sobre ello son expresivas las palabras de TOLEDANO HERNANSAIZ[258]:

"No basta que se haya celebrado el matrimonio, es preciso además que los cónyuges vivan juntos de consuno; solo en este caso parece que tiene lugar la sociedad legal, porque solo en él concurren las condiciones que la ley tuvo presentes al establecerla".

Como consecuencia lógica de esa apreciación, la doctrina española anterior al Código Civil entendió generalmente que la sociedad legal entre cónyuges no surgía por el mero hecho del matrimonio; iniciar la relación conyugal era presupuesto ineludible

---

"*Quantoquier que el marido sea noble, si se casa con la muier cuerno debe, é* viviendo de so uno*, ganan alguna cosa ó acrecen, etc.*".

[256] Recojo el texto que consta en GYSSER, Juan (impresor): *Leyes del estilo y declaraciones sobre las leyes del fuero*, Salamanca, 1502, Copia digital realizada por la Biblioteca de Andalucía. Disponible en: https://www.bibliotecadigitaldeandalucia.es/catalogo/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=86347 (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025).

[257] El actual diccionario de la lengua de la Real Academia Española define la locución adverbial "de consuno" como "*[j]untamente, en unión, de común acuerdo*".

[258] TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio: *¿Cuáles son la extensión y los efectos de la sociedad conyugal? Juicio crítico de la legislación aragonesa y la castellana en esta materia. Discurso leído ante el claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho, Sección de Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Manuel Galiano, Madrid, 1866, pág. 16.

para su existencia, pero la sociedad comenzaba en el momento de hacerlo la convivencia efectiva entre los esposos[259]. Esta reflexión es habitual en los autores de esa época, que incluso destacaron sus efectos prácticos. Resulta de interés traer algunas citas al respecto.

MORENO VILLENA[260] afirmaba que "*la presunción y la causa que la ley tiene para establecer la comunidad de gananciales, solo existe cuando el matrimonio es seguido de su natural consecuencia, o lo que es igual, cuando la persona e interés de los casados se comunican*". De ahí el autor sugería que "*la sociedad no comenzará en los matrimonios no consumados, ni en los contraídos por poder hasta que se ratifiquen y la mujer comience a vivir con el marido*".

Parece que el anterior autor se inspira en GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALVÁN[261], quienes al referirse a la "*sociedad legal de los cónyuges*" ya habían expuesto que "*para su constitución sólo se requiere el matrimonio. Pero esto debe entenderse cuanto el matrimonio es seguido de su natural consecuencia, a saber; que la persona y los intereses que los casados se comuniquen, porque solo entonces existen la presunción y la causa que la ley tiene para establecer comunidad de ganancias: así, no comenzará, a nuestro juicio, la sociedad en los matrimonios contraídos por poder,*

[259] Alguna doctrina minoritaria no compartió la misma tesis. Sobre ello, puede leerse LLAMAS Y MOLINA, Sancho (de): *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Tomo II, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827, pág. 187. El autor atribuye a TELLO y a PALACIOS RUBIO la siguiente interpretación de la expresión "*de consuno*": "*…no se ha de entender por lo mismo que* estando juntos *como quieren algunos sino por equivalente a* simul *de forma que sea el sentido que la compra la han de hacer marido y mujer juntamente ó en nombre de los dos sin que baste el que vivan juntos*".

La refutación que realiza el propio autor (págs. 187-188) merece reproducirse en sus propios términos: *"... ésta es una exposición voluntaria destituida de fundamento y nada conforme á la misma ley. Se trasladó al ordenamiento esta ley del lib. 3º, tít. 3º, ley 1ª del Fuero Real, donde dice así: toda cosa que el marido y la mujer ganaren ó compraren de consuno* áyanlo *ambos por medio De aquí se ve que lo que dispuso la ley el caso de la compra se ha de extender al caso de la ganancia; y como de ésta no se puede creer quisiera la ley limitarla al caso de que al mismo tiempo ó* simul *ganasen marido y mujer una misma cosa, por ser esto un caso que con dificultad se verificaría; por la misma razón se ha de decir que, en el caso de la compra, no exige para se comunique el dominio entre marido mujer que la hagan juntamente ó en nombre de los dos (...)";* y continúa: "*... la palabra* de consuno *se ha de entender por vivir juntos ó no estar divorciados si por casualidad se hallan ausentes (...);* y concluye así: "*Que sea el verdadero y genuino significado de la palabra consuno el que dejamos expuesto no se puede dudar, después que, habiéndose trasladado dicha ley del ordenamiento a la 2ª, tít. 9, lib. 5º de la Recopilación, vemos en ella que, en lugar de las antiguas palabras* compraren de consuno*, se han substituido las siguientes:* compraren estando de consuno*, para significar la simultánea cohabitación".* Con cierta condescendencia, el autor rubrica: *"No debe atribuirse este error a Palacios Ruvios y á Tello, habiendo escrito sus Comentarios á las leyes de Toro antes de la formación de la nueva Recopilación"*.

[260] MORENO VILLENA, Pedro: *¿Cuáles son la extensión y los efectos de la sociedad conyugal? Juicio crítico de la legislación aragonesa y la castellana, relativamente a esta materia. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho*, Imprenta de Don Carlos Frontaura, Madrid, 1867, pág. 10.

[261] GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALVÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Primero, Librería de Sánchez, Madrid, 1865, pág. 264.

hasta que se ratifiquen y la mujer comience a vivir con el marido; por esto dice la ley estando de consuno".

Obviamente, interesa conocer si la exigencia de obtener los bienes "*de consuno*", o "*so uno*" llevó a la doctrina a defender la posibilidad de que, iniciada la convivencia marital y con ello la sociedad legal, la mera ruptura de la convivencia entre los cónyuges producía su suspensión o finalización.

Parece claro que en aquel momento no se llevó tan lejos la interpretación de la norma. No obstante, es justo advertir que la cuestión sí se planteaba, y que el rechazo a tal posibilidad encontraba su habitual justificación en motivos de orden público. El deber de cohabitación era inherente al matrimonio y, en consecuencia, una situación de hecho consentida o convenida por los esposos que implicara su quebranto era inaceptable. De ahí que los autores del momento que se refieren a esa cuestión recelaran de que la mera separación de hecho pudiera afectar a la sociedad legal.

La tesis de la cohabitación necesaria como presupuesto de participación en las ganancias generadas por el otro cónyuge durante el matrimonio servía, aun con ello, para explicar que la sociedad quedara suspendida en las situaciones de cese de la convivencia aprobada como separación judicial. En estos casos, el matrimonio continuaba existiendo pero la sociedad legal cesaba con la sentencia que autorizaba la vida separada de los esposos.

Interesa traer algunas citas de los autores que participaron en estos razonamientos.

ABELLA[262], que comentó sobre la expresión "*estando de consuno*" que "*en nuestro entender estas palabras tanto quieren decir como cohabitación",* matizaba:

"Algunos autores han pretendido que la sociedad de gananciales nace del matrimonio, no del acto de la cohabitación; pero nosotros opinamos que la sociedad no comenzará mientras el matrimonio no se consume, subsistiendo sí después, vivan ó no los cónyuges bajo un mismo techo, mientras la separación no sea judicial".

NAVARRO AMANDI[263], entendió que "*las palabras "estando de consuno" que se leen en la ley del Fuero indican, según la interpretación más generalmente admitida, tanto como "durante el matrimonio", salvo en los casos en que las leyes, a pesar de existir al matrimonio, suspenden los efectos de la sociedad conyugal*".

El autor explicaba sobre ello que "*en rigor una y otra frase* –entiéndase, "estando de consuno" y "durante el matrimonio"- *no deben usarse como sinónimas, puesto que lo adquirido después del divorcio lo es durante el matrimonio, porque este no se ha disuelto, y no lo es estando de consuno, puesto que existe la separación quoad thorum*

[262] ABELLA, Joaquín: *Novísimo Código Civil español*, Administración calle de Don Pedro número 1, Madrid, 1888, pág. 389.

[263] NAVARRO AMANDI, Mario: op. cit., pág.179.

et habitationem, (…) hallándose consignado (…) que el divorcio suspende los efectos de la sociedad legal entre los cónyuges (…). Mientras dure, pues, el matrimonio, existe la sociedad legal o de gananciales (…). Por lo tanto, la separación convencional de los cónyuges no produce efecto de suspender dicha sociedad".

En el discurso de NAVARRO AMANDI es nuclear su idea -expresada en otro capítulo de su obra- de que "*el marido debe tener en su compañía y proteger a su mujer*", considerando que esto se trata de un "*principio supremo*" que, como tal, "*no puede ser modificado por pactos ni condiciones*". Por ello expone el autor que "*jamás ha podido el legislador tener por válidas las separaciones convencionales*", a lo que agrega que éstas "*son un recurso a que se apela en momentos dados, pero cuyas consecuencias son siempre más funestas que el mal mismo que se intenta curar*"[264].

En este mismo orden de cosas, el autor expone que "*el matrimonio produce inmediatamente*" en la mujer el efecto de "*entrar en la potestad marital"* y que *"resultado de esto es la obediencia que (…) debe al marido*". Es más, NAVARRO AMANDI incide en que los cónyuges han de tener "*el mismo domicilio*", subraya que "*sin esta unidad no concebimos el matrimonio*", concluye que la unidad de domicilio es "*esencial*" y, por último, niega toda virtualidad en Derecho a un posible pacto por el que los cónyuges puedan convenir la residencia en diferentes hogares[265] con quebranto de su convivencia.

En esta misma línea, interpretando la expresión legal "*han de estar de consuno*", PÉREZ Y GONZÁLEZ[266] entendió:

"*No creo que el legislador haya querido significar con ella, que en el caso de una separación voluntaria de los cónyuges, cesen los efectos de la sociedad legal; porque esta sociedad es una consecuencia inmediata del matrimonio, y debe comenzar desde el momento que se celebró sin que la voluntad en los contrayentes sea bastante a destruir sus efectos, como no lo es para destruir los de aquél. La vida en común es una obligación de los casados, y la separación voluntaria un hecho ilícito que la ley no ha podido recuperar causa suficiente para anular los efectos de la sociedad, que debe considerarse subsistente, mientras que por sentencia judicial no se declare interrumpida*".

La interpretación en contrario, consideraba el autor, no era aceptable "*por oponerse a la naturaleza y fines del matrimonio*".

Lo expuesto parece ilustrar de manera suficiente el sentir de la doctrina española sobre el asunto examinado en el momento previo a la promulgación del Código Civil.

---

[264] NAVARRO AMANDI, Mario: op. cit., pág.76.

[265] NAVARRO AMANDI, Mario: op. cit., pág.77.

[266] PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: *¿Es justa la sociedad legal? ¿Son aceptables todas las disposiciones de nuestro derecho sobre la misma?*, Imprenta de José M. Ducazcal, Madrid, 1862, pág.13.

En síntesis, el matrimonio era presupuesto necesario de la sociedad legal. No obstante, el nacimiento de ésta requería la cohabitación conyugal. Una vez iniciada la sociedad, mientras el matrimonio continuara, ésta no se interrumpía por el cese de la convivencia de los esposos, salvo si éstos obtenían una resolución judicial que autorizara la separación.

El Código Civil acabó –al parecer deliberadamente- con esa concepción. El artículo 1393 del Código de 1889, en su primera redacción, dispuso que la sociedad de gananciales "*empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio*", añadiendo que cualquier estipulación en contrario se entendería nula.

Sobre ello, la STS de 31 de marzo de 1964 explicó que "*nuestro derecho histórico exigió para el nacimiento de la sociedad legal de gananciales que los esposos vivieran "de so uno" (Ley 17, Título II, Libro IV, del Fuero Juzgo), o "de consuno" (Ley 1.ª, Título IV, Libro X, de la Novísima Recopilación), es decir, que fijó el momento inicial de dicho régimen en el de convivencia de los contrayentes y no en la realización de las nupcias*". Esta sentencia añade después que el artículo 1393 del CC (en su texto original) había puesto fin a esa concepción, pues la mera existencia del matrimonio justificaría el derecho de los cónyuges a participar de las ganancias obtenidas durante el mismo[267].

En ese novedoso contexto, FALCÓN[268] explicó que "*la frase viviendo de consuno los cónyuges, que había empleado una ley recopilada, había sido entendida en la práctica en el sentido de que no bastaba que se hubieran celebrado el matrimonio para que el régimen social comenzara entre los cónyuges, sino que era indispensable, además, la vida común entre ellos. El nuevo código condena indirectamente esta doctrina; desde que asienta la regla absoluta de que la sociedad de gananciales empezará PRECISAMENTE[269] el día de la celebración del matrimonio. El adverbio precisamente, parece puesto de intento en la ley, para que el precepto legislativo no pueda ser objeto de interpretaciones*". Sin embargo, MANRESA[270], en su comentario al artículo 1393 del CC en su primera redacción, explicaría que el precepto "*se completa con el del art. 1417, según el cual, la sociedad termina cuanto el matrimonio se disuelve o anula, o cuando se acuerda la separación de bienes durante el mismo. Vive, pues, la sociedad de gananciales mientras subsiste legalmente la unión de los esposos;* no se atiende precisamente al vínculo, al lazo formado por el matrimonio, sino a la

[267] Lo que afirma la resolución citada *supra* coincide con un *obiter dicta* que aparece en una antigua STS de 1 de diciembre de 1865, en el que se explica que, "…*en conformidad á la ley 13, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, son bienes gananciales los adquiridos por el marido y la mujer por un título común, lucrativo ú oneroso, durante el matrimonio y mientras vivan juntos, ó como dice la ley: Toda cosa que el marido y la mujer ganaren o compraren estando de consuno*".

[268] FALCÓN, Modesto: op. cit. págs.179-180.

[269] Las mayúsculas se corresponden con las que usa el texto citado.

[270] MANRESA Y NAVARRO, Jose María: *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IX, Sexta Edición, revisada por MORENO MOCHOLÍ, Miguel, Reus, Madrid, 1969, pág.641.

existencia ante la ley de la vida en común. *Esa vida común es la que crea necesidades comunes y representa comunes esfuerzos, cuyo resultado debe ser la participación de ambos socios en las ganancias obtenidas*"[271].

Con todo, al exponer su postura, MANRESA matizaba que "*ha de atenderse, como hemos dicho, a la* existencia ante la ley de la vida en común. *Una separación convencional no es jurídicamente apreciable, no existe legalmente, sigue la sociedad, y cabe que existan cargas u obligaciones comunes que cumplir. Lo mismo se entendía la frase viviendo de consuno, de la ley 1ª, título III, libro III del Fuero Real, en el Derecho antiguo*". Por ello entendía el autor que "*las meras separaciones amistosas extrajudiciales no suspenden los efectos económicos del matrimonio*". Destaca la especial agudeza con que MANRESA incide en que es la convivencia que se presume en el matrimonio (y se impone como deber en el mismo) lo que determina que la sociedad de gananciales comience con él. El binomio entre ambos vínculos, sociedad y matrimonio, solo se explica por la existencia de la convivencia, que en el Código primigenio que comenta el autor es consustancial a la relación matrimonial.

En otro orden de cosas, es muy significativo que, en su comentario, MANRESA refiera inmediatamente después que la necesaria vigencia de la sociedad ganancial en el matrimonio "*desde que empiece hasta que termine, sin posibilidad de alteración*", se entendía dentro del sistema y, de hecho, lo consideraba predicable respecto de cualquier otro régimen matrimonial que pactaran las partes. Se asocia así también en el razonamiento de MANRESA la carencia de efectos de la separación convencional en la sociedad de gananciales con la regla de la *inmutabilidad* del régimen matrimonial aceptada por el Código Civil en su redacción original.

En definitiva, el primer Código Civil impone a los esposos un deber de convivencia desde el mero inicio del matrimonio y esa cohabitación, que se da por supuesta, es a su vez el presupuesto de la sociedad legal. Ambas figuras, matrimonio y sociedad legal, surgen por tanto desde entonces de manera simultánea. El orden público de aquel momento no aceptó las separaciones conyugales ajenas a la autorización judicial. El Código además consagraba el principio de inmutabilidad del régimen económico entre esposos una vez celebrado el matrimonio. La inveterada negación de una posible privación de efectos de la sociedad legal por el mero cese de la convivencia entre esposos al margen de la autoridad, en lógica consecuencia, se mantuvo.

Con todo ello, el Código Civil presumía que la convivencia en el matrimonio y el esfuerzo conjunto de los consortes dirigido a incrementar el patrimonio común eran una

[271] Esta misma percepción se comparte por otros autores, como BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español: concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, A. López Robert, Barcelona, 1891, págs. 389-390, en cuanto apunta que "…*la sociedad de gananciales empieza con el matrimonio y termina con su disolución (…) y durante esa sociedad existe, mientras la vida social igual a la del matrimonio tiene lugar*", asociando claramente la indisolubilidad del propio matrimonio con la continuidad de la vida social entre los esposos.

suerte de premisa –un *prius* casi lógico- de la propia sociedad de gananciales. Así, se ha afirmado de manera sugerente que "*un extremo que el legislador deja a la sombra, acaso por pensar que está suficientemente aclarado por los artículos 67 y 68, o que la seguridad jurídica por la simplicidad del sistema aconsejan la abstención, es el de la necesaria cooperación de los esposos a los fines y actividades de la comunidad. La doctrina tampoco lo ha abordado en su conjunto. En mi opinión, dado el carácter de sociedad (universal) que tiene el régimen legal, cada cónyuge debe trabajar para ayudar a conseguir ganancias en la medida de sus fuerzas y su dedicación, y la falta de colaboración debe ser tenida en cuenta, al menos en los casos más evidentes cuando el consorte es requerido para que la preste, al liquidar la comunidad, cargando en la cuenta del negligente el importe de las pérdidas y gastos causados por él, o el del lucro que se dejó de obtener*" [272].

Una aproximación actual a la problemática que estudiamos puede realizarse desde la idea que arraigó en nuestro Derecho histórico y que el Código Civil, creemos, no contradijo, sino que adaptó a su momento: el esfuerzo económico conjunto que deriva de la vida en común de los cónyuges es presupuesto de su comunidad de ganancias.

1.3.- La entronización de la sociedad de gananciales como régimen legal en el Código Civil

Al atribuir un determinado régimen económico a los matrimonios contraídos sin pacto, todo legislador apuesta por la aplicación de unas reglas que considera más justas o de más fácil acomodo a su sociedad o, al menos, al tipo de sociedad que pretende favorecer.

Interesa realizar algunos apuntes sobre los motivos que llevaron al legislador español a adoptar el régimen de gananciales como sistema predilecto en el Código Civil.

Como quedó dicho, la sociedad de gananciales es el régimen económico aplicable a los matrimonios sujetos a Derecho común celebrados sin capitular. La regla, sancionada por el vigente artículo 1316 del Código Civil, ya fue introducida en su redacción original [273] después de haber estado presente con distintas formulaciones en los principales proyectos legislativos que precedieron al mismo[274].

Esta decisión legislativa ni fue pacífica ni estuvo exenta de disputas. Años antes de aprobarse el primer texto de Código Civil, NAVARRO AMANDI ya hizo ver que

[272] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros: op. cit., pág. 390.

[273] El artículo 1315 establecía que "*[l]os que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*".

[274] Consta en el Proyecto de 1851, en su artículo 1235; y en la Base 22 tanto del Proyecto de Ley de Bases de 1885, como en la propia Ley de Bases de 1888.

"*mucho se ha discutido (...) sobre las ventajas e inconvenientes del sistema de gananciales*" [275].

En el proceso español de codificación, el debate sobre la sociedad de gananciales como régimen supletorio de primer grado encontró, además, otro punto de fricción en la compleja situación política del momento. El país enfrentaba un desafío de difícil solución, al quererse instaurar una normativa civil común a todo el Estado, pero preservando a su vez las particularidades de algunas regiones.

En lo que nos ocupa, establecer el régimen de gananciales como sistema supletorio en caso de defecto de capitulaciones en todo el territorio nacional fue criticado por juristas que, como DURÁN I BAS, procedían de zonas con tradición jurídica diferente[276]. En suma, en el debate de la norma se hace particularmente visible ese conflicto que DE CASTRO Y BRAVO[277] denominó "*la cuestión foral*".

ALONSO MARTÍNEZ[278] da cuenta del debate que se produjo en la Comisión de Codificación sobre esta materia y, al referirse a la intervención de MORALES, explica cómo este jurisconsulto navarro defendió que el régimen de ganancias era, en su propia esencia, más conforme con el matrimonio que el sistema dotal. En su opinión, tratar el matrimonio como un contrato implicaba rebajarlo en su dignidad. Había que considerarlo como un sacramento y ver en él la unión de dos personas que comparten durante toda su vida la felicidad y la desgracia. A su juicio esto imponía a los consortes confundir sus bienes en un acervo común.

Esta idea de la *sacramentalidad* es recurrente en varios autores de la época, que la asumen y justifican desde diversos puntos de vista.

---

[275] NAVARRO AMANDI, Mario: op. cit., pág. 179. Este autor en concreto no fue especialmente efusivo en el apoyo al régimen legal de gananciales como sistema aplicable en defecto de pacto. En su obra citada, loc. cit., se limita a exponer que "*el régimen de gananciales, en la manera que se conserven nuestras leyes, perfectamente armonizado con el sistema dotal, es el más conforme con nuestras costumbres, sin que por esto prejuzguemos en contra algunas reformas propuestas por diversos autores*".

[276] Vid sobre ello COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 400 y BARÓ PAZOS, Juan: "Notas sobre el Derecho Civil de Cataluña ante el proceso codificador español", *Revista de Dret Històric Català [Societat Catalana d'Estudis Jurídics]*, Volumen 16, 2017, pág. 34.

[277] Me remito en extenso a su trabajo monográfico sobre esta materia, CASTRO Y BRAVO, Federico (de): "La cuestión foral y el Derecho civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 1003 a 1048. La obra ha sido recientemente valorada MOREU BALLONGA, Jose Luis: "La doctrina de Don Federico de Castro sobre la cuestión foral y el derecho civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 14, Febrero de 2021, págs. 84-167.

[278] Lo explica COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: "Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española", *Anuario de Historia del Derecho español*, Número 69, 1999, pág. 397.

Por ejemplo, ORTIZ DE ZÁRATE[279], explicaba que "*[a]l crear Dios a Adán y a Eva constituyó el matrimonio, dándoles a los dos en común el paraíso. No les dijo estos bienes son los del hombre, y éstos los de la mujer, y éstos los gananciales. Será imperfecta la unión matrimonial mientras en el diccionario de los casados se conserven las palabras tuyo y mío, que debe sustituirse por las de nuestro. Supuesto que España se conoce y existe comunidad de bienes más completa entre los casados, que viven en los pueblos en que está vigente el célebre Fuero del Bailío, sería conveniente consignarla como medida general en el futuro Código".*

Seguía afirmando este mismo autor que, "*fíjese al menos de una manera inmutable la sociedad legal, y no se permita que los que se casan la alteren y modifiquen a su antojo con algunas restricciones. La ley debe ordenar los deberes, obligaciones y derechos de los casados, y nunca debe tolerarse que la sociedad conyugal sea obra de la voluntad privada, y tan variada y multiforme como las sociedades mineras u otras para especulación. Cuando hasta tal punto se rebaja el matrimonio, deja de ser una institución religiosa y social, y se convierte en un simple concubinato*".

La relación entre el derecho a participar en las ganancias del otro cónyuge y el sanctasanctórum del matrimonio también la ha destacado GUILARTE GUTIÉRREZ[280], que cita al propio KANT, quien apuntaría en su momento que "*la relación de los esposos es una relación de igualdad de posesión así de las personas que se poseen recíprocamente como de sus fortunas*". El mismo autor cita también a DÍAZ DE MONTALVO, de quien dice que justificó que el fundamento de la sociedad de gananciales estaba en el "*débito de la carne*" al exponer que "*por él se contrae la sociedad, independientemente del lucro, en razón a que la mujer como socia que se constituye de su marido por la cohabitación debe participar en todo momento, a partir de entonces, así de sus ventajas como de sus calamidades*".

Junto a la idea de su mejor correspondencia con el carácter sagrado del matrimonio, la doctrina española de finales del siglo XIX recurrió también a otros argumentos para alabar la sociedad de ganancias como régimen económico.

Uno de esos planteamientos fue el de destacar la mejor posición patrimonial de la esposa casada en gananciales al enviudar.

En este sentido, según MANRESA[281], al atribuir la sociedad de gananciales como régimen económico a los matrimonios contraídos sin pacto capitular, el legislador español no sólo se inspiró en los precedentes patrios[282], sino principalmente en su

[279] ORTIZ DE ZÁRATE, Ramón: *Observaciones al proyecto de Código Civil*, Revista de los Tribunales y de la Administración, Burgos, 1852, págs. 282-283.

[280] GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 4, Septiembre de 2004, pág. 178.

[281] MANRESA Y NAVARRO, Jose María: op. cit., pág. 632.

[282] Obviamente el autor se refiere aquí a los de Derecho castellano.

"*bondad intrínseca*" [283]. El autor concluía que el sistema adoptado por el Código Civil, que es el del reparto "*por mitad*" de las ganancias al concluir el matrimonio, es generalmente el más justo y a su vez el más "*realizable"*[284]. En el desarrollo de su discurso, trae cita y hace propia una reflexión de SÁNCHEZ ROMÁN, quien destaca que la mujer que moría sin gozar de ese régimen, quedaba viuda con unos derechos hereditarios mezquinos y postergados, de modo que "*siendo los gananciales cuantiosos, su suerte queda asegurada como miembro de aquella sociedad legal*".

Esta misma reflexión puede leerse en otros autores, como RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES[285], quien advirtió que la participación en la sociedad legal aseguraba a la esposa "*para su viudedad un provenir descansado*".

El argumento de la protección patrimonial de la viuda no sólo es consecuencia en esos discursos de una concepción piadosa o de orden social en contemplación de quien quedaba sola y, quizás, sin posibilidades ciertas de sufragar las necesidades de su hogar sin la asistencia de su esposo fallecido. Muchos autores destacaron el reconocimiento a la aportación de la mujer al matrimonio como fundamento básico de la existencia de la sociedad ganancial.

Así, UNCETA MURUA[286] explicaba que, en virtud de la sociedad legal, "*la mujer adquiere la mitad de los gananciales, viniendo a ser como un premio a sus cuidados, a sus desvelos y a su ardiente celo por la prosperidad de la familia*".

LANDEIRA Y MARIÑO[287] subrayó que el derecho de la esposa a participar en la liquidación de la sociedad de gananciales "*se introdujo primero para recompensar los trabajos de la mujer, para premiar después sus virtudes, y últimamente para que no amenguase la condición a que se había hecho acreedora*".

---

[283] MANRESA Y NAVARRO, Jose María: op. cit., pág. 109.

[284] Su razonamiento lo contextualiza en el debate sobre los posibles sistemas de reparto de ganancias entre cónyuges (proporcional o igualitario). El autor acepta que, "*entre ideólogos*", el primero (el proporcional) es el más justo, en tanto permite que "*cada socio disponga libremente, al disolverse la sociedad, de lo que ha aportado, de lo que ha adquirido y de lo que ha economizado*". No obstante, a su juicio, el sistema debía adaptarse a una sociedad mayoritariamente de clase agrícola, en la que "*nadie puede deslindar la parte de cada cónyuge y de los hijos en la creación del caudal común*".

[285] RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES, Manuel: *Explicación de los textos inicial y primero del título 10, libro 1º de las instituciones de Justiniano. Discurso leído ante el claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia*, Imprenta de J.M. Ducazcal, Madrid, 1860, pág. 24.

[286] UNCETA MURUA, Manuel (de): *Origen de la familia, principales derechos y deberes consiguientes á esta institución: Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de El Siglo XX, á cargo de C. Juárez, Madrid, 1863, pág. 14.

[287] LANDEIRA Y MARIÑO, Álvaro: *Ley 60 de Toro y 9, tit. IV, Lib. 10 de la Nov. Recop. sobre renuncia de gananciales. Discurso leído en el acto de recibir la investidura de Doctor*, Imprenta Notarial e Hipotecaria de los Sres. Martínez y Bogo, Madrid, 1864, pág. 5.

En esa misma línea, GONZÁLEZ ROMERO [288] observó que la sociedad de gananciales como "*esa institución eminentemente cristiana, que eleva a la mujer a la consideración de socia del marido por la equivalencia de sus funciones en el hogar doméstico*".

TOLEDANO Y HERNANSAIZ[289] apuntaba que los pueblos antiguos desconocían la sociedad legal porque "*países regidos por un sistema despótico, en que el Estado lo era todo y nada el individuo, y como consecuencia todo el jefe de familia y nada los que la componían, no es extraño que, considerada la mujer como esclava, las leyes que reglaban el matrimonio fueran la expresión de la omnímoda voluntad y autoridad del marido y revelasen la abyección y envilecimiento de aquella*".

En similar reflexión, PÉREZ Y GONZÁLEZ [290] expuso que la sociedad legal corresponde "*exactamente a la naturaleza y fines del matrimonio, y esta sola circunstancia sirve para justificarla. En efecto: el matrimonio, fundamento de la sociedad, establece vínculos tan estrechos entre marido y mujer, que confunde la existencia y afecto de los dos, y no permite la más pequeña diferencia entre sus condiciones sociales. Bajo este supuesto, sería un contrasentido que en el seno de la familia (…) hubiera diversidad de miras e intereses: marido y mujer (…) trabajan en crear, aumentar, mejorar y conservar su patrimonio y el de su familia*". La disertación del autor continúa con valoraciones hoy no admisibles, pero que ilustran sobre lo que en ese momento se aceptaba como consustancial al régimen de ganancias: "*Esta* (la mujer) *no debe más al padre, porque dotado de mayor aptitud física e intelectual procure mayores adquisiciones, puesto que la mujer con la dirección del gobierno económico de la casa hace que este mayor trabajo, robustez de inteligencia sean más beneficiosos. Coadyuvando la mujer por este medio al acrecentamiento de conservación de los bienes del matrimonio, justo es que tenga en ellos la debida recompensa*".

Otros autores, incluso, plantean que la mujer, al ser reconocida como socia en las ganancias del matrimonio, se vería estimulada a procurar un mejor rendimiento de la economía de la casa. En este sentido, GARCÍA BARBÓN DE LA FLOR[291] dijo que el objeto de la sociedad legal era interesar a la mujer "*en el cuidado y aumento de los*

[288] GONZÁLEZ ROMERO, Francisco: *Juicio crítico de las Siete Partidas. Discurso en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho*, Imprenta de Tejado, Madrid, 1861, pág. 12.

[289] TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio: op. cit., pág. 8.

[290] PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: op. cit., págs. 8-9.

[291] GARCÍA BARBÓN DE LA FLOR, Lorenzo*: Influencia de la legislación de los germanos en el derecho. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia*, Imprenta de Pedro Montero, Madrid, 1839, pág. 15. Se pronuncia en términos muy similares HINOJOSA, Eduardo: *La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno*, Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Eduardo de Hinojosa el día 26 de mayo de 1907, Dykinson, Madrid, 2020, pág. 49.

bienes de la sociedad conyugal, dándole para este objeto derecho a adquirir la mitad cuando esta se disuelva".

Son también frecuentes en aquella etapa, en definitiva, las críticas doctrinales a Las Partidas por haber olvidado incorporar la sociedad legal, en claro detrimento y desmerecimiento de los derechos de la madre y esposa, de tan arraigado reconocimiento en nuestra legislación[292]. No es de extrañar que se dedujeran reproches por idéntica causa contra la normativa de "*la mayor parte de las provincias catalanas, (…) puesto que desconociendo el papel que en la familia representa la mujer, la coloca en un lugar inferior*"[293] al haberse olvidado de la sociedad legal.

A la vista de las anteriores reflexiones, todas ellas recabadas de fuentes inmediatamente anteriores a la promulgación del Código Civil, se ha indicado que la desigualdad entre los esposos en el matrimonio es presupuesto de la sociedad ganancial. El marido procuraba directamente con su trabajo las adquisiciones de la familia, mientras la mujer cuidaba de la crianza de los hijos y la llevanza del hogar. La compensación de ambos esfuerzos era la comunicación de beneficios a favor del cónyuge que no los obtenía materialmente, la esposa, a quien se reconocía además un "*instinto de economía*"[294] que contribuía a la salud económica familiar.

En fin, todo este conjunto de ideas condujo a que el primer Código Civil optara por atribuir el régimen de la sociedad de ganancias a todo matrimonio que no formalizara pactos en sentido contrario.

Hasta bien entrado el siglo XX, el mantenimiento de la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial supletorio de primer grado siguió hallando la misma justificación.

---

[292] Así, GONZÁLEZ ROMERO, Francisco: op. cit., pág. 11, criticó arduamente el texto, calificándolo de "*obra defectuosa*", al incurrir en "*la limitación de los derechos naturales de la madre, y la omisión de la sociedad legal; defectos que no han hallado nunca explicación científica*"; o CLARÓS, Manuel: *Juicio crítico de las siete partidas. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Hernández y Compañía, Madrid, 1860, pág. 18, quien denunciaba que "*[d]e todos los cambios que sufrió el derecho privado por esta parte del Código, ninguno más lamentable ni más perjudicial que la omisión que en él se hace de la sociedad legal entre los cónyuges*". En el mismo sentido, pueden verse también LLAMAS NOVAC, Rafael: *Juicio crítico de las siete partidas: Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1863, pág. 16; GONZÁLEZ DE TEJADA, José: *De la familia española: Discurso leído en la solemne investidura de Doctor en jurisprudencia*, Imprenta de D. Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1854, pág. 10; o VÁZQUEZ DE BAÑOS, Miguel: *Juicio crítico de las Siete Partidas: discurso leído en la Universidad Central por Don Miguel Vázquez de Baños en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Don José Cuesta, Madrid, 1861, pág. 17.

[293] UNCETA MURUA, Manuel (de): op. cit., págs. 24-25.

[294] GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La sociedad…, cit., págs. 185-186.

Con ocasión de la reforma de 1958, BATLLE VÁZQUEZ[295] apuntó que "*la colaboración económica entre los cónyuges en esfuerzo conjunto coordinado lleva a considerar ajustada una participación en los beneficios obtenidos durante el matrimonio bien constituyendo formas de comunidad más o menos atenuada, o bien en fórmulas compensatorias finales con actualización a la disolución del matrimonio*".

SANZ FERNÁNDEZ[296], en referencia a la reforma de 1975, argumentó que el régimen de ganancias protegía a la mujer al considerar que "*la realidad de la vida familiar, referida a las familias que fundamentalmente viven del trabajo que son la generalidad, es que son una mayoría muy importante los matrimonios en los que la totalidad o la parte más importante de los ingresos lo constituye el trabajo del marido, y aun en los casos en que trabaja la mujer no se ha llegado todavía en la vida profesional y laboral a términos de una igualdad absoluta, siendo como regla general los trabajos superiores y más remunerados los del hombre*".

La Constitución de 1978 apuntala la igualdad de los cónyuges ante la Ley (artículos 14 y 32 de la CE) y reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE). Ambos principios exigían la introducción de cambios relevantes en el ordenamiento. En este contexto, la sociedad de gananciales debía ser objeto de una importante reconfiguración, al estar planteada sobre un principio de unidad de gestión que, al quedar confiado al esposo por ministerio de la Ley, devenía inconciliable con el novedoso orden constitucional.

En este sentido, en un comentario sobre la que sería la ulterior reforma del Código Civil, LACRUZ BERDEJO[297] explicó cómo vocales de la Comisión General de Codificación de diferentes tendencias sugirieron establecer como régimen legal supletorio el de participación, en lugar del de gananciales, y ello "*no por aversión al sistema tradicional de gananciales, sino precisamente por el temor de que no pudieran funcionar…*", al tener que adaptarse a una normativa que imponía la igualdad entre los consortes y obligaba a romper con la figura del esposo como administrador de la sociedad.

A pesar de las críticas, la sociedad de gananciales superó también esa prueba y nuevamente perseveró como sistema supletorio de régimen económico matrimonial de primer grado. Según LACRUZ BERDEJO, el razonamiento que se impuso en este caso en la Comisión fue que "*el régimen de participación era demasiado nuevo e inusual en el país*", y que "*era prematuro adoptar, a partir de la nada, como régimen legal, uno*

[295] BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: "Observaciones sobre la reforma del Código Civil. (la Ley de 24 de abril de 1958)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Octubre 1958, pág. 199.

[296] SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: "Algunas repercusiones de la reforma del Código Civil en el régimen de gananciales", *Revista de Derecho Notarial*, Enero-Marzo 1976, pág. 279. El autor expone su opinión analizando la reforma de 1975.

[297] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis: "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pág. 350.

totalmente desconocido del público y de la práctica notarial". De este modo, explica el autor que el régimen de participación quedó relegado al menos por cierto tiempo al banco de pruebas[298].

En cualquier caso, la pervivencia de la sociedad de gananciales como régimen supletorio se debió en aquella reforma, en muy buena medida, al mismo motivo que hasta la fecha le había concedido esa posición. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ ha expuesto[299] que, al dotar de preferencia al sistema de la sociedad de gananciales, el legislador observaba una sociedad en la que "*la mujer no había logrado la total equiparación al marido*". Por ello, se "*intentaba proteger a la parte más débil, la esposa, y por eso insiste en el establecimiento de la comunidad de gananciales como medida de protección de la desigualdad que se daba en la realidad*"; y, añade la autora, "*durante el matrimonio la comunidad ganancial supone un remedio para solucionar la desigualdad, haciendo a la esposa partícipe de los beneficios que el trabajo e industria del marido proporciona al matrimonio*".

En fin, la mujer española de 1981 no había alcanzado el grado de igualdad que habría requerido un planteamiento serio de cambio de régimen matrimonial supletorio. Sobre esto, ha observado GUILARTE GUTIÉRREZ[300]:

"*…el papel desempeñado por la esposa española en 1981 se encontraba aún profundamente degradado en relación con el desarrollado por su marido y señor: no es hasta muy entrados los 90 cuando la publicidad televisiva deja, por fin, de hablarnos del descanso del guerrero que, tras la dura jornada laboral, llega a un hogar cálidamente dispuesto por la complaciente y hacendosa esposa y madre*".

1.4.- Crítica a la continuidad de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en el sistema del Código Civil

La polémica sobre mantener la sociedad ganancial como régimen legal supletorio ha llegado así hasta nuestros días. Las críticas contra un sistema que somete a los cónyuges a un régimen de comunidad por el mero hecho de casarse sin expresar su voluntad en contrario continúan. El argumento principal se alza contra el anacronismo de un régimen construido sobre una premisa tan inaceptable en la actualidad como que los cónyuges no son iguales en el matrimonio[301].

---

[298] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis: ibid.

[299] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: op. cit., pág. 28.

[300] GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La sociedad…, cit., pág. 191.

[301] Por ejemplo, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: op. cit., págs. 28-29, denuncia que hoy "*la mujer está completamente integrada en el mundo laboral y profesional, y ha dejado de ser la "parte débil" del matrimonio. Evidentemente, la comunidad de gananciales sigue teniendo sentido en aquellas parejas en las que uno de sus miembros tenga como ocupación principal las tareas domésticas y no procure ingresos para la familia. En el resto de casos, cuando ambos, en su mayoría partiendo de cero, va formando un patrimonio con sus respectivos ingresos, procedentes de su trabajo, es lógico que lo más*

Creo que cabría concluir, en definitiva, con MÁS BADÍA[302], que "*[d]e la separación de bienes, tradicionalmente, se predican una ventaja y un inconveniente. La principal ventaja de este régimen económico matrimonial es su sencillez y la agilidad del tráfico, dado que sólo existen dos patrimonios, el de cada uno de los cónyuges, que mantienen su autonomía y que cada consorte gestiona y responsabiliza, salvo matices, con independencia del otro. Su principal inconveniente es la insolidaridad. Pese a compartir una comunidad de vida, los cónyuges no hacen lo mismo con sus ganancias: lo tuyo es tuyo y lo mío es mío. Esta insolidaridad se hace más sangrante en modelos familiares en que uno de los cónyuges, habitualmente la esposa, renuncia a su desarrollo profesional o laboral y a su independencia económica para dedicarse al cuidado de la casa y la familia, mientras que su consorte trabaja y obtiene ingresos fuera del hogar".*

Como apunta la autora, *"en la medida en que el modelo sociológico cambie (…) esta desventaja puede ir desdibujándose. Hay mecanismos paliativos: compensación del trabajo para la casa; la llamada "pensión compensatoria" en los casos de separación o divorcio; o un adecuado sistema de legítimas o de derechos sucesorios (…). Sin embargo, pueden mostrarse en muchos casos insuficientes*".

En el terreno de esta disputa, aún viva, queda -entre otros derribos- la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial

---

aconsejable sería el régimen de separación de bienes. Teniendo en cuenta además que para todos aquellos gastos comunes de ordinarios de la pareja, ya existen las normas relativas al régimen primario, aplicables a todo sistema matrimonial. Y en caso de disolución del vínculo, también se encontrarán las normas oportunas para corregir los posibles desequilibrios patrimoniales de aquel miembro de la pareja cuyo interés requiera más protección".

Otra crítica extensa sobre el mantenimiento del régimen de gananciales como sistema legal supletorio puede leerse en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La sociedad…, cit., pág. 171 y siguientes. El autor considera absolutamente superados por la realidad actual los presupuestos en los que descansa la actual sociedad de gananciales, que entiende que solo debería aplicarse a aquellos matrimonios que optaran expresamente por someterse a ella. A su juicio, op.cit., pág. 179, "*la ganancialidad es en todo momento respuesta a una situación de desigualdad —intelectual, sexual, laboral o puramente física— que el reparto de la ganancia compensa. Paralelamente, cuando la igualdad entre marido y mujer va transitando desde una declaración programática a una realidad constatable la justificación del viejo sistema (…) quiebra por su base y necesita de otro fundamento y soluciones*". Pueden verse también las reflexiones de este mismo autor sobre la misma cuestión en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: propuestas", *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 25-26, donde razona la actual crisis de la base histórica de la sociedad de gananciales, como consecuencia de la "*radical decadencia del postulado de la perennidad matrimonial*", la "*ablación del principio de autoridad marital*", la "*amortización de la idea de solidaridad patrimonial como principio rector de la economía del matrimonio*" y la "*hoy injuriosa inferioridad de la mujer*".

[302] MÁS BADÍA, María Dolores: *La Ley de régimen económico matrimonial valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana*. 11 de febrero de 2014. Disponible en: http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/14-segundo-semestre-2013/item/204-la-ley-del-r%C3%A9gimen-econ%C3%B3mico-matrimonial-valenciano-y-su-incidencia-en-la-sociedad-valenciana (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024), pág. 7.

Valenciano. Declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril, esta norma persiguió entre sus principales propósitos el de mutar el régimen ganancial supletorio por el de separación de bienes[303] para una parte del territorio aún sujeto en esta materia al Código Civil. Quizás en un futuro se adopte la decisión legislativa de acoger ese planteamiento como norma para todo el Estado, aunque la cuestión no parece recabar atención en la agenda legislativa más próxima.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Según lo comprobado, el sistema de la sociedad de gananciales parte de reconocer las aportaciones realizadas por la esposa a la familia –antiguamente, casi siempre en forma de trabajo doméstico y cuidados personales a sus miembros-, como un elemento enriquecedor y favorecedor al crecimiento de la economía de la familia. Con la participación en la mitad de las ganancias obtenidas por el matrimonio a lo largo de una vida de esfuerzos en común, la mujer mejoraba sus expectativas económicas al fallecimiento de un marido que, generalmente, era quien obtenía con su trabajo los recursos económicos necesarios para sufragar las necesidades de la familia.

En la lógica de ese planteamiento es comprensible que la doctrina entendiera que la sociedad ganancial existía desde el momento en que los cónyuges comenzaban a cooperar como unidad. El deber de convivencia entre esposos, más allá de una exigencia del propio matrimonio, era una auténtica premisa de la sociedad legal. La formación de una masa común bienes entre dos cónyuges que estaban llamados a repartírsela por mitad cuando tuviera lugar su liquidación –normalmente al fallecer uno de ellos, casi siempre el esposo[304]- era el resultado esperado de un esfuerzo conjunto, cuya existencia constituía la propia esencia del planteamiento. Desde esta concreta perspectiva, interesa analizar cuál fue el posicionamiento de nuestras leyes, a lo largo de los últimos siglos, sobre la continuidad de la sociedad de ganancias ante las situaciones de ruptura de hecho entre esposos, cómo ha evolucionado su tratamiento hasta fecha de hoy, y qué principios llevaron al legislador en cada momento a posicionarse de una u otra manera sobre la referida cuestión.

[303] Con todo, la malograda Ley alcanzó parcialmente su objetivo, al mantenerse en separación de bienes todos aquellos matrimonios celebrados sin capitular bajo su período de vigencia, entre el 1 de julio de 2008 y el 31 de mayo de 2016, por decisión expresa de la sentencia que anuló la normativa impugnada.

[304] GUIJARRO GARVI, Marta y PELÁEZ HERREROS, Óscar: "Proyección a largo plazo de la esperanza de vida en España", *Estadística española*, Volumen 51, Número 170, 2009, pág. 196, explican por ejemplo que, en 1900 la esperanza de vida al nacimiento se situaba en los 33,8 años para la población masculina y en los 35,7 para la femenina, y que, a mitad del siglo veinte, esos valores prácticamente habían duplicado, alcanzando los 59,8 y los 64,3 años para hombres y mujeres respectivamente. La reducción de la mortalidad que tuvo lugar en las siguientes décadas elevó esas cifras, en 2005, hasta los 77 y los 83,5 años observados para hombres y mujeres respectivamente.

2.1.- La situación anterior al Código Civil

La inmutabilidad del régimen económico matrimonial tras la celebración del matrimonio y la inalterabilidad de la sociedad de gananciales ante las situaciones de mera ruptura de la convivencia entre esposos son las notas a destacar en la materia que nos ocupa durante el período que procedemos a analizar.

Hasta las últimas décadas del siglo XIX, la esperanza de vida en España se mantuvo estable a largo plazo entre los 25 y los 30 años de edad[305]. Este dato demográfico merece ser tenido en cuenta para valorar y entender la diferente trascendencia que podía presentar para aquella sociedad la rigidez de instituciones como el matrimonio, o la sociedad ganancial, que se constituían con vocación de perpetuidad.

La regulación del régimen económico del matrimonio en el Derecho castellano que precedió al primer texto de Código Civil ha sido calificada, como lo fue el vínculo matrimonial en sí, de excesivamente rígida y formalista. Esta crítica se dirige hacia una sociedad de gananciales que constituía un sistema necesario de organización de la economía familiar. En aquella tesitura, la Exposición de Motivos del Proyecto de 1836 se refirió al sistema de gananciales como sociedad "*legal y forzosa*"[306].

A lo largo del proceso codificador que se desarrolla en España en el siglo XIX se hace también patente otra regla relevante en el sistema castellano regulador de régimen matrimonial: su *inmutabilidad*. De acuerdo con este postulado, el régimen económico al que quedaban sujetos los cónyuges no podía sufrir alteración una vez celebrado el matrimonio. Todo posible pacto matrimonial que alterara las normas predispuestas de la sociedad legal debía formalizarse antes de contraer las nupcias.

Parece claro que la regla de la inmutabilidad era ampliamente reconocida en aquella época y también que gozaba un importante arraigo[307]. Se refiere a ella incluso algún

[305] GUIJARRO GARVI, Marta y PELÁEZ HERREROS, Óscar: op. cit. pág. 195.

[306] COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: "Comunidad de…, cit., pág. 392. Esta autora, sin embargo, advierte (op. cit., pág. 393) que "*no era extraño que los contrayentes y sus respectivos padres, con ocasión de la celebración del matrimonio, realizaran una escrituras conocidas como capitulaciones matrimoniales, cuyo principal fin era acreditar los bienes propios que cada uno llevaba al matrimonio, para que no se confundieran en ningún momento con los gananciales*". La autora, de hecho, también apunta (ibid.) que otras posibilidades de pacto de modificación de la sociedad ganancial tampoco quedaban excluidas, y recuerda que MATIENZO aludía a la frecuencia con la que se excluía ese régimen legal cuando el marido era un mercader rico e importante que se casaba con una esposa sin fortuna.

[307] Algún autor, como DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: "Sentido originario y significado actual del cambio de régimen económico matrimonial en Derecho civil común y foral", *Anuario español de Derecho internacional*, Número 1, 1974, págs. 271-289, cuestiona que la regla fuera tan rigurosa en nuestro Derecho, en el que sólo se habría restringido la posibilidad de alterar las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio. El autor afirma así que, en la reforma del Código Civil de 1975, con la se ponía fin al imperativo de la inmutabilidad, "*acaban por resplandecer unos principios que eran, ya antes de la publicación del Código civil, informadores del derecho positivo*". Aun con ello, el citado también realiza un análisis de nuestra doctrina y jurisprudencia que le lleva a considerar que nuestro "*derecho positivo vigente*" acabó restringiendo toda posibilidad de mutación del régimen económico adoptado en el matrimonio, tanto de forma legal como de forma convencional.

panfleto[308] decimonónico anterior al Código Civil, en el que puede leerse que *"[l]as leyes españolas, del mismo modo que las francesas, previenen que las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse siempre antes del casamiento, porque si se otorgaren después no tienen objeto alguno"*[309].

En lo que se refiere a la aceptación de esta regla, es interesante analizar su tratamiento en algunos textos preparatorios del Código.

El Proyecto de 1836 permitía a los futuros cónyuges pactar algunas variaciones a la sociedad legal de gananciales, entre ellas la de convenir una sociedad de tipo universal, la aportación de dinero o bienes muebles que no adquirieran la condición de comunes con posibilidad de recuperación por el aportante a la disolución del consorcio, o modular el principio de reparto de ganancias y pérdidas por partes iguales. Sobre ello trataban sus artículos 1511 a 1519. Pues bien, los referidos pactos debían alcanzarse en todo caso antes de la celebración de las nupcias, y ello para evitar fraudes[310].

El Proyecto de 1851 también reflejó la norma de la inmutabilidad del régimen económico constante el matrimonio. En su artículo 1238 dispuso que "*las capitulaciones o pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad*". El artículo 1242 precisaba además que, para ser válida "*cualquiera alteración que se hiciera en las capitulaciones*", debía extenderse en escritura pública y ser anterior a la celebración del matrimonio. GARCÍA GOYENA confirma en sus anotaciones a ambos preceptos que la finalidad de la regla era evitar fraudes en perjuicio de terceros[311].

Es un hecho, en definitiva, que en puertas de la promulgación del primer texto de Código Civil, rige en España la regla de la inmutabilidad del régimen económico por pacto capitular hasta la disolución del matrimonio. Por tanto, una vez contraídas las nupcias, los cónyuges quedaban sujetos a un régimen económico que no podían modificar de mutuo acuerdo, lo que en la generalidad de casos implicaba el

---

[308] FERNÁNDEZ, Pura: "Grandes escándalos en la literatura española del siglo XIX", *Diario La Vanguardia*, 23 de abril de 2016. Este artículo de prensa califica de "panfleto" la obra de CARRERAS "*Un casamiento infame. Réplica al Duque de la Torre".*

[309] CARRERAS, Luis: *Un casamiento infame. Réplica al Duque de la Torre*, M. Gálvez y Bardají, París, 1883, pág. 58. El autor incide en lo que ya había afirmado en su obra previa, *Los Duques de la Torre y el casamiento de su hijo*, M. Gálvez y Bardají, París, 1883, pág. 53.

[310] COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: "Comunidad de…, cit., pág. 393.

[311] GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852. Editado por Maxtor, Valladolid, 2010.

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: "Comunidad de…, cit., pág. 406 explica cómo algunos autores en Francia (Dumoulin) señalaron también como fundamento de la norma la prohibición de las donaciones entre cónyuges, coincidiendo en ello ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de Derecho de familia*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 206, quien extiende las razones a la prohibición de los pactos sucesorios, y al reforzamiento de la autoridad marital y la exigencia de la separación judicial para toda separación matrimonial.

sometimiento de mujer y marido a un régimen de sociedad legal que, salvo en algunas circunstancias excepcionales expresamente contempladas por la ley, sólo concluía con la finalización del propio matrimonio[312]. Son por ello ilustrativas las palabras de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ[313] al comenzar su exposición sobre la disolución de la sociedad de gananciales: "*Siendo la sociedad* -de gananciales- *tan permanente como el estado que la produce no hay reparo en decir que influyen sobre ella las mismas causas que sobre el matrimonio*". Así las cosas, por lo que dejó escrito la doctrina en el momento histórico que analizamos, la sociedad de gananciales se perpetuaba durante el matrimonio hasta que tenía lugar alguno de los siguientes eventos, que la ley reconocía como posibles causas de su disolución:

1ª) La muerte de cualquiera de los cónyuges[314].

2ª) La confiscación de los bienes de cualquiera de ellos, "*desde que la sentencia declaratoria se ejecutoría*"[315].

3ª) La declaración de nulidad del matrimonio[316].

4ª) La renuncia[317].

5ª) El divorcio -o separación- con autoridad judicial, interviniendo causa legal[318].

---

[312] Y es que, como apunta COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: "Comunidad de…, cit., pág. 405, en la península "*el derecho aragonés era el único que de modo expreso permitía a los cónyuges estipular con libertad cuando creyeran conveniente respecto al régimen de bienes en el matrimonio*".

[313] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: op. cit., pág. 579-580.

[314] GOROSÁBEL, Pablo (de): *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación: Escrito bajo el método de los códigos modernos*, Imprenta de la Viuda de Lama, Tolosa, 1832, págs.15-16; PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: op. cit., loc.cit.*;* TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio*:* op. cit., loc.cit.; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: op. cit., págs. 579-580; y ESCRICHE, Joaquín: *Manual del abogado o Elementos de Derecho español*, Tomo I, Librería de Francisco Oliva, Barcelona, 1839, pág. 19.

Ello no obstante, PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: ibid., se refiere a algunos debates doctrinales del momento -que exceden de nuestra investigación-, acerca de la posible continuidad de la sociedad ganancial entre el cónyuge viudo y los herederos del finado.

[315] GOROSÁBEL, Pablo (de): ibid.; y ESCRICHE, Joaquín: ibid.

[316] PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: ibid.*;* GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: op. cit., pág. 581; y TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio*:* ibid.

PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: ibid., alude además en este punto a una diatriba entre los autores del momento acerca de la posible pervivencia de la sociedad legal exclusivamente a favor del cónyuge inocente en los casos de que la nulidad fuera imputable al otro doloso.

[317] TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio*:* ibid.; y ESCRICHE, Joaquín: ibid. En cuanto a esta posible causa de disolución, algunos autores sólo consideraron aceptable la renuncia una vez ya disuelta la sociedad legal de gananciales. Como lógica consecuencia de ese particular planteamiento, la renuncia no sería causa de disolución de la sociedad. Un amplio estudio sobre la cuestión lo ofrece DE LOS MOZOS, Jose Luis: "La renuncia a la sociedad legal de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, 1960, págs. 63-172.

De ahí se desprende que el único y excepcional remedio que, en principio, podía habilitar la ley para que los cónyuges separados de hecho pudieran disolver en vida su sociedad de ganancias, como consecuencia de sus desavenencias personales, era el divorcio –o separación-. Interesa por ello detenerse en exponer las causas que, en aquel momento, la ley consideraba aptas para su obtención.

Es imperativo atender al contexto del momento y, por tanto, tener presente una cuestión exenta de controversia, que destaca IBÁN PÉREZ: "*Hasta el 18 de junio de 1870 el matrimonio civil en España no existe*"[319] por lo que, hasta ese momento, no sólo existe una sola *forma*, sino una sola *clase* de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, que es el canónico. Como hemos apuntado ya, el matrimonio era entonces una institución religiosa, a la que el poder civil reconocía unos efectos. Esa concepción del matrimonio determinaba que se le atribuyera civilmente la virtualidad de generar vínculos indisolubles entre sus contrayentes. Como apuntó DE LA REGUERA[320], "*el matrimonio legítimo entre cristianos siempre permanece, aunque ocurra divorcio entre los cónyuges*". Su concepción sacramental también explica que, según advierte GOROSÁBEL [321] , el conocimiento de los procedimientos matrimoniales sobre separación correspondiera en ese momento a la jurisdicción eclesiástica[322].

---

[318] La doctrina de ese momento reconoció de manera generalizada esta causa de disolución de la sociedad de ganancias. La mayoría de autores se refería a ella como "*divorcio*", entre ellos TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio*:* ibid.; ESCRICHE, Joaquín: ibid.; u ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: *Biblioteca de escribanos, ó tratado teórico- práctico para la enseñanza de los aspirantes al notariado*, Tomo I, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1855, pág. 51. Otros, como GOROSÁBEL, PABLO DE: op. cit., loc.cit.; y PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: ibid., denominaban a este evento "*separación*".

El término "*divorcio*" es el que recoge, entre otras disposiciones de Las Partidas, la Ley 4, título X, Partida 4, al señalar que, "*aunque se haga entre marido y mujer, no por ello deja de durar siempre el vínculo matrimonial; pero no es así en los divorcios que hacen los infieles*". Vemos así que el divorcio -o separación judicial- no implicaba, en cualquier caso, la disolución del matrimonio entre católicos, siendo por tanto un divorcio "no vincular".

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: op. cit., pág. 581, matiza, advirtiendo que sólo el divorcio perpetuo podía dar lugar a la disolución de la sociedad conyugal, no así el temporal ni la separación de los esposos "*sin la autorización de la Iglesia*".

[319] IBÁN PÉREZ, Iván Carlos: op. cit., pág. 93.

[320] DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan: *Extracto de las Siete partidas, formado para facilitar su lectura inteligencia y memoria de sus disposiciones*, Tomo II, Ramón Martín Indar, Barcelona, 1847, pág. 32.

[321] GOROSÁBEL, Pablo (de): op. cit., loc.cit.

[322] Como explica FUENMAYOR, Amadeo: "El matrimonio en el Código Civil", *Ius canonicum*, Volumen 30, Número 59, 1990, pág. 229, "*una Disposición general de la Ley de 1870 atribuía a la jurisdicción civil competencia exclusiva para conocer y decidir todas las cuestiones a que diese lugar su aplicación, y añadía que las sentencias y providencias de los Tribunales eclesiásticos, sobre todo lo que fuese objeto de aquella ley, no producirían efectos civiles*". Sin embargo, "*el Decreto de 9 de febrero de 1875, (...) hace constar que el Gobierno había sentido el deber imperioso de apresurarse a restablecer la armonía entre la legislación civil y la canónica sobre el matrimonio de los católicos, reconociendo al*

En cuanto a las causas que podían dar lugar a la separación judicial, GOROSÁBEL[323] refería las siguientes:

1ª) Adulterio cometido por el cónyuge[324].

2ª) Profesión religiosa de uno de ellos con consentimiento del otro después de consumado el matrimonio.

3ª) Volverse "*hereje, judío o moro*" alguno de ellos.

4ª) Incitar uno de ellos al otro a cometer delitos.

5ª) Trato cruel.

6ª) Volverse uno de ellos loco, de manera que haya peligro en la cohabitación.

7ª) Cuando hay entre ellos riñas y disputas continuas, de manera que peligren sus vidas.

Confirmamos por tanto que la "*cohabitación molesta*" no constituía causa de separación en aquel escenario. Las meras desavenencias conyugales[325] (por graves que fueran, salvo que amenazaran la propia supervivencia personal) difícilmente podrían determinar por sí solas el divorcio ni, por tanto, tan siquiera de forma eventual, podían permitir la disolución de la sociedad de gananciales. El consenso entre los autores de aquella época es amplio.

Como explica PÉREZ Y GONZÁLEZ[326], el "*divorcio destruye la vida en común, y como la ley exige para que exista la sociedad legal que los cónyuges vivan en uno, no puede menos de concluir en ese caso la sociedad, por la imposibilidad legal de llenar semejante condición*". Ello no obstante, la relevancia jurídica de esa ruptura de la vida en común que impide que los cónyuges "*vivan en uno*" se entendió siempre condicionada a la existencia de una resolución judicial que la legitimara. Así -dice

---

sacramento del matrimonio todos los efectos de nuestras leyes, y restituyéndole a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia".

[323] GOROSÁBEL, Pablo (de): op. cit., loc.cit.

[324] Sobre esta causa, puede verse también TORREMOCHA HERNÁNDEZ, Margarita: "Consideraciones jurídicas y sociales de la mujer adúltera en Castilla, a finales del Antiguo Régimen, Historia", *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. www.historiaetius.eu*, Paper 27, Número 9, 2016.

[325] Debieron ser, sin embargo, ciertamente habituales entre los matrimonios de aquella época, según afirma MORTE ACÍN, Ana: "Sor María de Ágreda y la vida cotidiana en Ágreda en el siglo XVII: una aproximación histórica", *Cuadernos de Historia Moderna*, Número 39, Universidad Complutense, Madrid, 2014, págs. 129-130.

[326] PÉREZ Y GONZÁLEZ, CARLOS: op. cit., loc.cit.

GOROSÁBEL[327]- "*la separación disuelve la sociedad conyugal cuando es hecha con autoridad judicial*" pues, según principio del título 10, Partida 4ª, al que se remite, "*interviniendo alguna de las referidas causas debe hacerse la separación en virtud de sentencia judicial y no por autoridad propia*". TOLEDANO Y HERNANSAIZ[328] incide en que "*[l]a sociedad legal se disuelve (…) por divorcio decretado por la Iglesia, pero no si es temporal o la separación fuese por voluntad de los cónyuges*".

Los términos en que se expresa ORTIZ DE ZÚNIGA[329] son quizás aún más elocuentes, en cuanto dejan ver que, en ese momento histórico, desde de la celebración del matrimonio y una vez iniciada la convivencia, los cónyuges únicamente dejan de "*vivir de consuno*" para la ley desde el momento en que se produce el divorcio:

"… *la base principal de esta mutua correspondencia de bienes es la unión conyugal, y así, faltando ésta, cesan sus efectos. Pero no se entienda que se rompen estos vínculos de sociedad o compañía, sólo por hallarse los cónyuges separados, porque aunque vivan a mucha distancia, estando de consuno, es decir, subsistiendo unidos en afecto o correspondencia, y no habiendo intervenido divorcio, continúa la participación mutua de los intereses conyugales*".

Las disposiciones del Proyecto de Código Civil de 1851 demuestran su naturaleza continuista en esta materia. La inmutabilidad y la ganancialidad supletoria presidían el sistema. En efecto, las capitulaciones o pactos matrimoniales debían hacerse antes de celebrar el matrimonio, so pena de nulidad (artículo 1238). En caso de no hacerse entonces, los bienes del matrimonio se gobernaban por las reglas de la sociedad legal (artículo 1235). Los esposos quedaban vinculados por la sociedad ganancial desde la fecha de celebración de su matrimonio (artículo 1310) y la renuncia a ésta no podía hacerse entonces durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial (artículo 1312).

El Proyecto dedicó a las causas de "*disolución de la sociedad legal*" su artículo 1339. La sociedad legal acababa por el hecho de "*disolverse el matrimonio*", o de "*ser declarado nulo*"[330]. Concluía también la sociedad "*en los casos previstos en el artículo 1355*", que recogía tres situaciones, referidas al cónyuge del demandante: que hubiera sido condenado a una pena que llevara consigo la interdicción civil; o declarado ausente; o hubiere dado causa al divorcio. En estos tres casos, podía el otro cónyuge solicitar al juez la "*separación de bienes*", que éste debía decretar. Para que se decretara la separación, bastaría presentar la ejecutoria que hubiera recaído contra el cónyuge

[327] GOROSÁBEL, Pablo (de): op. cit., loc.cit.

[328] TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio*:* op. cit., pág.19-20.

[329] ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: op. cit., pág. 51. En el mismo sentido, LLAMAS Y MOLINA, Sancho (de): op. cit., pág. 309.

[330] En este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fe no tendría parte en los gananciales.

culpable o ausente. Según el artículo 1356 del Proyecto de 1851, "*decretada la separación, queda extinguida la sociedad legal, y se hará la liquidación de la misma*".

Por otra parte, entre las causas de divorcio[331] reconocidas en el Proyecto (artículo 78) que, como hemos indicado, podían permitir la extinción en vida de la sociedad legal (artículo 1339), ninguna difería sustancialmente de las ya reconocidas en ese momento, y se limitaban al "*adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer*"; a los "*malos tratamientos de obra o injurias graves*"; a la "*propuesta del marido para prostituir a su mujer*"; al "*conato del marido y la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución*"; y a la "*apostasía de uno de los cónyuges*". Aparte, la "*demencia, la enfermedad contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges*" permitía al juez interrumpir la cohabitación breve y sumariamente. Ninguna de las causas que el proyecto reconocía para obtener el divorcio consistía en la separación de hecho o la existencia de desencuentro entre los cónyuges. De hecho, el artículo 77 sancionaba tajante: "*El mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación*"[332].

En este mismo período previo a la promulgación del Código Civil, el 18 de junio de 1870 se aprobó la Ley Provisional de Matrimonio Civil, publicada en la Gaceta de

[331] Se trataba de un divorcio no vincular, conforme al artículo 74.

[332] Las causas de separación previstas en los distintos proyectos decimonónicos de Código Civil anteriores al de 1851 las ha estudiado RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria: "La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano", en *Anuario de Historia del Derecho español*, Número 77, 2007, págs. 615-706.

En el proyecto de 1821, el artículo 332 dispuso que "*[l]a Ley prohibe la separación indefinida ó temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso ó tácito*". PESET REIG, Mariano: "Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 28, Número 1, 1975, pág. 81, compara el tenor de este precepto con el del artículo 233 del *Code*, que establecía que "*[l]e consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi... prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce*", y que, por ende, sancionaba que el consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges probaba suficientemente que la vida en común era insoportable a los esposos, entendiendo existente entre ellos una causa perentoria de divorcio. El artículo 335 preveía que eran "*causa legítima para la separación del matrimonio: 1° el adulterio de uno ó de otro cónyuge; 2° la crueldad de trato: 3° las desavenencias capitales nacidas de causas permanentes. No lo son el furor ó demencia, ni la enfermedad, aunque sea crónica, ó contagiosa*".

En el Proyecto de Código Civil de 1836, el artículo 233 establecía un elenco cerrado de causas de separación ("*Son causas legítimas para pedir la separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación: 1.º La demencia o cualquier enfermedad que a juicio de los facultativos cause riesgo inminente a la vida del otro consorte, por todo el tiempo que dure aquélla. 2.º El adulterio. 3.º La excesiva crueldad en el trato. 4.º Haber querido obligar el uno de los cónyuges al otro a cometer algunos delitos graves. 5.º Haber querido obligar o persuadir a la mujer a que se prostituya. 6.º La mudanza de religión católica en uno de los consortes. 7.º La condenación a penas aflictivas por delitos infamatorios*"), y su artículo 235 excluía el mutuo consentimiento de los cónyuges como causa suficiente para la separación del matrimonio.

Madrid el 21 de junio de aquel mismo año. Esta ley respetó también el principio de perpetuidad e indisolubilidad matrimonial[333].

Según propone GRAHIT FERRER[334], cabe incluso afirmar que en la citada Ley el ordenamiento civil acoge y tutela jurídicamente una concepción del matrimonio como realidad natural con las notas de unidad e indisolubilidad. Tan es así que ley solemniza, en su primer artículo, que "*el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble*". A la vista del discurso del Ministro de Gracia y Justicia que la refrendó, Eugenio Montero Ríos[335], se puede entender perfectamente el sentido de su articulado.

En la Ley de 1870, el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida común de los cónyuges y sus efectos (artículo 83). Se trata claramente de un divorcio no vincular. El divorcio sólo podía peticionarse por el "*cónyuge inocente*" (artículo 86), y sólo ante la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el artículo 85, que rezaba del siguiente modo:

Primera.- Adulterio de la mujer no remitido expresa ó tácitamente por el marido.

Segunda.- Adulterio del marido con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviere á su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también sido remitido expresa, ó tácitamente por la mujer.

---

[333] FERNÁNDEZ UCELAY, Demetrio: *La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial.* 14 de marzo de 2018. Disponible en: https://elderecho.com/la-evolucion-historica-de-las-formas-de-extincion-del-vinculo-matrimonial?_gl=1*r0ridb*_up*MQ..*_ga*OTAzODQ4OTI2LjE3MzA5NzMxMTU.*_ga_GBR38NJ1D7*MTczMDk3MzExNC4xLjAuMTczMDk3MzExNC4wLjAuMA.. (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[334] GRAHIT FERRER, Enrique: "El matrimonio civil obligatorio: Ley española de 1870. Los promotores del matrimonio civil en defensa de la indisolubilidad", *Cuadernos doctorales: Derecho canónico, Derecho eclesiástico del Estado*, Número 10, 1992, pág. 503.

[335] Puede leerse sobre ello en ESPÍN CÁNOVAS, Diego: "La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874", *Revista de estudios políticos*, Número 163, 1969, págs. 126-127, donde se destacan algunas de sus palabras: *"En el matrimonio los cónyuges se unen para realizar los fines racionales de la vida. La procreación no es el único fin ni aun siquiera el fin principal de la unión, porque son tan importantes como ella la educación de la prole y la mutua cooperación de los esposos para el cumplimiento de sus respectivos y naturales destinos. Destruida la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio, se dificultará e imposibilitará la realización de los mencionados fines (...). Y si la posibilidad de una separación definitiva y la esperanza, por débil y lejana que sea, de una nueva unión, se apodera del corazón de los cónyuges, no se busque en el hogar doméstico esa unidad santa de la familia, esa comunidad de sentimientos que liga entre sí con lazos sagrados a todos los individuos que la componen y que descansa sobre la base de la perpetua unión de sus destinos. (...) Despojad a la familia y a los vínculos que son su elemento de vida, del carácter de la perpetuidad que les presta la indisolubilidad del matrimonio de que proceden y se la verá inmediatamente disolverse, corroída por la inmoralidad más repugnante, que será el funesto efecto de la relajación de los vínculos creados por la naturaleza, más sabia y más previsora que la inteligencia del legislador. Estos no son vanos temores, producto de una imaginación pusilánime. Las deplorables consecuencias que en el orden doméstico con tanta frecuencia tienen las segundas nupcias, enseñan con triste, pero irresistible elocuencia, las que habrán de temerse de la disolubilidad del matrimonio por grandes, y fuertes que fueran las restricciones de la ley para hacerla efectiva".*

Tercera.- Malos tratamientos graves de obra ó de palabra inferidos por el marido á la mujer.

Cuarta.- Violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religión.

Quinta.- Malos tratamientos de obra, inferidos á los hijos, si pusieren en peligro su vida.

Sexta.- Tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposición hecha por aquel á esta para el mismo objeto.

Sétima.- Tentativa del marido ó de la mujer para corromper a sus hijos, y la complicidad en su corrupción ó prostitución.

Octava.- Condenación por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges á cadena ó reclusión perpetua.

La Ley no regulaba específicamente la sociedad conyugal. Se limitaba a disponer algunas normas de régimen matrimonial primario en sus artículos 43 a 55. Ello no obstante, conforme a su artículo 88, la sentencia ejecutoria del divorcio producía entre otros efectos –con desequilibrio de trato evidente- "*la separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio y la mujer los reclamare*" y "*la conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual, solamente tendrá derecho á alimentos*".

En cuanto a la separación de hecho, la Ley era taxativa y se preocupó de privarla de todo efecto. El texto no sólo sancionaba que no cabía el divorcio consensuado; más allá de eso, ni siquiera toleró la separación pactada de los cónyuges. El tenor del artículo 84 no concedió margen de duda: "*Los cónyuges no podrán divorciarse ni aun separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial*".

Como es sabido, el Decreto ley de 9 de febrero de 1875 puso fin a la efímera y controvertida vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 –salvo entre los contrayentes no católicos[336]-, e implicó el restablecimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico. Se volvió con ello a las disposiciones tridentinas, sin que el legislador variara un ápice durante todo el siglo XIX su tratamiento a las situaciones de separación de hecho.

En consecuencia, en la etapa que precede a la promulgación del primer texto de Código Civil en España, la sociedad de gananciales tuvo su reconocido fundamento en

[336] Como indica GARCÍA CALLEJÓN, Pedro Luis: "El matrimonio religioso no católico ante el Derecho español", *Derecho y Opinión*, Número 1, Córdoba, 1993, pág. 22, quedaba instaurado así el sistema de matrimonio civil subsidiario, que recogió a su vez la Base 3ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, la cual inspiraría el primer texto del artículo 42 del Código Civil.

la convivencia conyugal. Las crisis de convivencia, sin embargo, nunca se contemplaron por sí solas como causa legal que autorizara a formalizar la ruptura del matrimonio. Los cónyuges separados de hecho tampoco podían poner fin simplemente a su sociedad de gananciales, alegando ante la autoridad la existencia de desavenencias personales que dificultaran su vida en común, o su separación de hecho. La vía capitular post nupcial estaba proscrita. Así, frente a la ruptura de la convivencia entre esposos, el ordenamiento se topaba con la evidente anomalía de un matrimonio cuyos cónyuges no convivían, ni colaboraban entre sí, pero que mantenían su vínculo ganancial. Ante ello no se dieron soluciones. Simplemente, se recurrió a una justificación dogmática: si persistía el vínculo del matrimonio, los deberes de convivencia y colaboración entre esposos permanecían en él y, con ambos, continuaba sin mella la sociedad de gananciales.

2.2.- El Código Civil de 1889

El decreto de 24 de julio de 1889 dispuso la publicación del Código Civil, lo que tendría lugar al día siguiente en la Gaceta de Madrid. Se abre con ello un nuevo período en el que se opta por la continuidad del modelo anterior, aunque con una atenuación de la comunicación ganancial de los frutos de los bienes parafernales en las rupturas de convivencia sin hijos.

El Código fue continuista con la tradición secular de confiar al Derecho canónico la regulación de las relaciones personales entre consortes y los institutos de la separación y la nulidad. Su texto se ocupó expresamente de reconocer las dos formas de matrimonio, civil y canónica, imponiendo el deber de contraerlo bajo esta última a todos los que profesaran la religión católica [337]; atribuir plenos efectos civiles al matrimonio canónico[338]; y someter a la competencia de los tribunales eclesiásticos el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio sujetos a la norma eclesial[339]. Ello no obstante, se reservaba a la jurisdicción civil la competencia de acordar y ejecutar las medidas provisionales durante el proceso de nulidad o divorcio, así como de llevar a efecto la ejecución de los efectos civiles de las sentencias que se pronunciaran en esas causas[340].

[337] Artículo 42.

[338] Conforme al artículo 75, "*[l]os requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como Leyes del Reino*". El artículo 76 disponía que "[el*] matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*".

[339] Artículo 80.

[340] Principalmente, el artículo 67 disponía que "*[l]os efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios*", el artículo 81 que "*[i]ncoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el artículo 68*", y el artículo 82 que "*[l]a sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro Civil y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles*".

En el sistema por el que optó el primer Código Civil, se mantuvo la restricción de permitir únicamente el otorgamiento de capitulaciones entre los cónyuges antes de la celebración del matrimonio. En las capitulaciones, los esposos podían estipular "*las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código*". A falta de pacto capitular, el matrimonio se consideraba contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales [341], empezando ésta "*precisamente"* en el día de su celebración [342]. Continuaba imperando, por lo demás, la previsión de que, "*después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros*" [343]. En definitiva, el Código apostaba por continuar en la misma línea del Derecho común anterior, acogiendo la regla de la *inmutabilidad* de la sociedad de gananciales[344].

El nuevo texto se ocupaba de regular expresamente las causas de disolución de la sociedad ganancial. Se referían a esta cuestión principalmente sus artículos 1417 y 1433.

De acuerdo con el artículo 1417:

"La sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio ó al ser declarado nulo. El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad no tendrá parte en los bienes gananciales.

Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el artículo 1433".

El artículo 1433, al que se remitía el anterior, disponía:

"El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse, cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado á una pena que lleve

[341] Todo ello lo disponía el artículo 1315.

[342] Artículo 1393.

[343] Artículo 1320.

[344] Atendiendo a la opinión de FALCÓN, Modesto: *Código Civil español*, Tomo IV, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889, pág.139, se comprueba que el recelo del Legislador a la posibilidad de modificar el régimen de gananciales constante el matrimonio se basa en los mismos argumentos que sostenía la doctrina antes de la promulgación del Código. Dice el autor que *"[p]arecerá tal vez, a quien no lo medite despacio, extremado el rigor de la ley; porque unos cónyuges que no tenían fortuna alguna cuando se casaron, o que no pudieron prever acontecimientos mil que ocurren en las familias, se verán con tal sistema imposibilitados de pactar lo que querían más conveniente a sus intereses. La observación pierde su fuerza, cuando se repara que por falta de pacto no dejarán de estar asociados los cónyuges y de tener un régimen su sociedad; puesto que la ley los asocia en este caso y les da un régimen ya formado. El rigor, además, era necesario por muchas razones; y entre otras, para que no fueran víctimas de una extremada libertad, la misma mujer y los que de buena fe contrataran con los cónyuges. Los pactos, durante la vida conyugal, en la mayoría de los casos, están inspirados en la mala fe y no se proponen más que el fraude"*.

consigo la interdicción civil, ó hubiera sido declarado ausente, ó hubiese dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separación bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable o ausente en cada uno de los tres casos expresados".

Con relación a este último precepto, el artículo 1434 precisaba que, acordada la separación de bienes, quedaba disuelta la sociedad de gananciales.

En el sistema primigenio del Código Civil, la disolución de la sociedad ganancial tenía lugar así al producirse un evento que por sí mismo fuera determinante de la extinción del vínculo matrimonial (la declaración de nulidad matrimonio o, conforme al artículo 52, la muerte de uno de los consortes). El Código Civil también permitía al cónyuge "*perjudicado*" obtener la "*separación de bienes*" ante tres posibles contingencias que afectaran a su consorte: la condena a pena de interdicción civil[345]; la declaración de ausencia; o la comisión de cualquiera de los actos que la ley contemplaba como causa de divorcio. En estos últimos casos, la "*separación de bienes*" debía ser acordada por la autoridad judicial[346].

En cuanto al divorcio, el artículo 104 dejaba claro que éste sólo producía "*la suspensión de la vida común de los casados*", de modo que no extinguía el vínculo matrimonial. El divorcio era marcadamente causal y culpable, pudiendo solicitarse únicamente por el "*cónyuge inocente*" (artículo 106) y por las siguientes "*causas legítimas*" (artículo 105):

"1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2.ª Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.

---

[345] Conforme explica MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis: "La pena de interdicción civil", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pág. 345, la interdicción "*constituye el último sustitutivo atenuado de la antigua muerte civil, que privaba de capacidad jurídica a los condenados por penas muy graves. Su origen se remontaría así a la "capitis diminutio" del Derecho romano, como pérdida de todas o alguna de las tres situaciones o estados -con relación a la libertad, la ciudadanía o la familia- que integraban la plena capacidad romana*". Este autor (*op.cit.,* págs. 347-348) nos explica cómo en el Código Penal de 1848-50, el artículo 41 disponía que *"[l]a interdicción civil priva al penado, mientras esté sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. Exceptuándose los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos*", y cómo el Código penal de 1870 sustituyó en su artículo 43 la forma verbal "*priva*" por "*privará*", e "*interpoló, entre la patria potestad y la autoridad marital*", las palabras y locución "tutela", "*curaduría*", y "*participación en el consejo de familia*" .

[346] Lo explica TULIO, Marco: *Compendio del Derecho civil de España ajustado al nuevo Código*, Felipe González Rojas Editor, Madrid, 1893, pág. 89: "*Para que pueda detectarse por la autoridad judicial, será necesario que se pida por el marido o la mujer, fundándose en una de estas tres causas: haber su cónyuge sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil, haber sido declarado ausente o haber dado causa al divorcio. Solicitado en debida forma y acompañando la sentencia firme que hubiere recaído en cada uno de los tres casos expresados, el juez decretara desde luego la separación. Acordada la separación de bienes, queda disuelta la sociedad de gananciales y se hace la liquidación*".

3.ª La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

4.ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5.ª El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

6.ª La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua".

Cabe apreciar, por tanto, como advierte ESPÍN[347], que las causas de divorcio que nuestro Código consignó fueron, aun con algunas diferencias "*dignas de notarse*", las mismas que reconoció en su momento la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.

Las causas antedichas concurrían con las reconocidas en la legislación canónica que, como ha quedado dicho, regía en los matrimonios contraídos en forma religiosa. En el momento de publicación del Código, dichas causas eran el adulterio, el maltrato, la enfermedad contagiosa y la apostasía. Solo la primera de estas causas era considerada como justificadora de un "divorcio perpetuo", pues las restantes se entendían "temporales"[348].

El Código previó también en su artículo 68 una serie de medidas relevantes a adoptar sobre los cónyuges con la mera admisión a trámite de la demanda de nulidad o divorcio. Una de ellas consistía en "*separar los cónyuges en todo caso*", otra –sobre la que ya hemos tratado anteriormente- en "*depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*" y otra en "*dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes*". La separación física de los consortes era por tanto exigida desde el comienzo mismo del proceso, con adopción de las medidas cautelares necesarias que impidieran que el marido realizara una administración fraudulenta de los bienes que quedaban bajo su poder de gestión[349].

---

[347] ESPÍN CÁNOVAS, Diego: op. cit., pág. 126. Explica el autor que "*[e]l adulterio, causa principal de separación, cuando se debe al marido, ha de ser cualificado en ambos textos, pero mientras que en 1889 sólo lo cualifica el escándalo público o el menosprecio de la mujer, en 1870, además de esas dos notas, basta para cualificarlo "el abandono completo de la mujer". He aquí la figura del abandono de familia, mucho más tarde tipificada penal y civilmente, al introducirse el delito de abandono de familia y esta causa de separación matrimonial (art. 105, causa 2.a, al final), por ley de 1958. La actual causa de separación por malos tratos o injurias graves (art. 105, causa 2.a), estaba concebida entonces sólo cuando se infería por el marido a la mujer, a diferencia de ahora en que tiene carácter recíproco*".

[348] DÍEZ DE TEJADA Y URBINA, José: *Divorcio. Discurso leído en la Universidad Central en el acto de recibir la investidura de Doctor en Jurisprudencia*, Imprenta de Don Constantino Armesto, Madrid, 1854, pág. 11.

[349] De acuerdo con el artículo 59, primer párrafo, de la primera redacción del Código Civil, "*el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384*". El artículo 1384, párrafo primero, disponía que "*[l]a mujer tendrá la administración*

Entre los principales efectos de la sentencia de divorcio, el Código detallaba en su artículo 73 "*la separación de los cónyuges*" y "*la separación de los bienes de la sociedad conyugal*"[350].

Apreciamos por tanto que, en la primera redacción del Código Civil, la sociedad de gananciales se extinguía *ipso iure* al disolverse el vínculo matrimonial. El resto de supuestos (interdicción civil, ausencia y divorcio) no afectaban a la permanencia del vínculo pero determinaban -como hace ver FALCÓN- que "*la vida en común está interrumpida, por ser imposible vivir juntos el marido y de la mujer; y por eso, no sin razón habíamos dicho en otra parte, que la sociedad de gananciales, además del matrimonio, suponía vida común entre los cónyuges. En realidad, en estos tres casos, más que disolución de la sociedad de gananciales, existe interrupción de la sociedad. Así la titula con más propiedad el Código de Portugal*"[351].

Volvemos a ver, por tanto, cómo subyace en el Código la idea de que el matrimonio es el presupuesto o premisa de la propia existencia de la sociedad de gananciales, si bien es la vida en común -que se exige a los cónyuges en la institución-[352] su verdadero fundamento. Aun con ello, la mera ruptura de la convivencia entre los consortes seguía sin ser contemplada como posible causa de divorcio, ni como causa de disolución de la sociedad de gananciales.

En ese concreto escenario, la doctrina siguió entendiendo que las separaciones convencionales o extrajudiciales no permitían modular los vínculos económicos y patrimoniales asociados al matrimonio por la ley[353].

Con todo, la mera separación de hecho entre los cónyuges no fue considerada como fenómeno absolutamente inocuo a efectos civiles en la economía matrimonial. La regulación del régimen económico del matrimonio en el primer Código Civil se vio afectada por algunas decisiones súbitas de la Comisión de Codificación. En este ámbito,

---

de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante un Notario con intención de que los administre". Asimismo, el artículo 1412 reconocía al marido la condición de administrador de la sociedad ganancial, salvo lo dispuesto en el artículo 59.

[350] El precepto precisaba que la separación de bienes implicaba la pérdida de la administración de los bienes de la mujer, si la tuviere el marido, si fuere éste quien hubiese dado causa al divorcio; y la conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendría derecho a alimentos.

[351] FALCÓN, Modesto: *Código Civil español*, Tomo IV…, cit., pág. 194.

[352] El artículo 56 establecía que los cónyuges estaban obligados a vivir juntos, el artículo 57 advertía del deber de obediencia de la esposa al marido y el artículo 58 incidía, incluso, en que la mujer estaba obligada a seguir a su marido donde quiera que fijara su residencia, exceptuándose sólo esta obligación por autorización judicial cuando el marido trasladara su residencia a ultramar o a país extranjero.

[353] Así, MANRESA Y NAVARRO, Jose María: op. cit., pág.641; o SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1958, págs. 348-349, quien de hecho fundamenta su apreciación en el artículo 1320 y el principio de inmutabilidad.

el legislador optó *in extremis* por reconocer a la esposa la posibilidad de mantener, constante matrimonio, la administración sobre ciertos bienes aportados por ella a la economía familiar. Se trataba de los bienes "parafernales"[354].

Conforme al artículo 1381 del texto, eran parafernales los bienes que la mujer aportaba al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiría después de constituida ésta, sin agregarlos a ella. La mujer conservaba tanto la propiedad de estos bienes, como su administración, salvo que autorizase ante Notario a su esposo para asumir la misma[355].

Los frutos de los bienes parafernales quedaban sujetos a un régimen singular. Estos no quedaban afectos a la responsabilidad derivada de las obligaciones personales del

---

[354] El *iter* legislativo y el carácter repentino de aquella decisión de la Comisión los describió LACRUZ BERDEJO, Jose Luis: op. cit., págs. 345-346, en estos términos tan ilustrativos: "*Este instituto* (el autor se refiere a la dote) *ya era de muy escaso empleo al tiempo de redactarse el Código civil, y el hecho de que nuestro cuerpo legal, en 1888, le dedicase tal copia de preceptos, no obedece a la usualidad, entonces, de la constitución de dote, sino a otras circunstancias de más compleja explicación. El proyecto de Código civil de 1851, verdadero "ultra" del machismo, confería al marido, irrevocable e irrenunciablemente, la administración de todos los bienes de su mujer, de tal modo que, aún no habiendo constitución expresa de dote, todos los bienes de ésta, por disposición legal, tenían la condición de dotales, no permitiendo la ley la existencia de parafernales. (…).*

El proyecto de 1888, aunque toleraba que se pactase entre los cónyuges la existencia de bienes parafernales, sin embargo, en principio, como el proyecto isabelino, atribuía al marido la administración de todos los bienes de su esposa, con lo cual conservaba también la compleja regulación de esta situación específica de los bienes uxorios, destinada a ser prácticamente la de todos los matrimonios, pues la hipótesis de unas capitulaciones antenupciales reservando la esposa la tenencia y administración de sus bienes, era poco menos que insólita.

Así estaban las cosas incluso cuando, no acabado de redactar definitivamente el Código, se comenzó a publicar en la "Gaceta" en octubre de 1888, con grandes intervalos y en fracciones de pocos artículos, para dar tiempo de acabar la última revisión que estaba haciendo a toda prisa y de tapadillo la comisión de codificación.

Publicados ya los artículos 59 y ss., que concedían al marido la administración de todos los bienes del matrimonio, incluidos los de su mujer, la Comisión se arrepintió de este último extremo, y en sesión celebrada el 10 de noviembre decidió conservar los bienes parafernales, que hasta entonces eran la norma de nuestro régimen económico matrimonial, y por tanto que la mujer siguiera gobernando sus propios bienes tal y como venía haciéndolo al amparo de las leyes de Partida. A este efecto se redactaron entonces, de nueva planta, y se introdujeron el Código, en el título destinado al régimen matrimonial, todos los artículos relativos a los bienes parafernales, cuya administración reservó a la esposa, conforme nuestra tradición jurídica, el definitivo artículo 1.384, al par que el 1.383 impedía al marido litigar sobre ellos.

Con esto, se había elaborado una segunda normativa -la de los parafernales- para unos bienes de la esposa que ya habían sido objeto de una regulación completa, a saber, la de la dote. Aquella segunda normativa deja, entonces, fuera de lugar a la primera: la disciplina de la dote, pasa a ser lo insólito, y el derecho de la esposa a regir sus propios bienes, lo normal. Pero el legislador no suprimió o redujo, en el código, toda aquella tira de treinta y tantos artículos relativos a la dote, que ahora no iba a servir sino para completar, en algunos puntos, el régimen de los bienes parafernales". Puede verse también sobre ello DE LOS MOZOS, Jose Luis: "Comentario a…, cit., pág. 253.

[355] Artículo 1384.

marido que no redundaran en beneficio de la familia[356]. Sin embargo, formaban parte del haber de la sociedad conyugal y estaban sujetos al "*levantamiento de las cargas del matrimonio*", según disponía el artículo 1385. De hecho, el artículo 1401.3º también asignaba el carácter ganancial a 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*". El administrador de la sociedad ganancial, como es sobradamente conocido, era entonces el esposo[357].

En aquella época se produjeron conflictos jurídicos entre esposas y maridos separados de hecho sobre la administración de los frutos generados por los bienes parafernales. Como ha explicado DE LOS MOZOS, "*mediando* separación convencional *entre los cónyuges y administrando la mujer los parafernales, dependerá de la prueba de existir o no cargas en el matrimonio, la efectividad de la obligación de entregar tales frutos*" [358] . Como veremos después, la propia jurisprudencia fue generalmente proclive a reconocer -en los matrimonios sin descendencia- el derecho de la mujer separada de hecho a mantener la administración de sus parafernales, sin entregar sus frutos al marido.

En definitiva, en aquel momento histórico podemos corroborar que la separación de hecho no fue reconocida legalmente como causa de disolución de la sociedad ganancial. Su conveniencia tampoco fue sugerida por la doctrina. Sin embargo, es significativo que la separación de hecho entre esposos sin descendencia adquiriera sustantividad suficiente como para que los maridos, de poder acreditarse la ruptura de la convivencia, pudieran verse privados por los tribunales de recibir de sus esposas un rendimiento que para la ley era ganancial y estaba destinado a levantar las cargas familiares: los frutos de los bienes parafernales.

Llama la atención que, en un momento tan remoto y tan poco complaciente con las situaciones de ruptura matrimonial –menos aún con las no formalizadas ante la autoridad-, la quiebra de la convivencia entre los esposos tuviera un impacto como ese. Creemos, de hecho, que el germen de la jurisprudencia que empieza a reconocer en las situaciones prolongadas de separación de hecho un evento determinante del cese de la

[356] Tal como advierte ALARCÓN PALACIO, Yadira: "Régimen económico del matrimonio español desde la Codificación hasta la reforma de 1981", *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Número 25, Barranquilla, Colombia, 2006, pág. 111, haciendo referencia al texto del primer Código Civil, "*el artículo 1.386, que consagra la no afección de los frutos de los bienes parafernales en garantía de las obligaciones personales del marido, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia, pues constituye la expresión de la voluntad del legislador no afectar en garantía tales bienes gananciales por obligaciones consideradas privativas del marido*".

[357] Disponía el artículo 1412 que el marido era el administrador de la sociedad de gananciales, "*salvo lo dispuesto en el artículo 59*". Este precepto, en lo principal, reconocía al marido la condición de administrador de la "*sociedad conyugal*", pero exceptuaba esa regla -a los efectos que aquí interesan- tanto en el caso de que los cónyuges hubieran pactado lo contrario, como en el supuesto previsto en el artículo 1384, es decir, en la administración de los bienes parafernales, que correspondía a la esposa.

[358] DE LOS MOZOS, Jose Luis: "Comentario a…, cit., pág. 276.

sociedad ganancial se encuentra precisamente en aquellas sentencias. En cualquier caso, se confirma con lo antedicho que el fundamento de la sociedad de gananciales se encuentra en la convivencia y colaboración entre esposos.

2.3.- La Ley de 2 de marzo de 1932

Con la Ley de 2 de marzo de 1932, el ordenamiento jurídico español contempla la separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales, en los términos que hemos de precisar de seguido.

Por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento, la Ley de 2 de marzo de 1932 previó un divorcio con efectos de disolución vincular[359]. La sentencia de divorcio, según proclamaba su artículo 1, disolvía el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración.

El divorcio, según el artículo 2, podía instarse de dos formas. En primer lugar, su solicitud la podían instar "*ambos cónyuges de común acuerdo*"[360], concediéndose también esta solución por vez primera en nuestro ordenamiento a los esposos que deseaban poner a fin a su matrimonio por mutuo disenso. La segunda modalidad era la prevista para su ejercicio judicial por uno solo de los cónyuges[361], que en tal caso debía hacerlo "*por alguna de las causas determinadas*" en la Ley. El elenco de causas a las que se refería el precepto eran las relacionadas en su artículo 3. Este comprendía un total de 13 supuestos, algunos de ellos integrados a su vez por varios eventos[362]. El

[359] CASTAÑO PENALVA, Máximo: *El divorcio en la Segunda República española: Antecedentes y desarrollo*, Tesis doctoral, Directora de tesis: VILAR GARCÍA, María José, Universidad de Murcia, Murcia, 2016, ofrece una interesante descripción del entorno social, político y cultural del momento, que llevan a la aprobación de la Ley.

[360] El divorcio por mutuo disenso podía peticionarse solo una vez cumplidos los dos años de matrimonio.

[361] El cónyuge inocente.

[362] La relación completa de causas era la siguiente: "*1ª) El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue; 2ª) La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges; 3ª) La tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución; 4ª) El desamparo de la familia, sin justificación; 5ª) El abandono culpable del cónyuge durante un año, 6ª) La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil; 7ª) El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves; 8ª) La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común; 9ª) La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo;10ª) La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo; 11ª) La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años; 12ª) La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años; 13ª) La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional*

análisis de la relación de la causas permite comprobar cómo los esposos separados de hecho podía intentar la obtención del divorcio a través de varios de los supuestos contemplados la Ley; así, el "*abandono culpable del cónyuge durante un año"* (causa 5ª), la "*violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común"* (causa 8ª) y, sobre todo, en las situaciones de mera ruptura de la convivencia, la *"separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años"* (causa 12ª).

Por otra parte, la Ley dedicaba su Capítulo IV[363] a la separación de bienes y personas, permitiendo solicitarla "*sin disolución del vínculo*"[364] en los tres casos previstos en su artículo 36. En realidad, la separación seguía el mismo sistema que el divorcio. Como sucedía con aquél, ésta podía ser instada de mutuo acuerdo por los dos esposos, o sólo por uno de ellos (el inocente) "*por las mismas causas que el divorcio"*. La principal diferencia es que, en sede de separación de bienes y personas, el legislador incluyó un supuesto más: "*Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos"*. En este caso, precisaba el mismo artículo 36, podía pedir la separación *"cualquiera de los cónyuges*".

Vemos, por tanto, que la Ley de 2 de marzo de 1932 permitió a los cónyuges separados de hecho obtener -de mutuo acuerdo[365] o a instancia de la parte inocente-, una sentencia de separación o de divorcio que, conforme a los artículos 23 y 36, implicaba la disolución de su sociedad conyugal. Asimismo, el cónyuge "inocente" que sufría el abandono de su consorte, o que era víctima de incumplimientos de deberes maritales, o de ciertos comportamientos que le hicieran insoportable continuar la vida en común, encontraba el abrigo del ordenamiento. La ley ofrecía, por último, el recurso a instar la separación legal, separando los bienes, a cualquiera de los cónyuges que deseaba

---

de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo".

[363] Comprendiendo sus artículos 36 a 40.

[364] La Ley precisaba que la separación, a diferencia del divorcio, solo producía como efecto la suspensión de la vida común entre los casados. Ello obstante, la sentencia que la declaraba podía ser presupuesto de una eventual sentencia de divorcio, pues el Juez debía concederla a instancia de ambos cónyuges separados una vez transcurridos dos años desde la sentencia de separación, y a petición de uno solo de ellos transcurridos los tres años desde su pronunciamiento.

[365] MORENO TEJADA, Sara: "La Ley del divorcio de 1932. Entre la culpabilidad y la causalidad", *Anuario de Historia del Derecho español*, 2021, págs. 392-393 ha destacado la preocupación de la Ley por asegurarse de la realidad de ese mutuo disenso. Dice al respecto que "*[e]l afán del legislador era garantizar que efectivamente concurría en las partes la 'auténtica y sincera voluntad' de romper el vínculo. En este sentido, una vez presentada la demanda de forma conjunta, comparecían ambos ante el juez, asistidos de abogado y procurador, hasta un número de tres ocasiones, para ratificar su decisión*".

romper la vida en común, cuando las relaciones matrimoniales hubieran sufrido una perturbación profunda como consecuencia de las diversas causas que acabamos de relacionar.

Todas esas medidas, de corte absolutamente novedoso y transgresor con las antañonas reglas de nuestro ordenamiento, implicaban un cambio profundo del sistema. Aun así, la Ley no contempló la mera separación de hecho como causa automática de disolución de la sociedad ganancial, ni de separación judicial o de divorcio. Cabe destacar sobre esto que, en el debate que precedió la aprobación del precepto[366], la Comisión rechazó una propuesta de GASSET con la redacción alternativa siguiente a la causa de divorcio 12ª:

"La separación de hecho durante tres años, residiendo en una misma población, por voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, y por el mismo plazo en poblaciones distintas, a no ser que hubiera mediado convenio entre los mismos por motivos justificados".

El rechazo de esta enmienda se fundamentó en lo siguiente:

"…si es uno sólo de los cónyuges el que consiente y el otro no, estamos dentro de un caso de abandono siempre culpable, y entonces el cónyuge inocente podrá pedir el divorcio amparado en la causa tercera o cuarta del mismo artículo que estamos discutiendo, y el cónyuge que es culpable no lo puede pedir, porque precisamente el artículo 4º del proyecto veda al cónyuge culpable el ejercicio de la acción de divorcio. Sería el colmo que después de haberse separado, después de haber abandonado al otro cónyuge, después de realizar todo esto sin el consentimiento del cónyuge inocente, se atribuya indistintamente el ejercicio de la acción de divorcio a cualquiera de ellos y el culpable pudiera instar esta acción".

Así, en el análisis del legislador republicano, el reconocimiento de efectos de la separación de hecho, como tal, exigía el requisito del consenso conyugal al cese de la convivencia. Fuera de ello, la acción no se reconocía al cónyuge culpable, aunque quedaba para éste la posibilidad de instar la separación si podía demostrar que la ruptura tenía su origen en haberse producido una perturbación profunda de la relación de convivencia, por efecto de las diferencias que podían comprenderse incluidas en el artículo 36.

En todo caso, no puede discutirse que la Ley de 2 de marzo de 1932 trata la separación de hecho, por primera vez en la historia de nuestras leyes, como un supuesto patológico en el matrimonio que permite cesar la sociedad de gananciales. El artículo 1 de la Ley de 23 de septiembre de 1939 dispuso su derogación.

[366] Lo ofrece BARROSO GONZÁLEZ, Luis: *Estudio y exégesis de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 y actualidad de la problemática en torno al principio de indisolubilidad del matrimonio*, Tesis doctoral, Director de tesis: MARTÍNEZ DE CARBAJAL, José, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 655-658, nota al pie 580.

2.4.- El Decreto de 26 de enero de 1944

El Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo reconoció a la mujer separada de hecho el derecho a poder trabajar y percibir personalmente su nómina.

A pesar de la pérdida de trascendencia jurídica que sufría la separación de hecho en el ordenamiento jurídico español tras la derogación de la Ley de 2 de marzo de 1932, el legislador recurrió a algunas soluciones de orden práctico sectorial que, de alguna manera, debieron aliviar las situaciones de las parejas casadas en gananciales que se enfrentaban a una ruptura de su convivencia[367].

El Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprobó el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, fue la principal evidencia de lo afirmado. El artículo 11, d) del citado texto disponía la capacidad limitada de la mujer para celebrar contratos de trabajo y contratar su aprendizaje, pero con un relevante matiz en los casos en que esta estuviera separada, de hecho o de derecho. Así, la Ley permitía celebrar contrato a:

"La mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, *en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración".*

En aquel mismo texto, el artículo 58 disponía la validez del pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no constaba la oposición del marido ante el Magistrado del Trabajo o el Juez municipal competentes. En caso de conflicto entre marido y mujer, la norma disponía que la autoridad, después de oír a la mujer, y en vista de las pruebas practicadas, podría decidir la autorización para que ésta pudiera *"recibir por sí el salario y para invertirlo en las necesidades del hogar*". Pero la norma incluía una excepción final muy relevante en la materia que nos ocupa, al disponer que, *"[e]n caso de* separación legal o de hecho *de los cónyuges, el marido no podrá oponerse a que la mujer perciba la remuneración de su propio trabajo".*

Tal como explica ESPUNY TOMÁS[368], la limitación de la capacidad para contratar de la mujer casada no resultaba de su género, sino de su estado civil. La ley reconocía capacidad para contratar a la mujer casada, pero con la limitación que suponía la necesidad de obtener la autorización de su esposo. En las situaciones de separación de hecho se recurre a un artificio legal para entender concedida la autorización, sin dejar de exigirla:

[367] HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: op. cit., en las págs. 64 y 298 de su trabajo destaca este hecho, concediendo carácter vanguardista en la materia al derecho laboral.

[368] ESPUNY I TOMÁS, María Jesús: "Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV). De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas", *Iuslabor*, Número 1, 2008, pág. 2.

"La mujer casada, en el supuesto del artículo 11, d) y por la remisión que a este precepto hace el artículo 163 del contrato de trabajo de las mujeres, necesitará siempre la autorización de su marido, pero en el caso de separación de hecho o de derecho, la diferencia estriba en que, por virtud de una ficción legal, dicha autorización se reputa concedida, lo cual no quiere decir que no sea necesaria".

Se ha sugerido que, con la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer, se produjo una regresión[369] al imponerse en su artículo 5, sin matices, la necesidad de autorización marital. El precepto disponía en su párrafo primero que:

"Cuando por ley se exija la autorización marital para el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente, deberá constar en forma expresa, y, si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho".

Frente a ello, la propuesta de ALONSO OLEA[370] es que, dada la finalidad de aquella reforma -que era de ampliación de derechos-, resulta razonable entender que la reserva que realiza el precepto ("*cuando por ley se exija la autorización marital")* ha de extenderse a lo ya previsto en el Decreto de 26 de enero de 1944 en beneficio de la mujer separada de hecho. Así, la mujer separada de hecho podía seguir gozando de la misma situación que le reconocía dicha disposición.

Llama la atención, en definitiva, que aun con el retorno a la regulación del Código Civil, esta normativa permitía a la mujer separada de hecho contratar un empleo y poder percibir su salario por sí sola sin poder oponerse a ello su cónyuge.

Aunque los ingresos de los esposos durante el matrimonio se integraban, según el Código Civil, en una sociedad ganancial que, además, administraba el marido, la situación de separación de hecho implicaba un cambio radical de planteamiento. El tratamiento de esos ingresos por el legislador más bien se asemeja al que la jurisprudencia anterior a esa época ya concedía a los bienes parafernales y a sus frutos durante las situaciones de separación de hecho en parejas sin descendencia. Como hemos indicado ya, la esposa podía mantener en esos casos la administración de sus bienes propios, oponerse a la entrega de sus frutos (en principio gananciales y destinados levantar las cargas familiares) a su marido y, por ende, asumir ella su gestión.

---

[369] ESPUNY I TOMÁS, María Jesús: op. cit., pág. 10.

[370] ALONSO OLEA, Manuel: "La Ley del 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer", *Revista de Administración Pública*, Número 36, 1961, pág. 346. La reflexión de ALONSO OLEA, que es incluso destacada por ESPUNY I TOMÁS, María Jesús: op. cit., pág. 11, nota al pie 20, como "*magnífica aportación doctrinal*", parece además plenamente acorde con la disposición final segunda de la Ley del 24 de julio de 1961, que establece que quedan derogadas cuantas normas "*se opongan a lo dispuesto en la presente Ley*".

Es claro, en definitiva, que el Decreto de 26 de enero de 1944 no vino a conceder a la separación de hecho la condición de causa de disolución o suspensión de la sociedad de gananciales, pero sí a introducir una relevante previsión que derogaba una de sus reglas básicas, al soslayar su aplicación. Las normas comentadas demuestran una vez más, en cualquier caso, la conciencia del legislador sobre la tensión que supone perpetuar la sociedad de gananciales allí donde la vida en común entre esposos había desaparecido.

2.5.- La Ley de 24 de abril de 1958

La Ley de 24 de abril de 1958 determinó la ampliación de los poderes de gestión de la mujer sobre la sociedad de gananciales y la introducción del "abandono del hogar" como causa de separación.

La reforma del Código civil de 1958 vino justificada por la necesidad de conceder un mejor trato normativo a la mujer, avanzando hacia el reconocimiento de su igualdad de derechos con el varón. La realidad es que ese propósito se presentaba matizado incluso en la Exposición de Motivos de la norma, que ya advertía de que, "*[s]i bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, (...) Se contempla (...) la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges*".

La reforma abordó algunas cuestiones relevantes que interesan a esta investigación.

Un primer aspecto a destacar es la novedad terminológica. La Ley dedicó su artículo 4 exclusivamente a disponer que, en el texto del Código, la expresión "*separación personal*" venía a suplir en la forma conveniente el término "*divorcio*" y sus derivados.

En cuanto a las modificaciones de calado normativo, la Ley introdujo una reforma en las reglas de administración de la sociedad de gananciales. La nueva redacción del artículo 1413 pasaba a ser la siguiente:

"El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados".

Este hito no solo implicaba una mayor posibilidad de control y poder de decisión de la esposa sobre los actos de disposición de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles del consorcio [371]. Resultaban también importantes las medidas de aseguramiento contempladas en el párrafo segundo. Estas podían instarse por la esposa ante la realización por el marido de actos de disposición perniciosos para la sociedad ganancial y se concebían a modo de cláusula general. Se abría así la puerta a la posible adopción de decisiones por el juez, quien podría incluso permitir a la esposa administrar los propios ingresos que generara con su trabajo [372], más allá de un proceso de separación.

Ya en el concreto escenario del proceso contencioso matrimonial, la Ley introdujo un novedoso artículo 67, incluyendo las medidas provisionalísimas [373]. Asimismo, se produjo una relevante reforma del artículo 68, detallándose en mayor medida las disposiciones que el juez podía adoptar ante la admisión de la demanda de nulidad o separación. Aparte de que se mantiene la medida consistente en ordenar la separación de los esposos [374], se dispone que, en cuanto al régimen económico matrimonial, "*se seguirán las siguientes reglas:*

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

---

[371] VALLÉS AMORES, María Luisa: "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de Familia", *Feminismo/s*, Volumen 8, Alicante, 2006, pág.122.

[372] Así, BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: op. cit, pág. 204 explica que *"[n]o estando especificadas en la ley propiamente el Juez no tiene traba alguna. En el texto que redactó la Ponencia y presentó a la Comisión de Justicia de las Cortes se enunciaban estas medidas que no pasaron a la ley, pero que juzgamos que se pueden adoptar por la amplia libertad que se consagra y por su fundamento racional. El Juez podrá determinar que el importe de las enajenaciones fraudulentas realizadas se asegure con fianza (...), que para las enajenaciones futuras se necesite el consentimiento de ambos cónyuges mandando la práctica de las oportunas anotaciones en los Registros o inscripción de la garantía cuando proceda, que los valores mobiliarios se depositen y no puedan ser vendidos o pignorados sin consentimiento de ambos cónyuges y aún que ciertos gananciales, como son por ejemplo los sueldos de la mujer funcionaria, sean percibidos y administrados por ésta, para lo que existe un argumento de analogía con la legislación del trabajo que permite la retención del salario por la mujer obrera en supuestos semejantes, pudiendo así mismo disponer sobre custodia e inversión de los productos de las enajenaciones que en lo sucesivo se realice*".

[373] La esposa que se propusiera demandar la separación o nulidad de su matrimonio podía pedir su separación provisional, con adopción judicial de algunas medidas personales y económicas, que quedaban sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditaba la interposición de la demanda, o si se verificaba su inadmisión.

[374] El Código suprimió su referencia al *depósito de la mujer* y dejó en manos de los órganos jurisdiccionales la adjudicación a cualquiera de los cónyuges del disfrute del domicilio conyugal.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales".

Por último, es de destacar que la reforma afectó a las causas que podían dar lugar a la separación y, con ello, a la separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno de los esposos el dominio y administración de los que les correspondiera. Acorde con la finalidad de la norma, la ley equiparó a los cónyuges como posibles actores de las conductas de violencia o adulterio que podían determinar una demanda de separación. No obstante, resulta más relevante para este estudio el hecho de que, mediante esta reforma, se contempla novedosamente como causa de separación el "*abandono del hogar*", sin exigencia adicional de que éste se perpetuara por plazo alguno, incluyéndose ésta en el artículo 105.2ª del Código Civil. Nuestro ordenamiento seguía dejando aflorar remedios que evidenciaban las tensiones y necesidades de arreglo de un sistema condicionado por la rigidez de un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales que no estaba concebido para las relaciones no cooperativas[375].

Entretanto, la regla de la inmutabilidad seguía aplicándose con firmeza por la jurisprudencia, como cuestión asociada al orden público matrimonial, aunque ya con discrepancias expuestas abiertamente por parte de alguna significativa doctrina crítica[376].

2.6.- La Ley 14/1975, de 2 de mayo

La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, supuso otro importante avance hacia la igualdad

[375] La doctrina ha hecho ver, no obstante, que, en ocasiones, quedaba fuera del alcance de la esposa recurrir a todas las medidas introducidas por la Ley cuando ésta no podía, o no quería, por motivos sociales, familiares, personales o patrimoniales, recurrir al procedimiento judicial. Lo observó SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., págs. 283-284. También CRESPO MORA, María del Carmen: "La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2004, pág. 54. En el mismo sentido, FABAR CARNERO, Alberto: *Actuación separada de los cónyuges y responsabilidad del patrimonio ganancial*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Escuela Internacional de Doctorado. Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, 2019, pág. 249.

[376] PUIG FERRIOL, LUIS: "Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la sentencia 18 de noviembre 1964)", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 240-256.

entre esposos en el ámbito del Derecho privado, si bien se trató de una reforma con restricciones, que ya la propia Exposición de Motivos venía a reconocer al referirse a "*la general finalidad perseguida de equiparar* en lo posible *a los cónyuges"*[377].

La aprobación de esta ley trajo consigo novedades de alcance en el Código Civil como: la supresión de la licencia marital; el fin del sometimiento de la mujer al marido y de la restricción de la capacidad de obrar como consecuencia del matrimonio; la equiparación de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica y el reconocimiento de la trascendencia jurídica de sus recíprocos consentimientos en los actos que requerían su anuencia; o la plena potestad de la mujer para administrar, defender en juicio y disponer de los bienes parafernales.

A pesar de ello, la sociedad de gananciales quedó desprovista de una reforma a la altura del cometido perseguido por el legislador.

La administración de la sociedad siguió arrastrando un sesgo discriminatorio, pues, a pesar de algunas correcciones que mitigaban la tradicional preeminencia de la posición del marido, ésta no se eliminó por completo. La reforma otorgaba a la esposa mayores posibilidades de asumir la administración de la sociedad de gananciales, ya fuera por pacto, por disposición de la ley[378] o por decisión judicial[379]. Sin embargo, la regla de confiar la administración al marido, de forma general y en ausencia de acuerdo, permaneció[380].

No obstante, atendiendo a la trascendencia y a la razón inspiradora de la reforma operada en el del Código Civil por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, SANZ FERNÁNDEZ[381] planteó abiertamente la conveniencia de interpretar también conforme a sus principios rectores las normas no modificadas por ella, en especial los preceptos de la sociedad de gananciales[382]. Este es el punto de partida de la reflexión de SANZ

[377] Es habitual, de hecho, la crítica de la reforma por su insuficiencia, en la medida en que realmente no introdujo una verdadera *igualdad* entre hombre y mujer, o entre esposa y marido. En este sentido puede leerse GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: op. cit., pág. 835, o SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 280.

[378] Eran los supuestos previstos en los artículos 225 (cónyuge del declarado pródigo) y 1441, párrafo primero (o sea, el reconocimiento de la administración de los gananciales a la esposa del tutelado, del ausente, o del prófugo).

[379] Se trataba de las situaciones previstas en los artículos 68 (medidas a adoptar con la admisión de la demanda de nulidad o separación) y 1441, último párrafo ("*si el marido hubiere abandonado a la familia o hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella*").

[380] Artículos 59 y 1412.

[381] SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., págs. 277 y siguientes.

[382] La reflexión se realiza sobre unas normas que -según advierte SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 277, nota al pie 4-, con salvedad del artículo 1413 –modificado por la Ley de 24 de abril de 1958-, conservaban en el Código su redacción original. El apunte del autor es del todo correcto, si bien debe precisarse que la misma reforma afectó también a la redacción del artículo 1433, en cuanto sustituyó la

FERNÁNDEZ. La relevancia que atribuimos a su discurso, creemos que justifica reproducirlo en la extensión que merece:

"El fundamento de no haber sido modificados los preceptos antes citados, se encuentra, sin duda, en las palabras "en lo posible" que acompañan a la idea o principio esencial de igualdad de ambos cónyuges. A su vez estas palabras "en lo posible" aludían principalmente a la sociedad de gananciales, en la cual encontró del legislador una dificultad casi insuperable para conseguir dicho fin. (...) pues siempre se ha considerado muy difícil o imposible de conseguir la coordinación de estos regímenes con el de igualdad, (...). La necesidad de establecer un sistema de administración y régimen de la sociedad, unida a la tradición de conferir esta función al marido, hacía muy difícil conseguir el fin perseguido. (...).

Mas una vez que se acometía la reforma, gran reforma, del Código Civil, dando un gran paso de avance al que ya se habían anticipado la mayoría de las legislaciones extranjeras y sentido como necesario en la conciencia social y jurídica española, las perspectivas que se presentaban al legislador eran:

1º. Eliminar el obstáculo sustituyendo el régimen de gananciales como régimen legal supletorio por el de separación de bienes (...) es evidente que desde un punto de vista teórico es este sistema el que más de adapta a la igualdad de derechos entre ambos cónyuges (...).

2º. Mantener el régimen de comunidad, pero dándole un giro y alcance distinto al tradicional: tal ha sido el camino de la legislación alemana en el que se ha sustituido la comunidad de bienes propiamente dicha por un sistema de comunidad o compensación de ganancias (...).

3º. No afrontar el problema y mantener la situación en la misma forma (...) sin perjuicio de dar una mayor intervención a la mujer (...): este fue el camino seguido por la Ley de 24 de abril de 1958 (...).

4º. Un camino intermedio, que es el que ha seguido la Ley de 2 de mayo de 1975, consistente en eliminar totalmente la licencia marital para los bienes parafernales, soslayando el problema de su verdadero fundamento, y manteniendo íntegro el régimen de gananciales y, por tanto, la preferencia del marido para ser administrador de ellos con pequeños retoques de la posición de la mujer (...) cuando le correspondiera la administración de ellos encaminados a igualar la posición de la mujer administradora con la del marido administrador".

De ahí resuelve el autor[383]:

---

expresión original "*hubiera dado causa al divorcio*" por la nueva "*hubiera dado causa a la separación legal*".

[383] SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 281.

"Es indudable que el principio de equiparación de sexos no puede limitarse a los preceptos que han sido reformados, sino que ha venido a inspirar todas las relaciones entre cónyuges, y, por consiguiente, todo el Derecho Civil. De ello debe de llevarse una consecuencia inmediata e indeclinable.

Los preceptos reguladores de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y muy especialmente los relativos al régimen de la sociedad conyugal, han recibido un nuevo espíritu vivificador, una orientación nueva muy distinta de la de 1889, debiendo ser interpretados, aplicados y desenvueltos en la forma más adecuada para cumplir dicho fin y, por tanto, de acuerdo con la mayor amplitud de facultades, derechos y capacidad de la mujer.

Esta nueva orientación de la regulación de la sociedad de gananciales se puede considerar desde el punto de vista de la realidad familiar española actual y desde el punto de vista de la propia legislación en el estado en que quedado después de la reforma".

El autor incide en la realidad de la sociedad española, en la que ya en ese momento eran frecuentes las familias en las que ambos cónyuges realizaban trabajos o desarrollaban oficios o profesiones retribuidos fuera del hogar. Así, considera "*verdaderamente extraño*" que la reforma no introdujera al menos alguna previsión como la existente en Francia que, desde la Ley de 13 de julio de 1907, consideraba "*bienes reservados*" para la mujer los ingresos procedentes de su rendimiento profesional, sobre los cuales podía ejercer las facultades de administración y disposición[384].

Por otra parte, las causas de disolución de la sociedad ganancial quedaron al margen de la reforma. En concreto, la separación de hecho siguió sin contemplarse como evento susceptible de producir efectos en el normal funcionamiento de la sociedad ganancial, más allá, lógicamente, de la posibilidad de que los esposos en aquella tesitura pudieran ahora pactar su disolución, o de que el cónyuge *abandonado* pudiera solicitar judicialmente su administración[385], o incluso, como hemos apuntado al comentar la

[384] SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., págs. 282-283, y ALARCÓN PALACIO, Yadira: "El régimen matrimonial de comunidad legal en el Derecho francés", *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte,* Número 20, Barranquilla, Colombia, 2003, pág. 3.

[385] Como ya señalamos en la introducción de esta obra, con ocasión de la que sería la Ley 14/1975, de 2 de mayo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Capacidad de… cit., pág. 865, ya invitó a reflexionar sobre que "*[t]al vez una de las líneas de la reforma pudiera ser la flexibilización de las causas de disolución de la sociedad. La comunidad de la ganancia tiene sentido ligada con la comunidad de vida. Se ha dicho con razón que el "durante el matrimonio" del artículo 1.395 no es mientras subsiste jurídicamente el vínculo, sino mientras existe vida común o, mejor, trabajo común" (*parece que el autor se refiere aquí al artículo 1392 entonces vigente, según el cual "*[m]ediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*"). La citada reforma, como decimos, no abordó la cuestión.

reforma de 1958, la propia separación personal, determinante a su vez de la separación de bienes.

Precisamente, SANZ FERNÁNDEZ [386] se refiere también a esas situaciones de separación de hecho como supuestos que, a la luz de los criterios inspiradores de la reforma introducida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, debían tratarse con un criterio más acorde a la realidad actual:

"*…la nueva Ley ha resuelto muchos de sus problemas al suprimir la licencia marital y al permitir las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio. Pero no en todos los matrimonios la mujer tiene bienes privativos ni siempre es posible proceder al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. (…) En tales casos, la mujer –y tal vez la mujer con los hijos- viven del trabajo de ella y es absurdo que no pueda administrar y disponer del dinero que adquirió por él. (…).*

Lo mismo puede decirse del caso de abandono de la familia por el marido (…). Podría argumentarse entonces que puede pedir la mujer la transferencia de la administración de los bienes de la sociedad conyugal conforme al artículo 1441; más para ello es preciso seguir un procedimiento judicial que no siempre está al alcance de la mujer –debe pensarse en las familias modestas, no en las acomodadas porque no solo para éstas se ha hecho la Ley el Código Civil- ni siempre se podrá diferir la actuación en el tiempo necesario para obtener una resolución judicial.

Desde un punto de vista de técnica jurídica sería absurdo, casi se podría decir disparatado, que dentro de un mismo Código Civil apareciera un conjunto de preceptos de espíritu avanzado e igualitario para marido y mujer, que serían los reformados, y otro inspirado por una mentalidad retrógrada y estancados en el siglo XIX, como si nada hubiera pasado en casi un siglo y como si no se hubiera publicado la reforma de 1975 que, quiérase o no, ha de dominar todo el Código Civil y todo el Derecho civil español. Una interpretación contraria, ceñida a la letra de los preceptos no modificados (…) equivaldría a dejar la reforma prácticamente sin efecto, esto es, a un verdadero fraude de Ley".

Como veremos después, reflexiones similares a las de este autor se vieron en la posterior jurisprudencia, facilitadas sin duda por la modificación trascendente en la materia que nos ocupa de los artículos 1315 y 1320 del Código Civil. En su estrenada redacción, dada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, el artículo 1315 permitió a los que se unieran en matrimonio otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativas a los bienes presentes y futuros; y, el artículo 1320, modificar su régimen económico a los cónyuges mayores de edad en todo momento, actuando de común acuerdo y sobrevenidamente a la celebración del matrimonio.

[386] SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 283-284.

De este modo y por primera vez, nuestro Derecho común asumía la posibilidad de que los esposos pudieran modificar a su mero arbitrio el régimen económico de su matrimonio en cualquier momento que entendieran oportuno. El dogma de la *inmutabilidad* había sucumbido y, con él, el principal obstáculo para permitir posturas más permeables a la neutralización de la sociedad ganancial en situaciones de palmaria ruptura de la convivencia entre los cónyuges.

2.7.- La Ley 11/1981, de 13 de mayo

La siguiente gran reforma en la materia que nos ocupa tuvo lugar tras la promulgación de la vigente Constitución española, aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978 y ratificada en referéndum el 6 de diciembre posterior. La Constitución daba paso a una nueva etapa histórica y normativa, en la que el ordenamiento jurídico pasaba a fundamentarse en otros valores, los ciudadanos disfrutaban de una carta de Derechos fundamentales y los poderes del Estado aceptaban una renovación de lo que hasta el momento se había aceptado como orden público[387].

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, abordó la que ha sido hasta la fecha la gran reforma del Código civil en materia de régimen económico matrimonial. Desde entonces, los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales apenas han sido objeto de alguna modificación, casi siempre de escaso alcance en cuanto a su sustancia.

La nueva ley mantuvo reglas básicas de libertad, como la posibilidad de elección del régimen matrimonial mediante el otorgamiento de capitulaciones o su modificación constante el matrimonio. El sistema de gananciales seguía siendo el asignado a los consortes que no pactaran otra cosa.

La sociedad de gananciales fue objeto de reformas de alcance que, como el principio de cogestión, eran consecuencia del desarrollo de un nuevo orden en el que la igualdad entre cónyuges constituía ya una imposición exigida al legislador.

En lo que se refiere a las causas de disolución de la sociedad ganancial, éstas quedaron recogidas en sus artículos 1392 y 1393. En lo básico, las introducidas en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, son las aún previstas en el vigente Código Civil.

La Ley distinguía entre dos tipos de causas que determinaban la disolución de la sociedad de ganancias. Las primeras, reguladas en el artículo 1392, se producían por ministerio de la Ley y operaban *ipso iure*. Así, la sociedad de gananciales concluía "*de pleno derecho*" con la disolución o declaración de nulidad del matrimonio, con la separación judicial de los cónyuges o cuando estos convinieran un régimen económico

[387] Puede leerse sobre la nueva concepción de orden público en ámbito del matrimonio ABARCA, Paloma: "Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs.733-745.

distinto. Junto a ellas, se previó otro conjunto de causas que requerían necesaria y previa declaración judicial para producirla. Estas fueron las reguladas en el artículo 1393.

El artículo 1393 disponía la conclusión de la sociedad "*por decisión judicial" y "a petición de uno de los cónyuges",* en alguno de los casos siguientes:

"1.° Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2.° Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

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

4.° Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas".

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estaría a lo previsto en el artículo 1373 del Código.

Cabe comprobar, por tanto, que la regulación introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, contemplaba la disolución del matrimonio, su nulidad, y la separación judicial, como eventos determinantes de la disolución de la sociedad de gananciales. La separación de hecho recibe un tratamiento diferente. Ésta se reconoce como causa de disolución de la sociedad de gananciales, pero en unos términos condicionales y matizados, pues la ley exige que uno de los cónyuges peticione formalmente su extinción ante el Juez y que además demuestre llevar separado de hecho *"más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar".* Según el artículo 1394, al que la ley que comentamos también da nueva redacción, los efectos de esta causa de disolución se producirán "*desde la fecha en que se acuerde*".

Los debates parlamentarios de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dejan constancia de una enmienda del Grupo Socialista que propuso incorporar un segundo párrafo al artículo 1397 del Código Civil. Este precepto regulaba los bienes que debían incluirse en el activo ganancial al momento de la disolución. La propuesta planteaba cerrar el artículo con la salvedad de que ninguno de los cónyuges pudiera pretender del otro que incluyera en el activo de la sociedad los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal desde la cesación de la vida en común. La enmienda no tuvo acogida y, desde su introducción por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, los artículos 1392, 1393, 1394 y 1397 se han mantenido –en lo sustancial- hasta nuestros días.

La doctrina ha destacado la relevancia que presenta la discusión y rechazo de la enmienda que acabamos de mencionar en la tramitación del precepto. Algunos autores han deducido de ello, más que un rechazo categórico a lo que habría supuesto acoger la enmienda, una mera decisión de dejar sin regular en la sociedad de gananciales todas las posibles consecuencias de la separación de hecho[388]. A nuestro juicio, el planteamiento que proponen es acertado, según se desprende de la discusión parlamentaria que procedemos a exponer.

El Proyecto de Ley del Gobierno dedicaba el artículo 1397 a detallar las partidas que debían considerarse incluidas en el activo de la sociedad de gananciales para su liquidación. En Comisión, se había pactado incluir en el precepto un párrafo que precisaba esta importante matización: "*Sin perjuicio de los derechos de terceros, ninguno de los cónyuges podrá pretender del otro que incluya en el activo de la sociedad, a los efectos del número 1 del párrafo anterior, los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal desde la cesación de la vida en común libremente consentida*".

En el pleno del Congreso de los Diputados se procedió a la votación del texto y, de manera inesperada, los diputados del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático lo hicieron en contra. Sorprendido por el resultado de la votación, el diputado Sr. VERDE ALDEA, del grupo parlamentario Socialistas de Cataluña, intervino desde la tribuna:

"Señor Presidente, señoras y señores Diputados, subo a esta tribuna en trámite de explicación de voto. No tendría que hacerlo mi grupo, sino el Grupo de UCD, ya que tendría que explicarnos respecto de esta enmienda aceptada por ellos en Comisión - incluso modificada en su última parte, es decir, añadiendo la frase «libremente consentida», por qué ha cambiado el voto (...).

Yo no tengo que explicar el voto favorable puesto que era una enmienda nuestra. Sin embargo, leeré el texto para que SS. SS., y especialmente quienes han votado en contra, sepan qué es lo que han votado en contra. (...) Con la supresión de este párrafo (...) ustedes mantienen que, en el caso de una separación, y hasta tanto no se haya producido la separación definitiva, la mujer, en este caso -y éste era uno de los casos que se quería prever-, que se dedique a su trabajo y que ha sido abandonada, por ejemplo, por su marido -hecho al que tan sensible es alguno de los ponentes de Unión de Centro Democrático-, los bienes que la mujer adquiera durante este período

[388] En esta línea, PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Volumen I, Lexnova, Valladolid, 2009, pág. 396, explica que "*la enmienda se rechazó en el pleno y quedaron sin regularse jurídicamente las consecuencias de la separación de hecho en la sociedad de gananciales*"; o CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: "Comentario al artículo 1392" y "Comentario al artículo 1393", en *Código Civil Comentado*, Volumen III, VVAA, Dir. CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, Civitas, Navarra, 2011, págs. 1110 y 1111, propone que, con el rechazo de la enmienda, "*las consecuencias de la separación de hecho en la sociedad de gananciales quedaron desprovistas de regulación*".

pasarán a formar parte de la sociedad de gananciales y se beneficiará el marido que la ha abandonado. Este es, simplemente, el sentido de la enmienda y ésta es la explicación de nuestro voto favorable. Yo quisiera oír también la explicación de voto en contra de quienes lo han realizado".

El sentido del voto del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático lo explicó el diputado Sr. ESCARTÍN IPIENS:

"... existen también otros casos en los cuales la situación puede ser exactamente la inversa y por supuesto, la mayoritariamente inversa. Es decir, aquel caso en que se haya producido el abandono por el cónyuge de los dos que normalmente y sociológicamente tiene las rentas del trabajo, que es el marido, y entonces, desde que se haya producido ese abandono unilateral, la mujer no podría tampoco ser perceptora o titular de la renta que su marido abandonante había tenido. Pero, además, quiero decir que el tema de las rentas de trabajo, al excluirlo del activo de la sociedad de gananciales y no excluir otros conceptos, desde la fecha de separación de hecho, es manifiestamente discriminatorio.

Imaginémonos que uno de los cónyuges, cualquiera de los dos -me es completamente indiferente que sea el marido o la mujer- sea el titular de rentas de trabajo y que el otro sea titular de rentas patrimoniales. Sería verdaderamente absurdo que, con arreglo al párrafo último del artículo 1.397, se produjese la incongruencia de que el titular de las rentas patrimoniales tuviera que llevar tales rentas patrimoniales al activo de la sociedad para compartirlas con el otro cónyuge, mientras que el otro cónyuge titular de las rentas de trabajo no las llevase.

Por consiguiente, hemos de seguir un criterio de estricta correspondencia en ambos casos y precisar desde qué fecha se produce la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero, una vez precisada la fecha, hemos de ser congruentes con cualquier clase de rentas, con cualquier clase de ganancias, y no discriminar una ganancia respecto de otra.

Nosotros admitimos en Comisión la enmienda de Socialistas de Cataluña porque nos pareció, aparentemente, que era una enmienda progresiva y que era una enmienda interesante; así lo vimos, y tratamos de deliberarlo con ese espacio pequeño que queda en los debates parlamentarios cuando, a veces, se improvisa; pero hemos reflexionado y de la reflexión ha salido la decisión. Creo que no hay nada malo en decir que rectificar es de personas prudentes cuando se estima que se ha incurrido en un error".

Como vemos, ambos grupos parlamentarios –Socialistas de Cataluña y Unión de Centro Democrático- apoyaron sus respectivas posturas -aunque desde distintas perspectivas- en el sedicente ánimo de proteger a la mujer casada en gananciales ante las situaciones de ruptura de la convivencia. En realidad, los grupos también demostraron estar de acuerdo en que, durante la separación de hecho, tenía pleno sentido tratar como privativos los ingresos que pudieran obtener ambos cónyuges con su trabajo. Lo que provocó el rechazo de la enmienda fue el razonamiento de que había que

"ser congruentes con cualquier (…) clase de ganancias, y no discriminar una ganancia respecto de otra", en el bien entendido de que se consideró absurdo que el titular de las rentas patrimoniales tuviera que llevarlas al activo de la sociedad para compartirlas con el otro cónyuge, mientras que el cónyuge titular de las rentas de trabajo pudiera quedárselas como privativas.

En definitiva, aunque pueda parecer contradictorio, el principal motivo por el que la ley no declaró expresamente privativas las rentas del trabajo obtenidas por cada uno de los cónyuges durante la separación de hecho fue el no haberse dispuesto la misma medida con relación al resto de rentas percibidas por el matrimonio durante ese mismo período de ruptura. Creemos que esta es una observación importante para comprender el sentido que debe darse a los preceptos que regulan la sociedad de gananciales durante la separación de hecho.

En todo caso, se percibe una vez más en este debate el general reconocimiento de que la ganancialidad no tiene sentido una vez se acaban colaboración y convivencia en el matrimonio.

2.8.- La Ley 30/1981, de 7 de julio

Apenas había entrado en vigor la norma, tuvo lugar la publicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

En buena medida, ambas leyes formaban parte de una misma tarea legislativa, cuyo objeto era abordar la reforma del Derecho de familia en la entonces emergente España constitucional. Precisamente en la materia que ocupa nuestro estudio, la relación entre ambas normas era estrecha y directa pues, entre otros aspectos, la sociedad de gananciales se disolvía por la separación judicial y el divorcio, cuyas causas introducía la nueva reforma. El ordenamiento contemplaba una sola clase matrimonio, regulado por la norma civil, aunque ése podía contraerse en distintas formas[389].

Comenzando por la separación judicial, ésta, sin afectar al vínculo matrimonial, producía la suspensión de la vida común de los casados, y cesaba la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Entre las novedades más relevantes del sistema se encuentra la posibilidad de instar la separación consensual, consentida o convenida[390]. Esta fórmula de separación podía

[389] El artículo 60 disponía: "*El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente*". Los artículos 81 y 85 precisaban que la regulación de la separación y el divorcio introducida en el Código se aplicaba a todo matrimonio, independientemente de la forma en que se hubiera celebrado.

[390] Artículo 81.1º. Según apuntan LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 178, la reforma "*en relación a la propia concepción de la separación de los cónyuges, admite como supuesto aceptable*

solicitarse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Para ello, aparte de haberse superado el plazo exigido[391], solo se imponía a quien presentara la demanda la carga de acompañar un convenio regulador.

Asimismo, la acción podía ejercitarla uno solo de los cónyuges contra el otro, si el demandado estaba incurso en una de las causas legales de separación[392], que el Código recogía del siguiente modo[393]:

"1.ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.ª La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7.ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos, previstos en los números 3.°. 4.° y 5.° del artículo 86".

---

para el ordenamiento la acordada consensualmente por los esposos, distinguiendo ésta como un género específico frente a la separación de carácter causal".

[391] Con este requisito temporal se pretende "*proteger legalmente la estabilidad potencial*" del matrimonio. LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 180.

[392] Artículo 81.2º.

[393] Artículo 82.

Atendiendo al indicado conjunto de causas, puede compartirse que la separación dejó de ser exclusivamente causal, sancionadora y protectora del cónyuge inocente, pues también se vino a admitir la separación por causas o circunstancias no imputables ni sancionables y, como se ha dicho ya, adquiere relevancia equivalente la separación convenida o consentida[394].

El divorcio, que disolvía el vínculo independientemente de la forma de celebración del matrimonio, se acordaba por sentencia judicial y podía solicitarse por las siguientes causas[395]:

"*1.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.*

2.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia,

3.ª 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 legal 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.

4.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes".

Al establecer estas causas, la ley se apartaba casi completamente del sistema del *divorcio-sanción* y optaba por establecer un sistema que se ha descrito como *divorcio-*

[394] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 179.

[395] Artículo 86. Nótese cómo la Ley no incluyó la posibilidad de obtener directamente una sentencia de divorcio instada de mutuo acuerdo. En este sentido, RASTROLLO, Alejandro: *Actualización de "Sinopsis del artículo 32 de la CE", de ARANDA ALVAREZ, ELVIRO (2003) y SIEIRA, SARA (2011)*. Febrero de 2017. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

remedio. Salvo en la causa quinta, lo relevante para poder disolver el vínculo no era ya acreditar que el cónyuge demandado había incurrido en una conducta habilitante de la acción de divorcio para el demandante. El nuevo sistema "*se fundamenta en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla, y* (…) *sienta como hecho determinante del divorcio o presupuesto del mismo la situación de separación que haya perdurado durante un tiempo razonable (el cese de la convivencia conyugal)*"[396].

En conclusión, el cese efectivo de la convivencia conyugal es claro protagonista en la reforma. Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, la separación de hecho pasó a constituir en nuestro ordenamiento la "*base y camino de separación judicial y divorcio*"[397].

2.9.- La Ley 13/2005, de 1 de julio, y la Ley 15/2005, de 8 de julio

Las siguientes modificaciones con relevancia en el estudio que nos ocupa fueron las producidas por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Las anteriores normas no alteraron los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales[398]. No obstante, sí introdujeron modificaciones relevantes en la materia, al permitir -la primera- el matrimonio entre personas del mismo sexo[399] y al apostar -la segunda- por una honda reforma sobre las causas de su disolución.

La referencia a la Ley 13/2005, de 1 de julio, resulta obligada porque, en nuestro Derecho histórico, se justificó la preferencia por la sociedad de gananciales como régimen económico del matrimonio, al entenderse que constituía un sistema de protección patrimonial a favor de la mujer, dada su condición de sujeto sometido por la ley al poder del marido. Aunque nuestras leyes, lenta y progresivamente, habían tratado de avanzar en el camino hacia la igualdad entre esposos –hasta entonces, entre hombre y mujer-, la sociedad ganancial había conseguido persistir como régimen supletorio tras las reformas de 1981, ante el sentir de que la mujer, a pesar de ser reconocida ya sin matices como sujeto de Derecho igual al marido, no lo era todavía económicamente en

[396] GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: op. cit., pág. 847.

[397] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 179; o, como señala LORENZO CRUZ, Alicia: "La separación matrimonial de hecho", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 3, 1984-1985, pág. 515, la separación de hecho pasa a contemplarse como la "*protagonista del divorcio*".

[398] Sí afecta a la redacción de algunos de los artículos (1344, 1348, 1351, 1361, 1404), en cuanto cambia la denominación habitual de referencia a marido y mujer por la de cónyuges, pero sin alterar el sentido de las normas.

[399] El artículo 1 de la Ley añade un segundo párrafo al artículo 44 del Código civil, con la siguiente redacción: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*".

aquella sociedad. La nueva regulación viene a quebrar también definitivamente esta premisa, al permitir el matrimonio homosexual.

Por otra parte, en lo que aquí interesa, Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó profundamente el sistema causal de separación y divorcio de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Para obtener la separación legal, la Ley siguió distinguiendo dos posibles escenarios que son la solicitud consensuada y la contenciosa. La solicitud consensuada podía presentarse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Para este supuesto, sólo exigía que hubieran transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, manteniendo la carga de presentar una propuesta de convenio regulador[400]. El cambio más relevante se producía sin duda en el ámbito de la separación contenciosa. Cualquier cónyuge podía solicitar ahora la separación una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio[401], acompañando a la demanda una propuesta de las medidas reguladoras de los efectos de la separación. No se exige más. La ley prescinde de pedir al demandante que acredite la existencia de una causa legalmente preestablecida que legitime su solicitud. Se ampara, sin más, la voluntad de la persona y se protege su decisión unilateral de cesar la convivencia con su cónyuge.

Lo mismo ocurre con el divorcio. Éste puede solicitarse –incluso sin haber mediado previa separación- por uno solo de los cónyuges, por ambos, o por uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los mismos requisitos y circunstancias exigidos para instar la separación legal. Es decir, la solicitud del divorcio es absolutamente discrecional para el cónyuge demandante que, de manera libre y unilateral, ejercita su derecho a no seguir casado, incluso si lo hace contra la voluntad, o hasta con la oposición, del demandado. La causa determinante del divorcio no es más que la voluntad de divorciarse expresada por el cónyuge demandante en su solicitud[402].

---

[400] Artículo 81.1º. Acerca del plazo de tres meses, explica SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: "La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Anales de Derecho*, Número 23, 2005, pág. 136, que este "*requisito temporal, puede entenderse como un periodo de reflexión sobre la posibilidad de salvar su matrimonio (reconciliándose) o bien sobre las repercusiones que su decisión pueda comportar puesto que afecta a terceros- vg. sus hijos*-". Contra esta apreciación, una doctrina que parece mayoritaria considera carente de sentido la exigencia del mismo, a la vista de la filosofía de la reforma y de lo exiguo del plazo de espera, que ni siquiera se justifica de este modo como período de reflexión. Puede leerse sobre ello en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Divorcio a…, cit. págs. 277-278, o en MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil*, Tesis doctoral, Director de tesis: OROZCO PARDO, Guillermo, Granada, 2008, pág. 219-228.

[401] Artículo 81.2º. La Ley precisa incluso que no será preciso el transcurso del plazo de tres meses para la interposición de la demanda "*cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio*".

[402] La Exposición de Motivos de la Ley es claramente ilustrativa de su nueva concepción de la realidad del matrimonio, así como del grado de reconocimiento que atribuye a la mera decisión de cualquiera de los cónyuges de desvincularse de la relación:

De este modo, la nueva Ley implica un entendimiento diferente del vínculo que surge con la celebración del matrimonio. Con la introducción del divorcio en la ley de 1981, algún autor apreció que el matrimonio había dejado de ser en nuestro sistema una unión *indisoluble*, para pasar a ser una unión simplemente *estable*[403]. Tras la reforma de 2005, cabría incluso cuestionar si la condición de *estable* conforme define este adjetivo el Diccionario de la Lengua de la Real Academia[404], todavía califica el vínculo matrimonial desde una concepción puramente jurídica. El propósito que consigue la nueva regulación al reconocer a cada contrayente el poder omnímodo de disolver el matrimonio prácticamente sin período de espera, y de forma libre, unilateral e inmotivada, lleva implícito que la *estabilidad* del vínculo matrimonial se limite sencillamente a la que quiera darle cada uno de los esposos[405].

"... el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. *Así, el ejercicio de su* derecho a no continuar casado *no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues* la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, *ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación. (...) la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo,* se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. *Así pues,* basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, *salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación".*

Según SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 136, que "*si el matrimonio es válido, si ha sido libremente consentido por las partes, y no se puede obligar a nadie a contraer matrimonio contra su voluntad, a nadie se le podrá obligar a permanecer en dicho estado (casado) contra su propia voluntad, entonces, cuando cesa el consentimiento- de ambos cónyuges o de uno de ellos, esencia del negocio jurídico matrimonial- , podrá disolverse el matrimonio, garantizándose así, según la reforma legal, la libertad personal y consiguientemente el libre desarrollo de la personalidad*".

[403] LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros: op. cit., págs. 177 y ss.

[404] Las actuales acepciones del adjetivo son: 1. Que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer; 2. Que permanece en un lugar durante mucho tiempo; 3. Que mantiene o recupera el equilibrio.

[405] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Divorcio a…, cit., pág. 280-281, apunta en este sentido que "*en la Ley-2005 no sólo hay una ley del divorcio. Más radicalmente, de fondo y raíz, hay una ley de reforma del matrimonio: del matrimonio como acto vinculante se ha vuelto al matrimonio como acto permanente. (...) En esencia, puede decirse que la vigente Ley-2005 va en esa dirección; que si no fortalece el matrimonio por no restringir su disolubilidad en vida de los cónyuges, sí que la reconduce a sus parámetros más naturales. El matrimonio por naturaleza es estable, tendente a la estabilidad, mas no por ello necesaria e imperativamente eterno, perpetuo, irrompible. El divorcio no es, pues, una institución* contra naturam*. Todo lo contrario*".

Consentir el matrimonio implica, desde la reforma de 2005, reconocer al otro consorte la facultad libérrima de disolverlo. Es la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la que nos aclara que basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio. El demandado no puede oponerse a la petición "*por motivos materiales*". El preámbulo solo sugiere que el Juez puede rechazar la petición "*por motivos personales*", pero ni explica a qué se refiere con ello, ni el articulado de la ley contiene norma alguna que dé contenido sustantivo al último entrecomillado[406]. Tampoco parece sencillo deducir esos motivos en Derecho[407]. Quizás sólo se trata de una mención involuntaria en la redacción de la Exposición de Motivos de la Ley, aunque podría tratarse también de una referencia mal expresada a la posible desestimación de la demanda de divorcio o separación por "*motivos procesales*"[408].

Lo único que el legislador considera relevante para conceder el divorcio en el sistema actual es, en definitiva, la voluntad de cualquiera de los cónyuges de no permanecer en la relación[409]. Es lógico que este novedoso modo de concebir el vínculo matrimonial

[406] TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: "El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?", *Aranzadi Civil*, Número 1, 2006, págs. 305-306 ha manifestado abiertamente su "*estupefacción absoluta*" ante el aserto. Como afirma GARCÍA PRESAS, Inmaculada: "El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código civil", *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general (Delhi, 9-12 de noviembre, 2010), Vibha Maurya y Mariela Insúa*, Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, pág. 257, "*la función del juez ante la decisión de los cónyuges de separarse es limitarse a comprobar que se cumplen los requisitos legales: existencia de matrimonio, transcurso de al menos tres meses desde su celebración, y voluntad expresa de los contrayentes de separarse*".

[407] MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: op. cit., pág. 193-199, analiza algunas resoluciones judiciales y concluye razonadamente que la referencia a los "*motivos personales*" de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no pueden amparar, por ejemplo, las oposiciones al divorcio basadas en las convicciones religiosas de uno de los contrayentes o en la forma en que se celebró el matrimonio.

[408] Así lo considera CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: "Divorcio a*...,* cit., pág. 263, nota al pie número 13, al advertir que la expresión "*procesal*" era la utilizada en el Anteproyecto.

[409] Lo explica CARRIÓN OLMOS, Salvador: "op. cit. pag. 3032, nota al pie 42, señalando que "*[t]ratar de concretar de algún modo que haya que entender por* affectio maritalis *no resulta sencillo. Es evidente que se trata, como se ha dicho, de un elemento subjetivo o intencional que debe informar la vida matrimonial, y de tal importancia (también desde luego para el legislador) que hizo desaparecer por completo el sistema causal vigente con anterioridad en materia de separación y divorcio contenciosos. Lógicamente, la* affectio *como tal carece de traducción jurídica. Ninguna referencia a la misma cabe encontrar en el articulado del Código. Sin duda alguna, se refiere a ella la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de modificación del CC en materia de separación y divorcio ("tanto la continuación de esa convivencia, como su vigencia, depende de la voluntad constante de ambos"), aunque lógicamente sin llamarla por su nombre. En conclusión, la* affectio *es el elemento informador, pero, jurídicamente, lo relevante es la voluntad de no permanecer en la relación. El legislador digamos "no puede descender más": ha de quedarse en esa "voluntad" contraria a la permanencia de la convivencia, por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos".* Puede verse también sobre ello, del mismo autor: "Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, Jose Ramón, Navarra, 2006, págs. 163-187.

haya generado corrientes de opinión crítica tanto de reproche[410] como de loa[411] hacia la norma.

Alguna doctrina, tras la promulgación de la Ley 15/2005, incluso señaló que la nueva regulación de la separación y el divorcio no justificaba la previsión de un procedimiento especial de los previstos en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su conocimiento, pues ni siquiera se justificaba la existencia de un proceso jurisdiccional para su declaración. Un mero expediente de jurisdicción voluntaria o una comparecencia ante un fedatario público podría ser suficiente, a juicio de algunas autoras, para satisfacer las pretensiones de divorcio y separación[412]. Parecía adelantarse así la que sería -poco después, como veremos de inmediato- una nueva tendencia legislativa para el tratamiento de los casos de crisis matrimonial.

La Ley 15/2005 revoluciona el sistema matrimonial español. Por el enorme calado de la reforma, quizás se dio por hecho que el resto de normas imbricadas en ese mismo sistema se adaptarían al nuevo paradigma, incluyendo las no modificadas en su redacción. Esto explicaría que el artículo 1393.3º quedara inalterado, a pesar de que el legislador permitía ahora, sin necesidad de acreditar la ruptura previa de la convivencia entre los cónyuges, nada menos que una separación o divorcio libres, lo cual implicaba a su vez el automático cese de la sociedad de gananciales entre los esposos. Seguir exigiendo en ese nuevo escenario una separación de hecho superior al año de duración, de mutuo acuerdo o por abandono del hogar, para obtener tan sólo la disolución de la sociedad de gananciales no parece responder a una decisión legislativa bien razonada,

[410] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes: "La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Número 19, 2006, págs. 23-24, considera que "*[l]a nueva Ley 2005, ha prescindido de la enumeración de un número determinado de causas, pero también ha prescindido de la consideración de una cláusula única que incluyera todos los supuestos antes previstos, además de la quiebra irreparable de la convivencia conyugal, instaurando un sistema de separación-divorcio libre, que lejos de proteger a la familia basada en el matrimonio, no protege a nadie, ni siquiera a los propios cónyuges que libremente deciden separarse, no digamos al cónyuge que no quiere separarse o que quiere reconciliarse y topa con la voluntad contraria de su cónyuge. Tampoco salen bien parados los hijos ni las hijas con este sistema de separación, ya que no se tiene en cuenta cuáles sean sus intereses. En la actualidad ni siquiera hay que constatar la quiebra del matrimonio, la ruptura de la convivencia*".

[411] En este sentido, por ejemplo, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: "Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Número 655, Pamplona, 2005, págs. 10-12, quien refiriéndose al Anteproyecto exponía que "*[p]referimos, sencillamente, hablar de progenitores divorciados a los que el proyecto matrimonial, serio y consciente, se les torció en el camino, como a tantas otras personas se le cruza la muerte en carretera cuando salieron en viaje turístico o de negocio, o para visitar a la familia ... y no las declaramos no nacidas, sino sencillamente fallecidas o muertas. Por tanto, a mi juicio, la decisión del proyecto de ley de abandonar cualquier sistema causalista en relación con la separación o el divorcio, sólo merece plácemes, pues verdaderamente el régimen causal de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981\1700), ha demostrado ya sobradamente, en el casi cuarto de siglo en el que se ha encontrado en vigor, demasiadas vías de agua*".

[412] *Vid* sobre ello TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: "Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente regulación", *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Tomo XI, Imprenta mallorquina, Palma de Mallorca, 2010, págs. 297-306; o CALAZA LÓPEZ, Sonia: "La dudosa constitucionalidad de algunos aspectos procesales en la actual regulación de los procesos matrimoniales", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 10, Madrid, 2004, pág. 34.

sino más bien un descuido, o puede que incluso una dejación deliberada, al darse por sobrentendido que la norma debía interpretarse de conformidad con lo que exigía la nueva regulación[413].

2.10.- La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introdujo la posibilidad de que la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad o *con la capacidad modificada judicialmente* se resolviera fuera del ámbito judicial, dotando de competencia para concederlos al *secretario judicial* y al notario[414].

En lo que se refiere a la *separación legal*[415], la reforma dio nueva redacción al párrafo primero del artículo 81 del Código civil. Se impuso la necesidad de una *separación judicial* cuando existieran hijos menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependieran de sus progenitores, cualquiera que hubiera sido la forma de celebración del matrimonio. El tenor del artículo 82 se modificaba también, permitiendo a los cónyuges su separación de mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de un convenio regulador *ante el secretario judicial* o en *escritura pública ante notario*.

La reforma del artículo 83 sancionaba las nuevas *formas* de *separación legal*. Se resolvía ahora que la sentencia, el decreto o la escritura pública que la acordara, producían la suspensión de la vida común de los casados e impedían seguir vinculando los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Asimismo, el precepto incluía el siguiente párrafo, precisando el momento de producción de efectos de la separación:

"Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al

[413] Nos ocuparemos de ello más adelante.

[414] La norma implicaba introducir cambios tanto en la Ley del Registro Civil, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Notariado, que también recogía.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, modificó la referencia a los hijos "*con la capacidad modificada judicialmente*", cambiándola por la de "*hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores*". Asimismo, se suplió la referencia al "*secretario judicial*", adaptándola a la de "*letrado de la administración de Justicia*", de acuerdo con la nomenclatura empleada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[415] La Disposición Adicional Primera de la Ley, apartado 2, advierte de que las "*referencias que figuren en normas de fecha anterior a esta Ley a separación o divorcio judicial se entenderán hechas a separación o divorcio legal. En el mismo sentido las referencias existentes a "separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente" deberán entenderse a la separación notarial*".

Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe".

En esta misma línea, la Ley modificaba los preceptos reguladores del divorcio.

Conforme a la nueva redacción, el artículo 87 permitía a los cónyuges obtener el divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el *secretario judicial* o en escritura pública ante notario. En cuanto al momento en que el divorcio desplegaba sus efectos, el artículo 89 pasaba a disponer -en términos miméticos a los incorporados al artículo 83 para la separación- que "*se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87".* Se hacía también la salvedad de que el divorcio no perjudicaría los derechos de los terceros de buena fe, *"sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil*".

Por último, la Ley modificó algunas normas del Código Civil reguladoras de la sociedad de gananciales que no resultan especialmente trascendentes en nuestro estudio[416], y dio su actual redacción al artículo 1392.3º que, desde entonces, se refiere a la separación *legal* de los cónyuges como causa de disolución de pleno derecho del consorcio conyugal.

Con la Ley 15/2015, el ordenamiento español asume el postulado doctrinal, al que ya habíamos hecho referencia, que, habida cuenta de la reforma operada por la Ley 15/2005, sugería desjudicializar el divorcio y la separación para matrimonios sin hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidad.

III.- LA INTERACCIÓN ENTRE LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA SOCIEDAD GANANCIAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO

El periplo que acabamos de recorrer nos lleva hasta lo que, a fecha de hoy, constituye nuestra normativa vigente. Dedicaremos unas líneas descriptivas generales del sistema del Derecho común, para abordar posteriormente las normas más relevantes en nuestro estudio del Derecho autonómico y, por último, recorreremos diferentes propuestas de Derecho comparado. Concluiremos el capítulo con una referencia a las que consideramos las principales aportaciones de *lege ferenda* que se han realizado en el ámbito que investigamos.

[416] En los artículos 1377 y 1389 simplemente se suprime la obtención de "*previa información sumaria*" por el Juez para autorizar actos de administración o disposición por parte de uno de los cónyuges que se consideren "*de interés para la familia*", y el artículo 1442 pasa a hacer una remisión a la legislación concursal para la regulación del cónyuge declarado en concurso.

1.- NORMATIVA ACTUAL EN DERECHO COMÚN

1.1.- La separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales

El artículo 1393.3º del Código Civil determina que la sociedad ganancial "*concluirá por decisión judicial*", a petición de uno de los cónyuges, en el caso de "*llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar*". El artículo 1.394 completa la norma, indicando que los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán "*desde la fecha en que se acuerde"*.

La letra de la norma es clara en cuanto establece que la sociedad de gananciales sólo se extingue como consecuencia de la separación de hecho cuando se declare así por una resolución judicial. Sin embargo, sigue generando discusión la duda de qué sucede durante ese ínterin en el que los esposos ya no conviven ni colaboran, pero no disponen aún de resolución judicial que haya extinguido formalmente su sociedad. En ese contexto normativo, una opinión extendida en nuestra doctrina y jurisprudencia sostiene que es contraria a la buena fe la pretensión de participar en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge después de producirse la ruptura de la convivencia, aun sin existir resolución judicial que determine el fin de la sociedad de gananciales. Abordaremos ampliamente esta cuestión, que dejamos ya apuntada.

Tampoco hay consenso doctrinal acerca de que el juez, al estimar la pretensión de disolver la sociedad de ganancias como consecuencia de la separación de hecho, pueda disponer retrotraer los efectos de la extinción al momento en que se inició la ruptura de la convivencia. Nos ocuparemos de ello más adelante.

1.2.- Las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho

El Código civil dedica varios de sus preceptos a concretar qué cargas y obligaciones son de cuenta de la sociedad conyugal y cómo responden sus bienes frente a los acreedores (artículos 1362 a 1374). Nuestro Código sigue la clásica distinción entre pasivo provisional (*erga omnes*) y pasivo definitivo (*inter partes*) de la sociedad de gananciales, diferenciando entre las deudas cuyos acreedores pueden hacer efectivas agrediendo el patrimonio común, y las que, *a fortiori*, serán imputables a esa masa. El resultado de esta diferenciación es la aparición de derechos de reembolso a favor del patrimonio que haya respondido frente a un acreedor por una deuda que no le correspondía asumir[417].

[417] SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 27 y 28.

Son de cargo de la sociedad de gananciales todos los gastos que se originan por alguna de las causas previstas en el artículo 1362[418]. También son de cargo de la sociedad ganancial las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos, en todo o en parte (artículo 1363), y las obligaciones extracontractuales de un cónyuge si surgen como consecuencia de su actuación en beneficio de la misma o en el ámbito de la administración de los bienes[419] (artículo 1366).

Frente a terceros, entre otros conceptos, los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (artículo 1367), así como de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda, o en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de los propios bienes (artículo 1365).

En ese específico contexto, el artículo 1368 introduce la siguiente regla:

"*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*".

A modo de introducción, apuntaremos que algunos autores han entendido que este precepto demuestra que la separación de hecho genera consecuencias especiales en el funcionamiento de la sociedad ganancial, dado que el artículo 1365 del CC ya determina, en situaciones normales de convivencia, qué gastos y responsabilidades son de cuenta de la misma, entre los que se comprenden los que cita el artículo 1368[420]. Otros autores han considerado, por el contrario, que la norma es casi innecesaria por redundante, aunque puede valorarse como clarificadora de que las responsabilidades de

[418] Este artículo se refiere en concreto a los gastos realizados para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, o de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar; a los gastos de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; a los generados por la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges; y a los que se realicen por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

[419] Salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

[420] En este sentido, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "La sociedad de gananciales (1)", "La sociedad de gananciales (5)" y "La disolución de la comunidad de gananciales", *Tratado de Derecho de la Familia*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde, Volumen III, Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 733-734.

la sociedad ganancial no se ven afectadas por la separación de hecho entre los cónyuges[421]. Analizaremos más adelante las cuestiones que plantea este precepto.

1.3.- La administración de la sociedad ganancial durante la separación de hecho

Como explicó GIMÉNEZ DUART[422], una de las grandes innovaciones de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la de sustituir el poder del marido como administrador de la sociedad ganancial por un poder compartido por ambos cónyuges en pie de igualdad absoluta. Para ello, el legislador optó por establecer un sistema de cogestión mancomunada de manera que los cónyuges, salvo excepciones, deben proceder de consuno. La regla se materializó en el artículo 1375:

"En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes".

Según sugiere el autor, el principio de cogestión presenta así dos tipos de excepciones, las convencionales –derivadas de los acuerdos que pudieran convenir los cónyuges en los capítulos matrimoniales- y las legales –que son las que el propio Código plantea en situaciones especiales-.

---

[421] El planteamiento de la reflexión doctrinal lo ha explicado SAIZ GARCÍA, Concepción: op. cit., págs. 67-68: "*En los casos de separación de hecho la sociedad de gananciales sigue vigente y, en consecuencia, siguen siendo de aplicación las normas que la regulan, salvo que se hubiera interpuesto y admitido a trámite la demanda de separación o divorcio, pues en estos casos, los efectos ex lege y los que produjeran las medidas provisionales modifican el régimen del matrimonio y, con él, también algunos aspectos de su régimen económico y aquí sí, se produce la modificación de la facultad de vincular un cónyuge el patrimonio privativo del otro al cumplimiento de las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica. En consecuencia, parece que, en principio, mientras esto no haya ocurrido, los efectos de la separación de hecho en nada modifican el régimen económico del matrimonio.*

Si a ello añadimos la inseguridad que en el tráfico jurídico podría provocar una modificación del régimen económico derivada de una situación de hecho puramente familiar y, por ende, irrecognoscible por terceros, es evidente que la solución a la que conduce el artículo 1368 CC no puede ser contraria a estos argumentos.

A partir de esta interpretación conforme a los intereses más dignos de protección, se ha afirmado que la responsabilidad ganancial por las deudas contraídas para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos establecida en el artículo 1368 es redundante, porque el 1365.1 CC ya las contempla como deudas de la sociedad y la vinculación directa frente a terceros ya deriva del mismo por incluirse dentro del concepto de potestad doméstica y porque, además, el artículo 1365 no excluye la posibilidad de que el matrimonio se encuentre separado de hecho. Sin embargo, abundando en sus argumentaciones, la doctrina afirma la utilidad del precepto para el tráfico jurídico, toda vez que favorece la posición del cónyuge frente a terceros con quien contrata, reforzando su confianza en la garantía patrimonial que supone el patrimonio ganancial".

Puede verse en ese mismo sentido MONFORT FERRERO, María Jesús: *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 117 y siguientes.

[422] GIMÉNEZ DUART, Tomás: "La gestión de la comunidad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 35, Número 3, 1982, págs. 571-590.

Una de las reglas excepcionales de origen legal al principio de cogestión es precisamente la que presenta el artículo 1388 del Código civil que, complementada con la del artículo 1389, se refiere a la gestión de la sociedad ganancial en situaciones de abandono de familia o separación de hecho. En estos casos, los tribunales "*podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges*"[423]. El cónyuge que quede designado como administrador tendrá plenas facultades para llevar a efecto su cargo, salvo que el juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones. Los actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, requerirán no obstante autorización judicial.

También se preocupa por la administración de los bienes gananciales entre esposos separados de hecho el artículo 1394 que hemos citado antes. Este último precepto dispone que, *"de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose, licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*".

Asimismo, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, el artículo 103.4º contempla, entre las medidas a adoptar por el juez una vez admitida la demanda, la de "*señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo*".

La sola existencia de estos preceptos, junto a del artículo 1368 del Código, sugieren para alguna doctrina y jurisprudencia que la sociedad de gananciales continúa a pesar de la separación de hecho. Trataremos sobre ello también en un momento más avanzado del trabajo.

2.- NORMATIVA ACTUAL EN LOS DERECHOS AUTONÓMICOS

Para ofrecer un contexto más amplio de la regulación de la cuestión que nos ocupa en todo el territorio nacional, es necesario hacer referencia a las normativas de Derecho autonómico en lo que resulta más relevante.

2.1.- Navarra

En Navarra, la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, prevé en su ley 95 las causas de disolución de la sociedad conyugal de conquistas. Entre ellas consta la

[423] Procede traer cita, sobre ese procedimiento, del artículo 90.1.d) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

resolución judicial que la decrete, a petición de uno de los cónyuges, si ambos llevaran separados de hecho más de un año.

Si hubiera pleito sobre la causa de disolución, la Ley prevé, en términos equiparables a los del Código civil al regular la disolución de la sociedad de gananciales, que el juez dispondrá la práctica de inventario y adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal de la sociedad de conquistas. Todo acto que exceda de la administración ordinaria requiere autorización judicial.

2.2.- Aragón

El artículo 245 del Código del Derecho Foral de Aragón recoge las causas de disolución del consorcio conyugal por decisión judicial. La autoridad judicial puede conceder la disolución del consorcio a petición de uno de los cónyuges, en el caso de que el matrimonio lleve separado de hecho más de un año.

El artículo 246 prevé que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la formación de inventario. A falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. El Derecho de Aragón también exige autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria, salvo acuerdo de los cónyuges en contrario.

Precisamente en los casos que requieren decisión judicial, el artículo 247 de la norma aragonesa precisa que la disolución se produce desde la fecha que en aquella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde. Asimismo, la Ley concreta que, en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, quedando a salvo los derechos de terceros.

Los tribunales aragoneses[424] han explicado que "*el juez podrá retrotraer los efectos de la disolución, en los casos de separación, nulidad o divorcio, al momento de admisión a trámite de la demanda. Cabe incluso, en supuestos de separación de hecho previa, tomar ésta como determinante de dicha disolución*". De este modo, cuando se

[424] En este caso, se trae la cita literal de la SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2021. No obstante, existen otras resoluciones de interés sobre el particular, como la STSJ de Aragón de 2 de julio de 2021, que constata la relevancia de la separación de hecho, incluso impuesta unilateralmente –dice esta sentencia que "*no cabe invocar la oposición del recurrente al cese de la convivencia, ya que en nuestro sistema jurídico civil regulador del matrimonio la cohabitación no se puede imponer, y el divorcio como modo de disolución del matrimonio no exige mutuo acuerdo - arts. 85 y 86, en relación con el 81.3 del Código civil*" y que, en consecuencia, "*no era necesario (…) que el marido consintiera la salida de su cónyuge del domicilio familiar. Además, era perfectamente razonable que la mujer, tras haber interpuesto demanda de divorcio y haber sido ésta admitida a trámite, no permaneciese en una convivencia no deseada y pasase a residir en otra vivienda, a la vez que abría una cuenta bancaria para llevar a cabo la ordenación de sus ingresos y gastos*"-, como momento al que procede retrotraer los efectos de la disolución del consorcio conyugal derivados de la sentencia de divorcio.

verifique la separación de hecho entre cónyuges, ya sea en causa de separación, nulidad o divorcio, o en pleito sobre disolución del consorcio por otro motivo, el Juez queda facultado por la Ley para retrotraer la fecha de sus efectos a la de ruptura de la convivencia. Esta relevante previsión, como tendremos ocasión de exponer en este trabajo, creemos que puede entenderse comprendida en el artículo 1394 del Código Civil para el régimen de gananciales.

Como sucede en el Derecho común, en el Derecho aragonés, una vez se produce la disolución del consorcio, los esposos quedan sujetos al régimen de separación de bienes[425]. Ello no obstante, la normativa aragonesa repara en que, a pesar de que se produzca ese cambio de régimen económico matrimonial, los cónyuges dejan una comunidad sin liquidar y, por ello, dedica una serie de reglas a ordenar especialmente "*la comunidad que continúa tras la disolución*", en las que se determina la continuidad del carácter comunitario de algunos ingresos y gastos[426].

2.3.- Cataluña

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia dedica su artículo 232-30 al régimen de comunidad de bienes. Mediante el mismo, las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges y los bienes a los que confieran este carácter de manera voluntaria devienen comunes.

En torno a la extinción de dicho régimen, el artículo 232-36 la autoriza por resolución judicial, a petición de uno de los cónyuges, si se produce una separación de hecho por un período superior a seis meses.

Su administración compete a ambos cónyuges de manera conjunta. Ello no obstante, advierte la Ley en su artículo 232-33 que, en caso de imposibilidad de gestión conjunta, la autoridad judicial puede conferir la administración y disposición de bienes comunes a uno solo de los esposos.

---

[425] Artículo 248.1. Obviamente, nos referimos a aquellos casos en los que la disolución no sucede por una causa que, a su vez, determina el fin del propio matrimonio. En este supuesto, como es sabido, no continuará entre los ya ex esposos ningún régimen económico matrimonial -sin perjuicio de las medidas patrimoniales que puedan disponerse entre ellos en una eventual sentencia contenciosa o en un convenio regulador-.

[426] Artículos 250 a 257. Así, durante ese período, ingresarán en el patrimonio común: los frutos y rendimientos de los bienes comunes; los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes; y los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan. Por otra parte, serán entendidas como deudas comunes, las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común. De las deudas comunes contraídas tras la disolución responde también el esposo que las contrajo, quien, en defecto de bienes comunes, podrá obligar al otro a contribuir al pago en proporción a sus cuotas. En cuanto a la responsabilidad de los bienes comunes, hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges. Los acreedores privativos de los cónyuges no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en su liquidación.

2.4.- País Vasco

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, regula en sus artículos 129 y siguientes el régimen de comunicación foral de bienes. En virtud de la comunicación foral se hacen comunes por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen.

De acuerdo con el artículo 131, la comunicación foral cesará por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges en el caso de separación de hecho durante más de un año, aunque fuese de mutuo acuerdo.

Como resulta de la SAP de Bizkaia de 13 de noviembre de 2024, los tribunales del País Vasco entienden que cabe anticipar entre los cónyuges los efectos de la disolución del régimen de comunicación foral de bienes al momento en que se produce su separación de hecho[427].

2.5.- Comunidad Valenciana

En Valencia, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, estuvo vigente desde el 25 de abril de 2008 hasta su derogación por la sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril.

La Ley reconocía la libertad de pacto entre esposos, de modo que éstos podían convenir el régimen económico que fuera de su preferencia en carta de nupcias (artículo 4). En su defecto, se aplicaba el régimen de separación de bienes (artículo 4).

En sus artículos 38 a 43, la Ley regulaba la figura de la *germanía*, que quedaba definida en el primero de dichos preceptos como "*una comunidad conjunta o en mano común de bienes*".

Como ha distinguido MAS BADÍA, la *germanía* admitía dos modalidades: podía, en teoría, constituir un régimen económico matrimonial, propiamente dicho, o bien suponer una mera situación de mancomunidad a la que podían quedar sujetos determinados bienes en el marco de una separación de bienes[428].

[427] En el asunto que resuelve la sentencia que citamos, se tomó como fecha de anticipación de efectos la de presentación de la demanda, porque pudo acreditarse que el inicio de la separación física entre los cónyuges, que fue anterior a ese momento, no derivó de una auténtica separación de hecho. La falta de prueba sobre el momento exacto del inicio de la separación de hecho definitiva llevó al tribunal a tomar como fecha de efectos de la disolución la de la presentación de la demanda, al quedar contrastado que. en dicho momento, la ruptura de la pareja había superado el año de duración.

[428] MÁS BADÍA, María Dolores: "No se acaba todo con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número Extra 8, 2, Junio de 2018, págs. 48-59.

El artículo 42 regulaba la extinción y disolución de la germanía. En cuanto interesa destacar aquí, su apartado 1 establecía que *"[l]a germanía se extingue por acuerdo mutuo de los cónyuges y, en todo caso, cuando se disuelva el matrimonio, se separen los cónyuges o si el matrimonio se declara nulo, sin perjuicio de que estos convengan que la comunidad subsista, ya sea por cuotas o en mano común, entre los antiguos esposos o el supérstite y los herederos del otro".*

Ciertamente, la letra del artículo 42.1 se refería a la separación de los cónyuges como causa de extinción de la germanía, sin exigir expresamente la concurrencia de una separación legal[429]. MÁS BADÍA argumentó que, a la vista del tenor del precepto, la separación de hecho constituía causa de disolución automática o *ipso iure* de la germanía. Si se atribuye al precepto el significado que le atribuye la autora, la Ley Valenciana habría sido, en ese sentido, absolutamente vanguardista.

2.6.- Conclusión

Como hemos podido comprobar, las normas autonómicas vienen a reproducir en sus respectivos ordenamientos la misma regla del artículo 1393.3º del Código Civil. Las Comunidades Autónomas de Navarra, Aragón y País Vasco exigen incluso el mismo período de separación personal previo a la concesión de disolución de la sociedad; Cataluña, en su caso, lo reduce a seis meses.

En todos los territorios, la extinción del consorcio por esta causa exige resolución judicial. Ninguno de los ordenamientos vigentes de España reconoce expresamente la separación de hecho como causa de disolución automática de la sociedad económica matrimonial. Queda planteada doctrinalmente la posibilidad de una disolución automática del régimen de comunidad por una mera separación de hecho en la normativa –ya derogada- de la Comunidad Valenciana.

En materia de administración, tampoco existen normas que desarrollen en mayor medida de lo que hace el Código Civil las medidas que pueden adoptarse en caso de separación de hecho entre esposos.

Sí es interesante el posible carácter retroactivo de la resolución judicial que acuerde disolver el consorcio en el Derecho aragonés por apreciar la separación de hecho entre esposos. En su formulación, dicha ley es pionera en España, en cuanto admite de forma expresa que, en supuestos de separación de hecho previa, la resolución que acuerde la disolución de la sociedad conyugal pueda disponer sus efectos desde la fecha de la ruptura.

[429] MÁS BADÍA, María Dolores: "La germanía", El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana, VVAA, Coord. MÁS BADÍA, María Dolores, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 355-357.

3.- DERECHO COMPARADO

Un minucioso estudio publicado en 1972 por la *Revista de Derecho Notarial*[430] acusaba la práctica ausencia de disposiciones en el Derecho comparado que trataran la problemática de la separación de hecho en el funcionamiento y continuidad de las sociedades matrimoniales de bienes. Cincuenta años más tarde, creemos poder afirmar que la situación es muy distinta. Son muchos los ordenamientos que se han preocupado de regular esta cuestión a lo largo de las últimas décadas, seguramente como consecuencia de la creciente relevancia del fenómeno de la separación de hecho en la sociedad civil y de los cambios de concepción sobre el modelo de familiar que se han producido a nivel global.

Nuestro estudio se ha centrado, en primer lugar, en varios ordenamientos europeos, principalmente de Estados que, a fecha de la investigación, forman parte de la Unión Europea. Este criterio se ha basado en la evidente vinculación geográfica, jurídica, social y cultural que une todos a dichos países, en especial a los que pertenecen a la organización. Hemos prestado atención en mayor medida a los ordenamientos que, como el español, establecen un régimen económico de comunidad para aquellos matrimonios que no han pactado capitulaciones. Entre ellos, hemos optado por incorporar solo aquellos que realizan alguna propuesta o disponen de alguna previsión relevante sobre la materia que nos interesa, esto es, la solución de la incidencia de la separación de hecho en la vigencia del régimen matrimonial.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos creído conveniente extender nuestro examen a otros ordenamientos europeos que, disponiendo regímenes de participación o, incluso, sin disponer de ninguno, contienen previsiones legales que permiten ponderar la existencia de una separación de hecho en el escenario de una liquidación del régimen económico o de un divorcio.

En el continente americano, hemos seleccionado para su estudio, por una parte, algunos ordenamientos de América del Norte. De los nueve Estados Unidos de Norteamérica que mantienen el régimen de comunidad como supletorio, hemos centrado nuestra atención en cuatro de ellos (Arizona, California, Luisiana y Washington) que, a nuestro juicio, contienen previsiones interesantes en la materia que estudiamos. En Canadá, siguiendo el mismo criterio, hemos incorporado a nuestro análisis los ordenamientos de las provincias de Ontario y Quebec. Tras ello, hemos centrado la atención en los países del área geográfica de Sudamérica, seleccionando los que, en nuestra opinión, ofrecen las aportaciones más interesantes.

El estudio comparado concluye con el examen de los ordenamientos más relevantes de Oceanía, que son el australiano y el neozelandés.

---

[430] MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: "Efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho en el derecho comparado. Precedentes para el estudio del valor y eficacia de las resoluciones de divorcio en el derecho internacional privado", *Revista de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre, 1972, págs. 191 y siguientes.

Ofrecemos a continuación las notas más relevantes de los ordenamientos que hemos seleccionado. Tras su examen, realizaremos una reflexión desde una perspectiva de conjunto.

3.1.- Europa

3.1.1.- Alemania

En Alemania, las parejas que contraen matrimonio sin capitular quedan sujetas a un régimen de participación en las ganancias[431].

En lo que nos interesa, el parágrafo 1384 dispone que, si el matrimonio se disuelve por divorcio, la fecha de presentación de la demanda determina el momento final del cálculo las ganancias acumuladas.

Por otra parte, el parágrafo 1385 permite a cualquiera de los cónyuges exigir la *compensación anticipada* de las ganancias acumuladas por una serie de causas, entre las que se encuentran ciertos incumplimientos graves de las obligaciones económicas por parte del otro cónyuge, o la separación de hecho del matrimonio durante al menos tres años. Según el artículo 1386 del BGB, en los casos del artículo 1385, cada cónyuge podrá exigir la *suspensión prematura* de la comunidad de ganancias acumuladas. Conforme al artículo 1387 del BGB, la fecha en que se presenten las peticiones correspondientes determinará el momento procedente para realizar el cómputo.

3.1.2.- Bélgica

En Bélgica, el régimen legal supletorio es el de comunidad de adquisiciones[432]. Así lo determina el *Code Civil*, que dedica su Libro 2, Título 3, a las relaciones patrimoniales de los matrimonios, en su artículo 2.3.12[433].

Dentro del régimen legal se distinguen tres patrimonios, que son los propios de cada cónyuge y el patrimonio común[434]. La relación entre éstos es similar a la del Derecho español común[435].

---

[431] Así resulta del parágrafo 1363 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Los preceptos que se citan en este apartado corresponden en su totalidad a ese mismo cuerpo legal.

[432] LÓPEZ NAVARRO, Jorge: *Bélgica*. 15 de febrero de 2005. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/belgica.htm (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), pág. 55.

[433] "*Artículo 2.3.12.* (*"Régime légal de droit commun"): "A défaut de conventions particulières, les règles relatives au régime légal, établies au chapitre 3 du présent sous-titre, forment le droit commun. Si les époux n'ont pas choisi de régime matrimonial avant le mariage, le régime légal prend effet, nonobstant toute convention contraire, à la célébration du mariage*".

[434] *Artículo 2.3.16. ("Trois patrimoines"):"Le régime légal est fondé sur l'existence de trois patrimoines: le patrimoine propre de chacun des deux époux et le patrimoine commun aux deux époux, tels qu'ils sont définis dans le présent chapitre".*

En el patrimonio común se incorporan bienes de distinta procedencia. El artículo 2.3.22 los relaciona, pudiendo destacarse entre ellos las rentas procedentes de la actividad profesional de cada uno de los cónyuges[436].

Cada uno de los esposos (artículo 2.3.30) puede realizar actos de administración del patrimonio común[437], aunque existen actos que precisan el consentimiento de ambos[438].

---

[435] LÓPEZ NAVARRO, Jorge: op. cit., loc.cit.

[436] La relación completa de bienes comunes que facilita el Code en su artículo 2.3.22, bajo la rúbrica "*Biens communs*", es la siguiente:

"§ 1er. Sont communs: 1° les revenus de l'activité professionnelle de chacun des époux, tous revenus ou indemnités en tenant lieu ou les complétant, ainsi que les revenus provenant de l'exercice de mandats publics ou privés; l'indemnité de préavis et autres prestations auxquelles a droit un époux en raison de la rupture de son contrat de travail, pour la part de celle-ci correspondant au délai de préavis qui court pendant le régime; 2° les fruits, revenus, intérêts de leurs biens propres; 3° les biens donnés ou légués aux deux époux conjointement ou à l'un d'eux avec stipulation que ces biens seront communs; 4° l'indemnité payée à un époux en réparation d'un dommage, dans la mesure où cette indemnité vise à réparer son incapacité ménagère ou économique durant le régime; 5° la valeur patrimoniale des parts ou actions de société visées à l'article 2.3.19, § 1er, 5° ; 6° la valeur patrimoniale des biens professionnels qui ont été acquis par un des époux avec des fonds communs, si le droit à ces biens professionnels est propre en vertu de l'article 2.3.19, § 1er, 6° ; 7° la valeur économique de la clientèle qui a été constituée ou acquise pendant le régime par un des époux dans le cadre de l'exercice de sa profession ou de l'exploitation de son entreprise, si le droit à cette clientèle est propre en vertu de l'article 2.3.19, § 1er, 7°.

§ 2. Est également commune la prestation d'assurance liée à un contrat individuel d'assurance sur la vie qui a été conclu par un des époux pendant le régime, lorsqu'elle est due à un des époux pendant le régime. Si la prestation est versée sous forme de capital, la totalité de son montant est commune. Si la prestation est payée sous la forme d'une rente, sont communs les montants de la rente payés pendant le régime ainsi que la réserve qui correspond aux rentes encore dues après la dissolution du régime.

§ 3. Sont enfin également communs, tous les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres à l'un des époux en application d'une disposition de la loi".

[437] Artículo 2.3.30. ("*Gestion concurrente"): "Le patrimoine commun est géré par l'un ou l'autre époux qui peut exercer seul les pouvoirs de gestion, à charge pour chacun de respecter les actes de gestion accomplis par son conjoint".*

[438] Por una parte, el artículo 2.3.32 ("*Gestion conjointe")* dispone: "*Sans préjudice des dispositions de l'article 2.3.31, le consentement des deux époux est requis pour: 1° acquérir, aliéner ou grever de droits réels les biens susceptibles d'hypothèque; 2° acquérir, céder ou donner en gage des fonds de commerce ou exploitations de toute nature; 3° conclure, renouveler ou résilier des baux de plus de neuf ans, consentir des baux commerciaux et des baux à ferme; 4° céder ou donner en gage des créances hypothécaires; 5° percevoir le prix de l'aliénation d'immeubles ou le remboursement de créances hypothécaires, donner mainlevée des inscriptions; 6° accepter ou refuser un legs ou une donation lorsqu'il est stipulé que les biens légués ou donnés seront communs; 7° contracter un emprunt; 8° contracter un crédit à la consommation, sauf si ce crédit est nécessaire aux besoins du ménage ou à l'éducation des enfants*".

El artículo 2.3.33 ("*Donation")* realiza otra salvedad sobre posibles disposiciones gratuitas: "*Un époux ne peut sans le consentement de l'autre disposer entre vifs à titre gratuit de biens faisant partie du patrimoine commun*".

En cuanto a las causas de disolución de la comunidad de adquisiciones, el artículo 2.3.41 prevé los supuestos de muerte de uno de los cónyuges; divorcio y separación judicial; separación judicial de bienes; y adopción de otro régimen matrimonial.

En el ordenamiento belga, por tanto, la separación de hecho tampoco es causa de disolución de la comunidad legal. Ello no obstante, cuando ésta tiene lugar antes de producirse la disolución formal del consorcio, el legislador sí la considera relevante y le atribuye efectos. El artículo que lo recoge es el 1278.4 del *Code Judiciere*, cuerpo de normas que regula los procedimientos civiles. El párrafo segundo de este precepto dispone que, en las causas de divorcio, para los cónyuges y en cuanto a sus bienes, se produce un efecto retroactivo hasta el día en que se ejercitó la acción. Cuando concurre el ejercicio de varias acciones, la retroacción alcanza hasta el día de presentación de la primera demanda[439].

Más allá de eso, el párrafo cuarto del mismo artículo establece que el tribunal de familia podrá, a petición de uno de los cónyuges, si lo considera equitativo por *circunstancias excepcionales* propias del caso, decidir en la sentencia que conceda el divorcio que no se tendrá en cuenta en la liquidación de la comunidad la existencia de ciertos bienes adquiridos o deudas contraídas tras la separación de hecho[440].

Sobre ello, la doctrina belga[441] ha explicado que el efecto retroactivo de la sentencia de divorcio entre cónyuges, en lo que respecta a sus bienes, desde el día en que se ha interpuesto la primera demanda refleja insuficientemente la falta de *affectio societatis* entre los cónyuges si se habían separado previamente. Por lo tanto, el artículo 1278, párrafo 4, del Código judicial belga establece que, en caso de liquidación de la comunidad de bienes, se permite descontar determinados bienes adquiridos o determinadas deudas contraídas desde la separación efectiva.

La jurisprudencia belga[442] ha entendido que, para aplicar esta última excepción contemplada en el precepto, es preciso acreditar ausencia de *affectio societatis*, lo que se

---

[439] "*Pour les époux, en ce qui concerne leurs biens, il y a un effet rétroactif jusqu'au jour où l'action a été intentée et lorsqu'il y a plus d'une action, jusqu'au jour où la première action a été intentée, qu'elle ait abouti ou non*".

[440] "*Le tribunal de la famille peut, à la demande de l'un des époux, s'il l'estime équitable en raison de circonstances exceptionnelles propres à la cause, décider dans le jugement qui admet le divorce qu'il ne sera pas tenu compte dans la liquidation de la communauté de l'existence de certains avoirs constitués ou de certaines dettes contractées depuis le moment où la séparation de fait a pris cours".*

[441] PINTENS, Walter y otros: *National Report: Belgium*. 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Property.pdf (fecha de consulta 5 de marzo de 2025), págs. 25-27. El autor apunta, no obstante, que no se permite el efecto retroactivo general desde el comienzo de la separación real. Lo que puede hacer el tribunal a su juicio es especificar que deben tenerse en cuenta determinados bienes y deudas, en vista de las circunstancias excepcionales típicas del caso. No obstante, sugiere que, de hecho, en ocasiones esos constituyen la totalidad de los bienes y deudas que se han obtenido o contraído desde la separación de hecho.

[442] Puede consultarse en "*https://juportal.be/*".

valora a partir de la existencia de indicios[443]. LELEU explica, por ejemplo, que han sido consideradas *circunstancias excepcionales*: la expansión comercial de una empresa debida al esfuerzo único de los esposos; las separaciones personales durante décadas; o la compra de inmuebles de uso personal con los ingresos de uno solo de los cónyuges. Sin embargo, no se habrían considerado excepcionales, en el sentido del artículo, ni la separación de hecho como tal, ni la culpa en que se funda la sentencia de divorcio. LELEU destaca que la medida judicial debe resultar *equitativa* atendiendo a las circunstancias, en el sentido de no permitir enriquecimientos o pérdidas entre los cónyuges durante la separación[444].

Cabe ver que los tribunales belgas suelen valorar también, al tomar este tipo de decisiones, circunstancias tales como la despreocupación de los cónyuges por la gestión del patrimonio conjunto, sus ausencias prolongadas, o la existencia de comunicaciones entre ellos de cierto contenido patrimonial[445].

La regla del artículo 1278.4 *in fine* es aplicable no solo a la comunidad legal, sino a cualquier tipo de régimen de comunidad pactado por los esposos[446]. Asimismo, se destaca que la regla se aplica a la disolución del régimen y no solo a los casos de disolución del matrimonio[447].

3.1.3.- Dinamarca

Dinamarca regula la materia que nos ocupa en la *Lov om ægtefællers økonomiske forhold*[448].

El régimen económico matrimonial danés es, en defecto de pacto, de participación en ganancias. Según su artículo 1, durante el matrimonio, cada cónyuge dispone de sus bienes y, conforme al artículo 5, en caso de separación o divorcio, tiene lugar un reparto o distribución de bienes entre los esposos, previa deducción de deudas y exclusión de algunos activos que señala el artículo 26.

---

[443] LELEU, Yves-Henri: "La séparation de corps pour cause de séparation de fait prolongée en droit interne et en droit international privé", *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 1998/9*, Febrero de 1998, págs. 386-390.

[444] Sobre ello, LELEU, Yves-Henri: *Droit patrimonial des couples*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Lieja, Bélgica, 2015.

[445] Pueden verse sobre la materia la sentencia del Tribunal de Casación de Bélgica de 4 de mayo de 2020; la sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 22 de abril de 2008; o la sentencia del Tribunal de Apelación de Mons de 17 de noviembre de 1993.

[446] Sentencia del Tribunal de Casación de Bélgica de 4 de mayo de 2020.

[447] LELEU, Yves-Henri: "La séparation…, cit., loc. cit.

[448] Ley sobre las Relaciones Económicas de los Cónyuges, número 548, de 30 de mayo de 2017. Las normas que citamos en este apartado corresponden a ese mismo cuerpo normativo.

La regla relevante en cuanto a lo que nos interesa en este trabajo es la del artículo 27[449]. Según este precepto, en la división de bienes se incluyen los activos y pasivos que tiene cada cónyuge al final del día en que el Tribunal de Familia recibe la solicitud de separación o divorcio. Esta fecha, que se llama *día de terminación*, puede modificarse por la autoridad judicial si se le acredita que han tenido lugar *circunstancias muy especiales* o si los cónyuges convienen otro.

3.1.4.- Francia

El *Code civil* francés permite a los contrayentes elegir el régimen económico al que deseen someterse en capitulaciones matrimoniales [450]. En defecto de pacto, el matrimonio se entiende sometido al régimen económico matrimonial de comunidad[451].

El activo de la comunidad se compone de las ganancias obtenidas por los cónyuges de forma conjunta o por separado durante el matrimonio y de las que procedan tanto de su trabajo personal como de los beneficios obtenidos de los frutos y rentas de sus bienes privativos, según determina el artículo 1401[452].

En el sistema francés, se reconoce a cada cónyuge la facultad de administrar a título individual los bienes comunes y disponer de ellos, si bien el que actúe individualmente responderá en caso de negligencia en su gestión. Salvo en los casos de fraude, los actos realizados por uno de los cónyuges son oponibles al otro[453].

---

[449] Artículo 27 ("*Date of termination*"): "*The division of property shall include the assets and liabilities that each spouse had at the end of the day on which the State Administration received the request for separation or divorce, cf. however paragraphs 2 and 3. This day is referred to as the termination day. Subsection 2. On the recommendation of the estate administrator, the Probate Court may determine a termination date other than the date specified in subsection (1) if very special circumstances apply. Subsection 3. In connection with separation or divorce, spouses may agree on a different termination date".*

[450] Las normas que citamos en este apartado corresponden a ese mismo cuerpo normativo.

[451] Conforme al artículo 1393 del Código civil francés, *"[l]es époux peuvent déclarer, de manière générale, qu'ils entendent se marier sous l'un des régimes prévus au présent code. A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France".* Incide en ello el artículo 1400 del Code, estableciendo en su primer inciso que *"[l]a communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté".*

[452] "*La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres*".

[453] Dispone sobre ello el artículo 1421 del Code:

"Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion.

Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

Las causas de disolución del régimen de comunidad son las previstas en el artículo 1441, a saber: la muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el divorcio y la separación judicial, la separación de bienes, o su cambio por otro régimen económico matrimonial.

Vemos así que la separación de hecho tampoco constituye en el *Code* causa de disolución de la comunidad. Ahora bien, el artículo 1442, en su párrafo segundo, como apunta la doctrina francesa[454], advierte que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que, en el marco de sus relaciones recíprocas, los efectos de la disolución se anticipen a la fecha en que hubiesen dejado de convivir y colaborar[455].

Esta misma regla se reproduce específicamente en la regulación que el *Code* dedica a las consecuencias del divorcio y, en especial, a la fecha en que el divorcio produce efectos. Así, el artículo 262-1 establece los momentos en que el divorcio adquirirá efectos patrimoniales entre los cónyuges, dependiendo de la forma jurídica en que se declare[456]. Ello no obstante, el legislador matiza que, a solicitud de cualquiera de los cónyuges en el marco de la acción de divorcio, el juez podrá establecer los efectos de la sentencia en la fecha en que éstos hubiesen cesado su vida en común y colaboración.

Esta previsión es relevante, en la medida en que, como apunta la doctrina, es posible que uno de los esposos haya obtenido ingresos importantes después de la fecha de

---

Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425".

[454] FERRAND, Frederique y BRAAT, Bente: *National Report: France*. Septiembre 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[455] "*Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer*".

[456] "*La convention ou le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :*

- lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, à moins que cette convention n'en stipule autrement ;

- lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;

- lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de la demande en divorce.

A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à la demande en divorce, sauf décision contraire du juge".

separación de hecho y antes de que se produzca el evento determinante de la disolución de la comunidad[457].

La jurisprudencia francesa[458] ha desarrollado los requisitos que, según la normativa, son exigibles para acordar la retroacción de efectos de la disolución de la comunidad a la fecha de la separación de hecho. Básicamente, esta posibilidad queda condicionada al cumplimiento de dos condiciones cumulativas: la terminación de la convivencia entre los cónyuges y el *cese de su colaboración*[459].

Fijar la fecha de la ruptura de la convivencia suele resultar más sencillo que acreditar el *cese de la colaboración* entre cónyuges. Por ello, para facilitar la prueba de este segundo requisito, la jurisprudencia francesa ha establecido una presunción, en cuya virtud el cese de la convivencia implica, salvo prueba en contrario, la *cesación de la colaboración*[460].

Es doctrina constante de la Corte de Casación que la existencia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, resultantes de una voluntad común, más allá de las obligaciones derivadas del matrimonio o del régimen matrimonial, caracteriza el *mantenimiento de la colaboración de los cónyuges*[461]. De hecho, la casuística en este tipo de conflictos versa generalmente sobre la calificación de los comportamientos patrimoniales que mantienen los esposos, una vez verificada la ruptura de su convivencia, estando pendiente la disolución de la comunidad. La disputa habitual surge cuando, tras la separación de hecho, el cónyuge que ha obtenido menores ingresos pretende participar en los conseguidos por el otro.

La jurisprudencia ha ido resolviendo estos conflictos y sentando una serie de criterios sobre lo que entiende que cabe considerar como actos de colaboración.

Por ejemplo, la Corte de Casación entiende que constituyen actos de colaboración patrimonial entre los cónyuges que excluyen la retroacción de efectos de la disolución de la comunidad: la concesión de uno de los cónyuges al otro de un préstamo para

[457] Así, BAMDÉ, Aurelien: *La date des effets du divorce*. 19 de mayo de 2018. Disponible en: https://aurelienbamde.com/2018/05/19/la-date-des-effets-du-divorce/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024); y HADDAD, Sabine: *Le report des effets du divorce, aprés la fin de toute collaboration*. 1 de mayo de 2010. Modificado 1 de diciembre de 2011. Disponible en: https://www.village-justice.com/articles/report-effets-divorce-apres-toute,7943.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[458] Puede consultarse en *https://www.legifrance.gouv.fr/*.

[459] Vid en este sentido BAMDÉ, Aurelien: op. cit. El autor cita al respecto la sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1), de 28 de febrero de 2006.

[460] En este sentido pueden verse las sentencias de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1), de 14 de marzo de 2012, o de 8 de junio de 2016.

[461] Sobre ello, pueden verse entre otras las sentencias de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 17 de noviembre de 2010 o de 4 de enero de 2017.

permitirle adquirir una farmacia después del final de la vida en común[462]; o la solicitud conjunta de un préstamo por ambos esposos tras su ruptura para financiar unas obras en el apartamento del marido[463]. Generalmente, se trata de supuestos excepcionales que la jurisprudencia trata con carácter restrictivo[464].

En cambio, la jurisprudencia de la Corte de Casación entiende que no constituyen actos de colaboración tras la separación de hecho conductas como: la devolución de préstamos mancomunados por un cónyuge, que resulta de una obligación derivada de su régimen matrimonial[465]; atender los gastos en común sobre un inmueble propiedad de la comunidad[466]; realizar una declaración común de ingresos[467]; o mantener una cuenta en común[468].

En definitiva, el modelo francés permite a cualquiera de los cónyuges pedir la retroacción de los efectos de la disolución de la comunidad al momento de la separación de hecho, en el marco de sus relaciones recíprocas. Si se produce esa solicitud, se presume que, desde la fecha de la separación de hecho, los esposos cesaron la colaboración conyugal y, en consecuencia, la posible comunicación de ganancias. Ante esa solicitud el demandado deberá acreditar que no existió cese de convivencia o que, incluso si lo hubo, lo fue manteniéndose una colaboración económica entre los cónyuges sobre aspectos no impuestos por la ley.

3.1.5.- Italia

En ausencia de pacto, el *Codice Civile* italiano resuelve que el matrimonio queda sujeto al régimen de comunidad legal[469].

En este régimen económico, concurren bienes privativos de los cónyuges y bienes comunes. Algunos bienes se incorporan de manera inmediata a la comunidad. Cabe

[462] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 12 de febrero de 2020.

[463] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 17 de noviembre de 2010.

[464] CABAILLOT, Julie; CHASSAIN, Lucie; CHAUVEY, Anaïs; CREGUT, Julia; CUNTZ, Jacqueline; DRION, Elodie: "Les biens du couple", *Le journal du Village des Notaires*, Boulogne, Francia, Abril de 2012, págs. 27-28.

[465] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 16 de junio de 2011. Sobre esta sentencia, CABAILLOT, Julie y otros: ibid., han comentado que la solución también se justifica en términos de oportunidad, ya que es favorable al ex cónyuge que había pagado todos los préstamos mancomunados durante el proceso de divorcio, para quien la solución contraria habría tenido consecuencias económicas catastróficas.

[466] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 4 de enero de 2017.

[467] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 4 de enero de 2017.

[468] Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 18 de noviembre de 2020.

[469] Las normas que citamos en este apartado corresponden a ese mismo cuerpo normativo.

destacar entre los comunes: todas las adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges durante el matrimonio con excepción de los bienes muebles; las empresas administradas por ambos cónyuges constituidas después del matrimonio; o las utilidades y aumentos de las sociedades administradas por ambos cónyuges, pero que antes de las nupcias pertenecían a uno solo de ellos.

La comunidad se compone también de otros bienes que se integran en ella sólo de manera "residual". Se trata de los ingresos personales de los cónyuges, que solo serán comunes si no se han consumido en el momento de la disolución del consorcio.

Los cónyuges ejercen la administración de los bienes gananciales de distinta forma, dependiendo de la trascendencia de cada acto. Los actos de administración ordinaria pueden ser realizados por cualquiera de los cónyuges, de manera individual. Los actos de administración extraordinaria deben ser realizados conjuntamente por ambos[470].

La disolución de la comunidad se produce por la muerte, declaración de ausencia o fallecimiento de uno de los cónyuges; por la quiebra de cualquiera de los esposos; por la anulación, disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio; por separación personal; o por acordar los cónyuges otro régimen matrimonial[471]. También tiene lugar por la separación judicial de bienes[472]. En consecuencia, la mera separación de hecho entre los cónyuges no constituye tampoco el ordenamiento italiano causa de disolución de su régimen de comunidad. Aun así, de nuevo encontramos una norma con la que aquella legislación permite matizar las reglas de liquidación de la comunidad matrimonial cuando los esposos se separan antes de obtener su disolución.

Tal como explica ASTONE, el *dies a quo* de la disolución de la comunidad de bienes, en caso de separación personal de los cónyuges, coincidirá con la fecha en que el tribunal les autorice a vivir separados, o desde la fecha de aprobación del informe de

---

[470] Artículo 180: "*L'amministrazione dei beni della comunione e la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi spettano disgiuntamente ad entrambi i coniugi.*

Il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, nonché la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento e la rappresentanza in giudizio per le relative azioni spettano congiuntamente ad entrambi i coniugi".

[471] Según el primer párrafo del artículo 191: "*La comunione si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l'annullamento, per lo scioglimentoo per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale, per la separazione giudiziale dei beni, per mutamento convenzionale del regime patrimoniale per il fallimento di uno dei coniugi*".

[472] Conforme al artículo 193, los esposos pueden interesar la separación judicial de bienes en los casos de interdicción o inhabilitación de su cónyuge; mala administración de la comunidad; desorden en los asuntos personales del otro cónyuges, o de su conducta en la administración de la comunidad, que pongan en peligro los intereses del otro, de la comunidad o de la familia; o el caso de aportación insuficiente del otro cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares, en relación con la cantidad de sus bienes y su capacidad de trabajo.

separación consensual[473]. Así se desprende de lo dispuesto en el actual artículo 193, en su actual párrafo segundo, que fue introducido por una Ley de 6 de mayo de 2015[474].

3.1.6.- Luxemburgo

Luxemburgo es otro de los Estados europeos que atribuye en su *Code Civil* un régimen de comunidad de bienes a los esposos que contraen matrimonio sin capitular[475].

En la sociedad matrimonial se integran[476] los productos del trabajo de los esposos; los frutos y rentas de los bienes comunes, y de los privativos[477]; y los bienes adquiridos a título oneroso. Asimismo, se consideran comunes todos los bienes, muebles o inmuebles, si no se prueba que pertenecen a uno de los cónyuges[478]. Aparte, cada cónyuge dispone de un patrimonio privativo[479].

La administración de los bienes de la comunidad compete a ambos esposos. Siempre que sea sin fraude, y con las excepciones que establezca la ley, cada cónyuge administra por sí solo los bienes ingresados en la comunidad y dispone de ellos libremente[480]. Esta regla, no obstante, presenta límites y matices diversos. Cada cónyuge responde de las faltas que cometa en su gestión.

La comunidad se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; por ausencia declarada; por divorcio o separación judicial; por separación de bienes; o por cambio de régimen matrimonial[481]. Vemos nuevamente cómo la separación de hecho tampoco constituye en este ordenamiento causa de disolución de la comunidad conyugal. Ello no obstante, la separación de hecho es un evento de gran relevancia en la liquidación de la

[473] ASTONE, Antonino: "La crisi del rapporto matrimoniale tra separazione e divorzio: evoluzione del sistema e prospettive di reforma", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Número 17, Agosto de 2022, pág. 41.

[474] Se trata de la Legge 6 maggio 2015, n. 55, titulada "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonchè di comunione tra i coniugi", que le concede la siguiente redacción: "*Nel caso di separazione personale, la comunione tra coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purchè omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione*".

[475] Artículo 1400 de su Código Civil. Las normas que citamos en este apartado corresponden a ese mismo cuerpo normativo.

[476] Artículo 1401.

[477] Artículo 1403.

[478] Artículo 1402.

[479] Artículo 1404.

[480] Artículo 1421.

[481] Artículo 1441.

sociedad de gananciales. En este sentido, la Ley de 27 de julio de 2018[482] introdujo un párrafo segundo en el artículo 1442, en cuya virtud, si hubiera terminado entre los cónyuges toda cohabitación y colaboración antes de que la comunidad se considere disuelta por causa legal, el juez podrá decidir, a petición de uno de ellos o de ambos, que en sus relaciones mutuas el efecto de la disolución se retrotraiga a la fecha en que cesaron de convivir o colaborar[483].

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de divorcio, la decisión surte efecto en la relación entre los cónyuges, en lo que respecta a sus bienes, en la fecha de presentación de la demanda. Pero, en el proceso de divorcio, los cónyuges también pueden solicitar al tribunal que se pronuncie sobre la anticipación de los efectos de la sentencia a la fecha en que cesaron de convivir y colaborar[484].

3.1.7.- Portugal

En el Derecho portugués, a falta de acuerdo prenupcial o en los excepcionales supuestos en que la Ley impone el régimen de separación de bienes[485], el matrimonio queda sujeto al régimen de comunidad de adquisiciones[486]. Así, el producto del trabajo de los cónyuges y los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, que no están exceptuados por la ley, pertenecen a la comunidad[487].

---

[482] Loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification: (…) du Code civil (…).

[483] "*Si toute cohabitation et collaboration avaient pris fin entre les conjoints avant que la communauté ne fût réputée dissoute selon les règles qui régissent les différentes causes prévues à l'article précédent, le juge pourra décider, à la demande de l'un ou de l'autre conjoint, que dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution sera reporté à la date où ils avaient cessé de cohabiter ou de collaborer".*

El precepto añade que esta solicitud debe hacerse antes de que el asunto quede visto para sentencia ("*Cette demande doit être formée avant que la cause ne soit prise en délibéré*").

[484] Artículo 241: "*La décision de divorce prend effet dans les rapports entre conjoints, en ce qui concerne leurs biens, à la date du dépôt de la requête. Tant que la cause n'a pas été prise en délibéré les conjoints peuvent, l'un ou l'autre, saisir le tribunal afin qu'il statue sur le report des effets du jugement à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer*".

El precepto incide en que la solicitud puede realizarse hasta que el asunto quede visto para sentencia.

[485] Artículo 1720.1 del Código Civil: "*Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade*". Las normas que citamos en este apartado corresponden a ese mismo cuerpo normativo.

[486] Artículo 1717 ("*Regime de bens supletivo*"): "*Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos*".

[487] Artículo 1724 ("*Bens integrados na comunhão*"):

"*Fazem parte da comunhão:*

a) O produto do trabalho dos cônjuges;

Cada cónyuge está facultado para administrar sus propios bienes. Asimismo, cada uno de ellos tiene la administración de ciertos bienes comunes, entre ellos, las ganancias que recibe por su trabajo, sus derechos de autor, los bienes comunes llevados por él al matrimonio o adquiridos gratuitamente después del matrimonio, los bienes utilizados exclusivamente por él como herramienta de trabajo o, incluso, los bienes propiedad del otro cónyuge, si éste no puede ejercer la administración.

Los esposos tienen también derecho a realizar actos ordinarios de administración sobre bienes comunes de la pareja. El resto de actos deben realizarse con el consentimiento de ambos cónyuges[488].

Las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges cesan por disolución, declaración de nulidad o anulación del matrimonio, sin perjuicio de las disposiciones relativas a alimentos[489]. El divorcio disuelve el matrimonio[490] y determina la disolución de la comunidad. La separación legal no disuelve el vínculo conyugal, pero extingue los deberes de convivencia y asistencia y, en cuanto a los bienes, produce los mismos efectos que la disolución del matrimonio.

Una vez más, comprobamos cómo otro de los ordenamientos vecinos en que existe un régimen de comunidad supletorio prescinde de atribuir a la separación de hecho el efecto de disolver el consorcio. Sin embargo, la legislación portuguesa también contempla la separación de hecho como un evento trascendente en el caso de que se produzca la ruptura del matrimonio por divorcio contencioso.

Siguiendo a la doctrina portuguesa[491], la regla general es que los efectos del divorcio surten efecto desde la firmeza de la sentencia que lo acuerda. Ello no obstante, en lo que se refiere a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, sus efectos se remontan a la fecha de ejercicio de la acción. Ahora bien, si en el proceso se prueba una separación de hecho anterior a la demanda entre los cónyuges, cualquiera de ellos puede pedir que se retrotraigan sus efectos a la fecha en que se inició la ruptura, que fijará la sentencia. Ello

---

b) Os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio, que não sejam exceptuados por lei".

[488] Artículo 1678.

[489] Artículo 1688 ("*Cessação de relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges*"):

"*As relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges cessam pela dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento, sem prejuízo das disposições deste Código relativas a alimentos; havendo separação judicial de pessoas e bens, é aplicável o disposto no artigo 1795.º-A*".

[490] Artículo 1788.

[491] Citamos a GUILHERME DE OLIVEIRA, Rosa Martins y VITOR, Paula: *National Report: Portugal*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025), págs. 15-16.

tiene lugar en cuanto a la relación entre partes, pues los efectos ante terceros se producen desde la fecha de inscripción de la sentencia[492].

El cónyuge que pretenda la retroacción de efectos deberá acreditar tanto la fecha de la ruptura de la convivencia, como la culpa del papel exclusivo o predominante del otro en su cesación[493].

La jurisprudencia portuguesa[494] exige que la falta de convivencia entre los cónyuges se pruebe en el proceso de divorcio y que la solicitud de retroacción se realice en el mismo[495].

3.1.8.- Reino Unido

Entre las disposiciones aplicables en Reino Unido en materia de familia, tanto la norma que regula la cuestión en Inglaterra y Gales, como la que lo hace en el Reino de Escocia, presentan aspectos que interesa destacar en el estudio de la materia que abordamos.

Nos referimos en primer lugar a ley escocesa. Ésta incluye la previsión de una *fecha pertinente* para delimitar qué activos y pasivos forman parte de la propiedad matrimonial a repartir entre los esposos, que lo será por mitad salvo en casos excepcionales. El concepto lo presenta el artículo 10 de la *Family Law Scotland Act* de 16 de julio de 1985[496].

---

[492] Artículo 1789:

"*1 - Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges. 2 - Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado. 3 - Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença*".

[493] Sobre ello, pueden verse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 17 de junio de 2003 y de 16 de marzo de 2011.

[494] Puede consultarse en "*http://www.dgsi.pt/*".

[495] *Vid* por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de marzo de 2011.

[496] En lo que interesa destacar, el artículo 10 dispone así: "*Sharing of value of matrimonial property.*

(1) In applying the principle set out in section 9(1)(a) of this Act, the net value of the matrimonial property (...) shall be taken to be shared fairly between persons when it is shared equally or in such other proportions as are justified by special circumstances.

(2) Subject to subsection (3A) below, the net value of the property shall be the value of the property at the relevant date after deduction of any debts incurred by one or both of the parties to the marriage (...): (a) before the marriage so far as they relate to the matrimonial property, and (b) during the marriage, which are outstanding at that date.

(3) In this section "the relevant date" means whichever is the earlier of: (a) (...) the date on which the persons ceased to cohabit; (b) the date of service of the summons in the action for divorce (...).

La ley escocesa entiende que son propiedad matrimonial todos los bienes que pertenezcan a las partes, o a cualquiera de ellas, en la *fecha pertinente,* y que hayan sido adquiridos, por ambas o por una de ellas, a título oneroso: (a) antes del matrimonio para su uso como vivienda familiar o como mobiliario o enseres para dicha vivienda; o (b) durante el matrimonio pero antes de la *fecha pertinente*.

La *fecha pertinente* marca así la línea temporal tras la cual las ganancias corresponden exclusivamente a aquel de los cónyuges que las obtiene. Pues bien, dicha *fecha pertinente* será, como destaca la doctrina escocesa[497], la anterior entre las dos siguientes: la de la ruptura de la cohabitación y la de notificación de la citación de la acción de divorcio[498].

En consecuencia, a efectos patrimoniales, la ley escocesa considera trascendental que, más allá del vínculo matrimonial, existe entre esposos una relación real de convivencia en la que marido y mujer cohabitan como tales. El artículo 27.2 de la ley escocesa define en ese preciso sentido qué debe entenderse por cohabitación a los efectos de su aplicación: vivir unidos "como hombre y esposa"[499]. Así, desde que existe separación de hecho -sea porque ya no existe convivencia marital, sea porque uno de los esposos es notificado de la demanda de divorcio presentada por el otro-, cesa la generación de bienes que puedan dar lugar a nueva propiedad matrimonial.

La *fecha pertinente* también determina, como regla general, el valor de los bienes a repartir.

Definir cuál es la fecha pertinente constituye un problema recurrente en la jurisdicción escocesa, dada su trascendencia en el reparto del patrimonio entre esposos. Los tribunales de Escocia tienen un amplio margen para decidir, caso por caso, cuándo se ha producido la ruptura de la convivencia en el matrimonio[500].

---

(4) (...) "the matrimonial property" means all the property belonging to the parties or either of them at the relevant date which was acquired by them or him (otherwise than by way of gift or succession from a third party): (a) before the marriage for use by them as a family home or as furniture or plenishings for such home; or (b) during the marriage but before the relevant date".

[497] Seguimos a MAIR, Jane: *National Report: Scotland*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Scotland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[498] La ley precisa cuándo un período de reanudación de convivencia es o no relevante. El criterio que aplica es que no se tendrá en cuenta el cese de la cohabitación cuando las partes la hayan reanudado posteriormente, excepto cuando las partes hayan dejado de cohabitar durante un periodo continuado de 90 días o más antes de reanudarla durante un periodo o periodos inferiores a 90 días en total.

[499] "*For the purposes of this Act, the parties to a marriage shall be held to cohabit with one another only when they are in fact living together as man and wife*".

[500] HARPER, Alexis: *"Are they still together?": Settling the relevant date*. 19 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-67-issue-09/are-they-still-together-settling-the-relevant-date/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), ofrece algunos ejemplos

En cuanto a Inglaterra y Gales, rige en ambas jurisdicciones la *Matrimonial Causes Act* de 1973. Conforme a dicha norma, al contraer matrimonio, los esposos no quedan vinculados por un régimen económico matrimonial, tal como lo entendemos en la Europa continental. Sin embargo, llegado el caso de un divorcio, separación o nulidad entre cónyuges, conforme a lo previsto en el artículo 24[501], los tribunales pueden distribuir entre los esposos la riqueza existente en el matrimonio[502].

---

elegidos entre la jurisprudencia recaída sobre la materia para evidenciar la naturaleza casuística de cada decisión. Podemos verlo con dos ejemplos:

- El autor denomina este asunto como "Brown contra Brown" (2003). Se refiere al resuelto por la sentencia del Tribunal escocés de Sesiones de 27 de mayo de 2003. El marido afirmó que se había separado de su esposa en 1991. Ese año, había abandonado el hogar familiar y se había ido a vivir con otra mujer. El 1996 regresó al hogar conyugal, aunque negó que hubieran reanudado la cohabitación en ese momento. Después de 1996, el marido había permanecido con poca frecuencia en el hogar conyugal. Durante esos períodos, él y su esposa dormían en la misma habitación y mantenían relaciones maritales, aunque el marido se ausentó de la casa en muchas ocasiones para mantener aventuras extra matrimoniales. El tribunal, valorando todas las circunstancias, entendió que los esposos habían reanudado la cohabitación.

- El autor denomina este asunto como "Bain contra Bain" (2008). Se refiere al resuelto por la sentencia del Tribunal escocés de Sesiones de 27 de junio de 2008. El marido había abandonado el domicilio familiar en diciembre de 2004 tras una discusión. Estuvo dos años y medio viviendo en un apartamento propiedad del matrimonio. Aunque vivían en propiedades separadas, los cónyuges celebraban ocasiones especiales y aniversarios antes de separarse definitivamente en mayo de 2007. La mujer demandante argumentó que ella y su marido habían vivido juntos "como marido y esposa" durante ese período, aunque en circunstancias poco convencionales. En este caso, el tribunal no aceptó ese argumento, sosteniendo que las partes habían convivido como un matrimonio convencional hasta el momento en que el marido se fue a vivir a la otra propiedad y que, a partir de entonces, habían estado viviendo separados, aun contemplando la posibilidad de reconciliarse.

[501] Reproducimos los dos primeros párrafos del artículo 24, que lleva por rúbrica "*Property adjustment orders in connection with divorce proceedings, etc.*":

(1) On making a divorce, nullity of marriage or judicial separation order or at any time after making such an order (whether, in the case of a divorce or nullity of marriage order, before or after the order is made final), the court may make any one or more of the following orders, that is to say:

(a) an order that a party to the marriage shall transfer to the other party, to any child of the family or to such person as may be specified in the order for the benefit of such a child such property as may be so specified, being property to which the first-mentioned party is entitled, either in possession or reversion;

(b) an order that a settlement of such property as may be so specified, being property to which a party to the marriage is so entitled, be made to the satisfaction of the court for the benefit of the other party to the marriage and of the children of the family or either or any of them;

(c) an order varying for the benefit of the parties to the marriage and of the children of the family or either or any of them any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will or codicil) made on the parties to the marriage, other than one in the form of a pension arrangement within the meaning of section 25D below;

(d) an order extinguishing or reducing the interest of either of the parties to the marriage under any such settlement other than one in the form of a pension arrangement (within the meaning of section 25D below);

Siguiendo a BARTON[503], la *fecha de separación* entre esposos también es relevante a esos efectos. Según explica este autor, la fecha de separación constituye una suerte de barrera, que separa los *bienes matrimoniales* y los *no matrimoniales*. La fecha resulta extremadamente importante, pues, en la práctica judicial, el patrimonio acumulado durante la cohabitación -*bienes matrimoniales*-, estaría abocado en principio a una división equitativa en caso de crisis del matrimonio, mientras los bienes adquiridos tras la *fecha de separación* -no matrimoniales- sólo se distribuyen si son necesarios para satisfacer necesidades razonables del otro cónyuge[504]. Por esta razón, según BARTON, la fecha de separación puede resultar crucial.

El problema en las jurisdicciones de Inglaterra y Gales es, nuevamente, cuándo debe entenderse producida la separación entre esposos en caso de que exista discusión al respecto[505].

Vemos, por tanto, que la fecha de separación de hecho entre esposos también es un hito relevante en los sistemas legales analizados. Desde que los esposos quiebran su convivencia, el patrimonio que genera cada uno de ellos sólo puede revertir a favor del otro por una decisión judicial y por circunstancias excepcionales.

---

subject, however, in the case of an order under paragraph (a) above, to the restrictions imposed by section 29(1) and (3) below on the making of orders for a transfer of property in favour of children who have attained the age of eighteen.

(2) The court may make an order under subsection (1)(c) above notwithstanding that there are no children of the family.

[502] Por todos, SCHERPE, Jens M.: "England and Wales. A jurisdiction without a matrimonial property regime. (Inglaterra y Gales. Una jurisdicción sin un régimen de propiedad matrimonial)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 16 bis, Junio de 2022, págs. 1604. El autor explica cómo, en la decisión del asunto que denomina "Charman contra Charman*"*, la Corte de Apelación resolvió que la jurisdicción inglesa no tenía un régimen matrimonial de propiedad matrimonial y que no era apropiado clasificar tal jurisdicción como si tuviera un régimen matrimonial de separación de bienes. Simplemente se aceptaba que allí cada cónyuge posee sus propios bienes separados durante el matrimonio, aunque el tribunal, en caso de tener que dictar un decreto de separación judicial, nulidad o divorcio, dispone de una amplia potestad para distribuir entre los esposos la riqueza que los esposos tengan acumulada.

[503] BARTON, Andrew: *¿When is the date of separation for divorce?* 28 de Marzo de 2024. Disponible en: https://www.stephens-scown.co.uk/family/divorce-and-separation/when-is-the-date-of-separation-for-divorce/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[504] Coinciden en ello PHELPS, William Robert y LAWTON, Meredith: *Separation: ¿When does it start?* 5 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.bdbpitmans.com/insights/separation-when-does-it-start/?search=true (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), al explicar que, incluso si se define la fecha de separación, ello no significa que el capital o los activos posteriores a esa fecha queden totalmente protegidos. Por ejemplo, el tribunal puede, y en casos recientes ha determinado, que las actividades posteriores a la separación pueden tener elementos matrimoniales y no matrimoniales.

[505] PHELPS, William Robert y LAWTON, Meredith: ibid.

3.1.9.- Rumanía

En Rumanía, el régimen matrimonial que se aplica a los matrimonios contraídos sin otorgamiento de capitulaciones es también de comunidad. En líneas generales, el sistema ganancial rumano regulado en su *Codul Civil* presenta grandes similitudes al del Código Civil español[506], aunque también diferencias importantes, como que, en la liquidación, los bienes no se dividen en porciones iguales, sino atendiendo a la contribución que haya hecho cada cónyuge para adquirir los bienes comunes.

Como explica QUINZÁ REDONDO[507], la disolución de la comunidad se produce por resolución judicial o acta notarial, por fallecimiento de uno de los cónyuges, o por disolución del matrimonio.

Nuevamente, la separación de hecho no es causa de disolución de la sociedad de ganancias en el ordenamiento que sometemos a escrutinio. Una vez más, sin embargo, el legislador rumano sí atiende a esa circunstancia como un hito relevante al regular la liquidación consorcial. En este sentido, cabe destacar que en Rumanía se ha introducido una reforma aún relativamente reciente[508] en el capítulo dedicado a la modificación del régimen económico matrimonial. Se trata de la Ley número 140, de 17 de mayo de 2022, que modifica el párrafo segundo del artículo 371 del Código Civil. La novedad consiste en que los efectos de la separación judicial de bienes entre los cónyuges se producirán a partir de la fecha de la solicitud, a menos que el tribunal, a petición de cualquiera de ellos, ordene su aplicación desde la fecha de la separación de hecho.

3.1.10.- Turquía

Conforme al vigente Derecho turco, los cónyuges que contraen matrimonio sin capitular adquieren el derecho a participar recíprocamente en sus ganancias y bienes muebles. Así resulta del artículo 218 del *Türk Medeni Kanunu*[509]. Los bienes sobre los que se genera el derecho son los que se relacionan en el artículo 219 y que la norma turca define como "propiedad adquirida"[510].

---

[506] Una exposición detallada del régimen matrimonial rumano puede leerse en QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 21, 2016, págs. 94-115.

[507] Ibid., pág. 112.

[508] Lege nr. 140 din 17 mai 2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative

[509] Así se denomina el Código Civil de Turquía, a cuyas disposiciones se refiere este apartado.

[510] La propiedad adquirida estaría integrada, según el precepto, por: 1. Las adquisiciones como contrapartida de los esfuerzos realizados. 2. Las prestaciones percibidas de instituciones o fondos de seguridad o previsión social y similares que tengan por objeto ayudar al personal. 3. Las indemnizaciones abonadas por la pérdida de la capacidad de ganancia. 4. Los ingresos derivados de bienes muebles. 5. Los bienes procedentes de la propiedad adquirida.

A petición de uno de los cónyuges, el juez puede ordenar la separación de bienes si existe una causa válida para ello. Existe causa válida cuando el otro cónyuge: está endeudado o su parte de los bienes comunes es objeto de embargo; ha puesto en peligro los intereses del matrimonio, o del demandante; deniega el consentimiento necesario para un acto de disposición sobre los bienes comunes sin causa válida; se niega a facilitar al solicitante información sobre los ingresos, el patrimonio, las deudas o sus bienes comunes; o carece permanentemente de competencia mental[511].

Conforme al artículo 225[512], el régimen económico matrimonial se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, o por la adopción de otro régimen económico. En lo que nos interesa, el régimen patrimonial se extinguirá a partir de la fecha de la demanda de nulidad o divorcio, si el tribunal decreta en el proceso la disolución del matrimonio.

3.1.11.- Otros ordenamientos europeos

La lectura de los informes doctrinales elaborados en el seno de la Comisión para el Derecho europeo de familia permite conocer, a través de los autores que los firman, la existencia de disposiciones establecidas en otros ordenamientos europeos en la misma línea normativa que venimos describiendo.

En el caso de Bulgaria, si durante la separación de hecho se adquiere un bien, el cónyuge que lo ha adquirido puede reclamar ante el tribunal que ese bien se considere meramente personal, debido a la falta de contribución mutua, conforme al artículo 19 del *Semeen kodeks*, o Código de Familia búlgaro[513].

En Hungría, cuando la fecha del divorcio coincide con la terminación de la comunidad de vida conyugal, la fecha decisiva para la terminación de la comunidad de bienes será la fecha de la sentencia de divorcio. En los demás casos, será decisiva la

[511] Artículo 206: "*A petición de uno de los cónyuges, el juez puede ordenar la separación de bienes si existe un motivo válido para ello. Existirá una causa válida especialmente en las siguientes circunstancias: 1. Si el otro cónyuge está muy endeudado o su parte de los bienes comunes está embargada, 2. Si el otro cónyuge ha puesto en peligro los intereses de la parte solicitante o de la unión matrimonial, 3. Si el otro cónyuge niega el consentimiento necesario para un acto de disposición sobre los bienes comunes sin un motivo válido, 4. Si el otro cónyuge se niega a facilitar a la parte solicitante información sobre los ingresos, bienes, deudas o sus bienes comunes, 5. Si el otro cónyuge carece permanentemente de competencia mental. Si uno de los cónyuges carece permanentemente de capacidad cognitiva, su representante legal puede solicitar la separación de bienes basándose en este motivo".*

[512] Artículo 225 del Código Civil turco: "*El régimen económico matrimonial se extinguirá por fallecimiento de uno de los cónyuges o adopción de otro régimen económico. Si el tribunal dicta la disolución del matrimonio por nulidad o divorcio o la separación de bienes, el régimen económico matrimonial se extinguirá a partir de la fecha de la demanda*".

[513] TODOROVA, Velina: *National Report: Bulgaria*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Bulgaria-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

fecha de terminación de la comunidad de vida conyugal, conforme a lo previsto en el parágrafo 31, párrafo 2, de la *Családjogi törvény*, la Ley de Familia húngara[514].

En Lituania, la fecha de disolución de la comunidad de bienes en caso de divorcio es la fecha de inicio del procedimiento de divorcio, o la fecha de la separación de hecho de los cónyuges, según el artículo 3.67 del *Civilinis kodeksas*, Código Civil lituano[515].

En Noruega rige entre cónyuges una comunidad de bienes diferida, cuya fecha de disolución, en caso de separación o divorcio, será la de la presentación de la solicitud, o cuando hubiera cesado la cohabitación si esto sucediera primero, de acuerdo con el parágrafo 60.1.a) de la *Ekteskapsloven*, la Ley de Matrimonio noruega[516].

En el caso de Polonia, la comunidad de bienes termina, entre otros supuestos, cuando un tribunal establece un régimen de separación de bienes a instancia de uno de los cónyuges (artículo 52 del *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Código polaco de familia y tutela). En este supuesto, la fecha decisiva para la disolución de la comunidad conyugal de bienes será la indicada en la sentencia judicial, si bien el tribunal puede indicar una fecha anterior, en particular la de la separación de hecho de los cónyuges[517].

En la Federación Rusa, si los cónyuges viven separados antes de la disolución de su matrimonio, el régimen matrimonial continúa aplicándose. Sin embargo, el artículo 38 del *Semeiny kodeks Rossiyskoy Federatsii*, el Código de Familia de la Federación Rusa, permite solicitar al tribunal que declare que los bienes adquiridos por un cónyuge después de la separación *de facto*, pero antes del divorcio formal, son su propiedad personal. En este caso, el solicitante debe demostrar que los cónyuges se han separado sin ninguna intención de reanudar su relación matrimonial y que los bienes en cuestión han sido adquiridos durante el período de separación[518].

Por último, en Suiza, cuando la comunidad conyugal se extingue por causa de divorcio, separación, nulidad o demanda de separación de bienes, la Ley postpone los

[514] WEISS, Emilia y SZEIBERT-ERDŐS, Orsolya: *National Report: Hungary*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[515] MIKELENAS, Valentinas: *National Report: Lithuania*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Lithuania-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[516] SVERDRUP, Tone: *National Report: Norway*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[517] MACZYNSKI, Andrzej: *National Report: Poland*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Poland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[518] ANTOKOLSKAIA, Masha: *National Report: Russia*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Russia-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

efectos a la fecha en la que se presentó la correspondiente solicitud al tribunal[519] (artículo 204, párrafo 2, del *Zivilgesetzbuch*, el Código Civil suizo[520]).

3.1.12.- El régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias

El 4 de febrero de 2010, la República de Francia y la República Federal de Alemania firmaron un acuerdo por el que establecieron un régimen opcional de participación para los ciudadanos de ambos estados[521]. Conforme explican por MARCOS MARTÍN y SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ[522], "*como consecuencia de la ratificación del Acuerdo, además de los distintos regímenes económicos matrimoniales de derecho interno propio al derecho matrimonial francés y alemán, se ha introducido, con carácter de ordenamiento común en ambas legislaciones, un nuevo régimen eco-nómico matrimonial opcional que puede ser adoptado especialmente por los cónyuges a los que la ley aplicable al matrimonio sea la de un Estado contratante*".

Pues bien, en un estudio sobre dicho acuerdo, ALGARRA PRATS[523] hace ver que su artículo 13 "*contiene una regla especial de fecha de efectos para ciertos particulares. Así, si el matrimonio se disuelve por divorcio o si el régimen matrimonial se disuelve por cualquier otra decisión judicial, el crédito de participación se determina en función de la composición y el valor del patrimonio de los cónyuges a la fecha de la interposición de la demanda*"[524]. Como destaca la autora[525], "*con esta regla se evita*

[519] SCHWENZER, Ingeborg y BOCK, Anne-Florence: *National Report: Switzerland*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[520] "*In the case of divorce, separation, annulment of the marriage or a court order for separation of property, the dissolution of the marital property regime takes retroactive effect as of the date on which the application was filed*".

[521] En su versión francesa, el texto íntegro está disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000027533762 (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025). En Francia la norma se publicó por el *Décret n° 2013-488 du 10 juin 2013 portant publication de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, signé à Paris le 4 février 2010 (1).*

[522] MARCOS MARTÍN, Tomás y SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, Jose María: *El régimen de participación en ganancias: Nuevo impulso para su implantación como régimen legal supletorio de primer grado*. 1 de julio de 2016. Disponible en: http://www.notariadesevillanervion.com/2016/07/el-regimen-de-participacion-en.html (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

[523] ALGARRA PRATS, Esther: "El régimen de participación", *Tratado de Derecho de la Familia*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde, Volumen IV, Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 196.

[524] Article 13. Date d'effet dans des cas particuliers. "*Si le mariage est dissous par divorce ou si le régime matrimonial est dissous par une autre décision judiciaire, la créance de participation est déterminée en fonction de la composition et de la valeur du patrimoine des époux à la date d'introduction de la demande en justice*".

[525] ALGARRA PRATS, Esther: Ibidem.

que un cónyuge pueda llevar a cabo actos fraudulentos destinados a alargar el procedimiento y permitirle así disminuir el valor de su patrimonio".

3.2.- América del Norte

3.2.1.- Arizona (Estados Unidos de América)

Arizona es uno de los nueve Estados Unidos de Norteamérica que, excepcionalmente, conservan un régimen económico matrimonial supletorio de comunidad.

La regla general es que todos los bienes adquiridos por el esposo o la esposa durante el matrimonio son bienes comunitarios. Sin embargo, la ley exceptúa -aparte de los adquiridos por donación, legado o herencia- los que hayan sido adquiridos por los esposos después de la notificación de una demanda de divorcio, separación legal o anulación si la solicitud resulta estimada. Por lo demás, la notificación de la demanda no altera en términos generales el régimen de los bienes gananciales[526].

3.2.2.- California (Estados Unidos de América)

California es otro de esos nueve estados norteamericanos que conservan un régimen de comunidad supletorio. Conforme a la sección 760 del *California Family Code*, salvo que la ley disponga lo contrario, todos los bienes, reales o personales, dondequiera que estén situados, adquiridos por una persona casada durante el matrimonio mientras esté domiciliada en ese Estado, son bienes comunitarios[527].

Según dicha ley, las adquisiciones y ganancias obtenidas por los esposos tras la separación de hecho y, obviamente, también las posteriores a la separación judicial, son

[526] Citamos la sección 25-211 de *Arizona Revised Statutes*, que, bajo la rúbrica "*Property acquired during marriage as community property; exceptions; effect of service of a petition*", dispone: *"A. All property acquired by either husband or wife during the marriage is the community property of the husband and wife except for property that is: 1. Acquired by gift, devise or descent. 2 Acquired after service of a petition for dissolution of marriage, legal separation or annulment if the petition results in a decree of dissolution of marriage, legal separation or annulment. B. Notwithstanding subsection A, paragraph 2, service of a petition for dissolution of marriage, legal separation or annulment does not: 1. Alter the status of preexisting community property. 2. Change the status of community property used to acquire new property or the status of that new property as community property. 3. Alter the duties and rights of either spouse with respect to the management of community property except as prescribed pursuant to section 25-315, subsection A, paragraph 1, subdivision (a)".* El artículo 25-213.B, en coherencia con lo anterior, define como separate property de cada esposo: " *Property that is acquired by a spouse after service of a petition for dissolution of marriage, legal separation or annulment is also the separate property of that spouse if the petition results in a decree of dissolution of marriage, legal separation or annulment*".

[527] Según el tenor del precepto, "e*xcept as otherwise provided by statute, all property, real or personal, wherever situated, acquired by a married person during the marriage while domiciled in this state is community property*". Las normas que citamos en este ordinal son de este mismo Código.

privativas. La ley del Estado de California determina esta regla expresamente en dos de sus preceptos, las secciones 771 y 772[528].

La ley de California también destaca por su preocupación en detallar cuándo debe entenderse producida la separación. Sobre ello, la sección 70 dispone como *fecha de separación* aquella en que se haya producido una ruptura completa y definitiva de la relación matrimonial. Para ello deben tenerse en cuenta dos factores: el primero, que un cónyuge haya expresado al otro su intención de poner fin al matrimonio; y, el segundo, que la conducta del cónyuge sea coherente con la intención de poner fin al matrimonio[529].

La norma se redactó en esos términos debido a la enmienda introducida por la ley de 25 de julio de 2016[530], que quiso corregir una jurisprudencia que había exigido a los esposos acreditar el requisito de vivir en domicilios separados para aceptar su separación de hecho[531].

Tal como sucede en los países europeos, en el Estado de California los tribunales aplican la norma y precisan las exigencias forenses que, a la postre, determinarán si concurren los requisitos exigidos en la misma. La realidad de la ruptura es requerida de prueba[532] y, para cumplimentar debidamente esa carga procesal, es habitual instruir a los

---

[528] Sobre la separación de hecho, dispone su sección 771: "*(a) The earnings and accumulations of a spouse and the minor children living with, or in the custody of, the spouse,* after the date of separation of the spouses*, are the separate property of the spouse; (b) Notwithstanding subdivision (a), the earnings and accumulations of an unemancipated minor child related to a contract of a type described in Section 6750 shall remain the sole legal property of the minor child*". Asimismo, sobre la separación judicial, la sección 772 establece: "After entry of a judgment of legal separation of the parties, *the earnings or accumulations of each party are the separate property of the party acquiring the earnings or accumulations*".

[529] Según su tenor literal, "Date of separation *means the date that a complete and final break in the marital relationship has occurred, as evidenced by both of the following: (1) The spouse has expressed to the other spouse the intent to end the marriage. (2) The conduct of the spouse is consistent with the intent to end the marriage. (b) In determining the date of separation, the court shall take into consideration all relevant evidence".*

[530] *An act to amend Sections 771, 910, 914, and 4338 of, and to add Section 70 to, the Family Code, relating to family law* (Senate Bill No. 1255. Chapter 114).

[531] La norma expresa que la intención del legislador es derogar las decisiones en *In re Marriage of Davis* (2015) 61 Cal.4th 846 e *In re Marriage of Norviel* (2002) 102 Cal.App.4th 1152. BERENJI, Hossein: *¿What is a date of separation?* 29 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.berenjifamilylaw.com/blog/what-is-a-date-of-separation/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), explica que la sentencia fue problemática porque algunas parejas en situación de ruptura no podían separarse físicamente debido a limitaciones financieras, como el pago de la vivienda y los servicios públicos para dos viviendas, o bien decidían permanecer en la misma vivienda por considerar simplemente que esa decisión era la mejor para sus hijos. Por ello, el 25 de julio de 2016, el gobernador Jerry Brown firmó el Proyecto de Ley Senatorial Número 1255, que modificó disposiciones del Código de Familia de California y agregó la Sección 70. Ahora, el Código exige que los jueces consideren todas las pruebas pertinentes al determinar la fecha de separación.

[532] El artículo 70 del Código de Familia impone expresamente que, para determinar la fecha de separación, el tribunal debe tomar en consideración todas las pruebas pertinentes.

esposos que confrontan sobre la *fecha de separación* en hábitos tales como no mantener contacto con el cónyuge; no comer en el domicilio familiar; no utilizar el domicilio familiar como dirección postal, ni para inscribirse en el censo electoral; no llevar al cónyuge de vacaciones, ni a espectáculos; no enviar cartas, tarjetas, ni flores, ni decir "te quiero", ni expresar sentimientos similares; no llevar la ropa a lavar a casa; no presentar declaraciones de la renta conjuntas; no adquirir propiedades juntos; no decir que no se está separado del otro cónyuge; no reconciliarse ni hablar de reconciliación; o no mantener voluntariamente al cónyuge, ni disponer de cuentas corrientes o tarjetas de crédito conjuntas con él, ni disfrutar juntos de relaciones sexuales[533].

FAUCON[534] considera que California aplica un estándar de *intención subjetiva suficiente* para entender acreditado el hecho de que los cónyuges están separados a todos los efectos que analizamos aquí.

La separación de hecho también tiene consecuencias relevantes en la determinación del pasivo común. Así, según la sección 910, salvo disposición expresa en contrario de la ley, la comunidad de bienes es responsable de las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges *durante el matrimonio*, independientemente de cuál de ellos tenga la gestión y el control de la propiedad y con independencia de si uno o ambos cónyuges han contraído la deuda. La norma precisa que, *durante el matrimonio*, a efectos de su aplicación, no incluye el período posterior a la fecha de separación, tal como se define en la Sección 70, y antes de una sentencia de disolución del matrimonio o separación legal de las partes[535].

Por otra parte, conforme a la sección 914, una persona casada es personalmente responsable de ciertas deudas contraídas por su cónyuge *durante el matrimonio*. El precepto se refiere, en primer lugar, a las deudas contraídas para sufragar necesidades de la vida del cónyuge *antes de la fecha de separación* y, en segundo lugar, a las deudas contraídas por necesidades comunes de la vida del cónyuge *después de la fecha de separación*. Como vemos, la separación de hecho también es determinante de la responsabilidad del cónyuge frente a las deudas contraídas por su consorte para sufragar sus propias necesidades[536].

---

[533] BUTLER, Matthew: "The Date of Separation for Purposes of Divorce", *Journal of Contemporary Legal Issues*, Volumen 11, Número 1, 2000, pág. 274.

[534] FAUCON, Casey E. "Living Separate and Apart: Solving the Problem of Putative Community Property in Louisiana", *Tulane Law Review*, Volumen 85, Número 3, Febrero de 2011, pág. 804.

[535] Section 910: "*(a) Except as otherwise expressly provided by statute, the community estate is liable for a debt incurred by either spouse before or during marriage, regardless of which spouse has the management and control of the property and regardless of whether one or both spouses are parties to the debt or to a judgment for the debt. (b) "During marriage" for purposes of this section* does not include the period after the date of separation, as defined in Section 70, *and before a judgment of dissolution of marriage or legal separation of the parties*".

[536] MAKUPSON & HOWARD: *A Necessary of Life May Not be a Common Necessary of Life*. 7 de octubre de 2017. *https://www.pasadenafamilylawfirm.com/family-law-blog/2017/october/a-necessary-of-life-may-not-be-a-common-necessar/* (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), explican por ejemplo

En cuanto a las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges *después de la fecha de separación* pero antes del pronunciamiento de la sentencia de divorcio o separación legal de las partes, se atribuyen por un criterio propio. Así, las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges para sufragar las necesidades comunes de su vida o de la de los hijos del matrimonio a cargo de ambos, se atribuyen a cada cónyuge de acuerdo con sus respectivas necesidades y sus capacidades de pago en el momento en que se incurrió en la deuda. Las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges para sus propias necesidades o para las de los hijos del matrimonio se atribuirán sin compensación al cónyuge que incurrió en la deuda[537].

En coherencia con todo lo anterior, la sección 4338 establece que, en la ejecución de una orden de alimentos contra el cónyuge condenado a su pago, el tribunal realizará, en primer lugar, las ganancias, ingresos o ahorros del cónyuge obtenidos *después de la fecha de separación*, según se define ésta en el artículo 70[538].

Vemos, en definitiva, cómo el Derecho del Estado de California ha incardinado la separación de hecho como un evento nuclear para la determinación del cese de la comunicación ganancial, tanto en el plano activo como en el pasivo de la comunidad.

En el modelo californiano, el estándar de *intención subjetiva suficiente* es coherente con el hecho de que su sistema de divorcio no es culpabilístico, sino que establece como causa principal la existencia de *diferencias irreconciliables*, que hayan causado la *ruptura irremediable* del matrimonio[539].

---

que, en un matrimonio entre abogados, el esposo fue demandado por un proveedor informático en reclamación de una deuda contraída por su ex mujer para la compra de unos ordenadores para su despacho. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. El esposo recurrió y la Corte de Apelación desestimó el recurso. Según la sentencia, las necesidades comunes son aquellas que todas las familias necesitan (por ejemplo, comida, ropa y alojamiento). Lo que constituyen las necesidades de la vida del otro esposo depende de las circunstancias de cada matrimonio en particular. En el caso, se entendió que era difícil imaginar a un abogado razonable iniciando o manteniendo un bufete de abogados en California sin una computadora.

[537] Section 2623: "*Debts incurred by either spouse after the date of separation but before entry of a judgment of dissolution of marriage or legal separation of the parties shall be confirmed as follows: (a) Debts incurred by either spouse for the common necessaries of life of either spouse or the necessaries of life of the children of the marriage for whom support may be ordered, in the absence of a court order or written agreement for support or for the payment of these debts, shall be confirmed to either spouse according to the parties' respective needs and abilities to pay at the time the debt was incurred. (b) Debts incurred by either spouse for nonnecessaries of that spouse or children of the marriage for whom support may be ordered shall be confirmed without offset to the spouse who incurred the debt*".

[538] Section 4338: "*In the enforcement of an order for spousal support, the court shall resort to the property described below in the order indicated: (a) The earnings, income, or accumulations of either spouse after the date of separation, as defined in Section 70, which would have been community property if the spouse had not been separated from the other spouse. (b) The community property. (c) The quasi-community property. (d) The other separate property of the party required to make the support payments*".

[539] Desde 2014, la sección 2310 del Código de Familia de California dispone: "*Dissolution of the marriage or legal separation of the parties may be based on either of the following grounds, which shall*

La doctrina explica que el término *diferencias irreconciliables* puede referirse a cualquiera de los muchos problemas que las parejas deciden resolver al poner fin a su matrimonio. Para que se conceda el divorcio o la separación legal, el tribunal debe determinar que el matrimonio se ha roto hasta el punto de que no se puede salvar. Es suficiente con que una de las partes considere que el matrimonio está roto para proceder a la disolución. En un juicio de divorcio el juez pregunta a las partes si el matrimonio está roto sin posibilidad de reconciliación antes de emitir el decreto de divorcio, como una cuestión de formalidad[540]. Asimismo, se afirma que, para obtener el divorcio, solo hace falta que uno de los cónyuges quiera presentar la demanda. Si el otro cónyuge no quiere divorciarse, no hay mucho que pueda hacer, salvo tratar de retrasar el divorcio mediante maniobras legales, lo que puede exponerlo a tener que pagar honorarios de abogados por su conducta irrazonable[541].

El legislador californiano permite a los cónyuges concluir libremente con su matrimonio y, creemos que con una lógica consistente, también les facilita finalizar su sociedad legal desde la *fecha de separación*, que se tendrá por cierta desde que un cónyuge haya expresado al otro su intención de poner fin al matrimonio mientras su conducta sea coherente con esa intención.

El sistema californiano y el español se asemejan en conceder a las personas unidas en matrimonio la posibilidad de obtener el divorcio de manera libre y unilateral- uno, el nuestro, sin necesidad de alegar causa y, el otro, limitándola a manifestar que existen *diferencias irreconciliables* que implican una ruptura irremediable del matrimonio, sin necesidad de mayor acreditación-[542]. Ambos sistemas también guardan relación en considerar que la participación en las ganancias del otro cónyuge sólo cobra sentido cuando los esposos conviven y contribuyen en la generación de riqueza y la adquisición de patrimonio. California podría ser, por ello, una eventual fuente de inspiración para resolver la problemática de la ganancialidad durante la separación de hecho en nuestro ordenamiento.

---

be pleaded generally: (a) Irreconcilable differences, which have caused the irremediable breakdown of the marriage; (b) Permanent legal incapacity to make decisions".

[540] ROARK, Jeremy N.: *Irreconcilable Differences: What Are Reasons for Divorce?* Disponible en: https://hbplaw.com/blog/2020/04/irreconcilable-differences-what-are-reasons-for-divorce/ (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2024).

[541] BOHM WILDISH & MATSEN: *What is a No-Fault Divorce?* Disponible en: https://cadivorce.com/california-divorce-guide/planning-for-a-california-divorce/what-is-a-no-fault-divorce/ (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2024).

[542] Creemos relevante apuntar que este ordenamiento no debe considerarse ni mucho menos como una legislación enteramente ajena a nuestra cultura jurídica. Como recordaba la sentencia de la Corte Suprema de California de 20 de julio de 2015, la sección 771 es parte del esquema de propiedad comunitaria estatutaria de California, un sistema legal que se originó en Europa continental, llegó a México desde España y se convirtió en ley de California a través del tratado de 1848.

3.2.3.- Luisiana (Estados Unidos de América)

Conforme al *Louisiana Civil Code*, el régimen económico matrimonial de los matrimonios casados sin capitular es el de la comunidad de bienes y ganancias[543]. En dicho régimen, los bienes de los cónyuges son gananciales o separados[544].

La sociedad conyugal comprende los bienes adquiridos durante la existencia del régimen jurídico por el trabajo de los cónyuges; los bienes adquiridos con cosas comunes o con cosas comunes y separadas, a menos que estén clasificados como bienes separados; los bienes donados a los cónyuges conjuntamente; los frutos naturales y civiles de la sociedad conyugal; los daños y perjuicios concedidos por pérdida o daño a una cosa perteneciente a la sociedad conyugal; y todos los demás bienes no clasificados por la ley como bienes separados[545]. Son también bienes gananciales los frutos naturales y civiles de los bienes propios de un cónyuge, los minerales producidos o imputables a un bien propio y las primas, rentas, regalías y pagos que procedan de los arrendamientos de minerales, salvo que el cónyuge que los obtenga los haya reservado como propios en la forma prevista por la ley[546].

Los bienes privativos de cada cónyuge son de su exclusiva propiedad. Constituyen esa masa los bienes adquiridos por un cónyuge antes de la constitución del régimen de comunidad de bienes; los bienes adquiridos por un cónyuge con cosas propias, o con cosas propias y comunitarias cuando el valor de las cosas comunitarias sea insignificante en comparación con el valor de las cosas propias utilizadas; los bienes adquiridos por un cónyuge por herencia o donación a título individual; los daños y perjuicios concedidos a un cónyuge en una acción por incumplimiento de contrato contra el otro cónyuge, o por el daño sufrido como consecuencia de fraude o mala fe en la administración de los bienes comunitarios por el otro cónyuge; los daños y perjuicios u otras indemnizaciones concedidas a un cónyuge en relación con la administración de sus bienes privativos; y los bienes adquiridos por un cónyuge como consecuencia de una partición voluntaria de la comunidad durante la existencia de un régimen de comunidad de bienes[547].

El régimen jurídico de la comunidad de bienes se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, por declaración de nulidad del

[543] Artículo 2327.

[544] Artículo 2335.

[545] Artículo 2338.

[546] Artículo 2339.

[547] Artículo 2341.

matrimonio, por sentencia de divorcio o de separación de bienes, o por convenio matrimonial que ponga fin a la comunidad[548].

La sentencia de divorcio que, como hemos indicado, pone fin al régimen de comunidad de bienes, lo hace retroactivamente desde la fecha de presentación de la demanda. La ley precisa, no obstante, que la extinción retroactiva de la comunidad se entenderá sin perjuicio de los derechos de terceros adquiridos válidamente en el intervalo entre la presentación de la demanda y la inscripción de la sentencia[549].

3.2.4.- Ontario (Canadá)

En la provincia canadiense de Ontario, la *Family Law Act* establece un sistema que se conoce como "*equalization of net family property".* Se trata en lo básico de un régimen de participación[550].

El artículo 4.1 establece cuál es la *fecha de valoración* que debe tenerse en cuenta para las operaciones de cálculo. Ésta será la primera de las siguientes fechas: 1) la fecha en que los cónyuges se separan y no hay perspectivas razonables de que reanuden la cohabitación; 2) la fecha en que se concede el divorcio; 3) la fecha en que se declara la nulidad del matrimonio; 4) la fecha en que uno de los cónyuges inicia una solicitud de división de bienes ante el peligro grave de que el otro agote imprudentemente su patrimonio familiar neto; o 5) la fecha anterior a la fecha en la que uno de los cónyuges muere dejando al otro cónyuge sobreviviente.

Como vemos, una vez más, la fecha de separación efectiva de los esposos cobra relevancia trascendental en este ordenamiento para determinar los bienes que deben integrarse en el cálculo de las ganancias obtenidas durante el matrimonio.

Sucede sin embargo que, de nuevo, en este ordenamiento se reproducen los habituales problemas normativos y jurisprudenciales para definir con concreción cuándo debe tenerse por producida la ruptura a los efectos patrimoniales afectados. En este sentido, los tribunales de Ontario han emitido resoluciones que puede servir de orientación para la fijación de algunos criterios[551].

---

[548] Artículo 2356.

[549] Artículo 159.

[550] Según el artículo 5.1: ("*Equalization of net family properties*"): "*When a divorce is granted or a marriage is declared a nullity, or when the spouses are separated and there is no reasonable prospect that they will resume cohabitation, the spouse whose net family property is the lesser of the two net family properties is entitled to one-half the difference between them*".

[551] SHARIFF & ASSOCIATES: *Be prepared to substantiate your choice of separation date*. 29 de mayo de 2023. Disponible en: https://sharifflaw.com/be-prepared-to-substantiate-your-choice-of-separation-date/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024) afirman que los tribunales han sido claros en que decidir la fecha de valoración requiere la determinación de dos cuestiones separadas, que son cuándo se separaron las partes y cuándo no hay perspectivas razonables de reanudación de la cohabitación.

3.2.5.- Quebec (Canadá)

En el ámbito del ordenamiento canadiense, la provincia de Quebec adoptó un nuevo Código Civil en 1991, el *Civil Code of Québec* o *Code civil du Québec*, en vigor desde 1994[552]. Este ha mantenido varias de las normas y elementos que adoptó su antiguo Código Civil de 1866, de directa inspiración francesa[553].

En Quebec, los esposos quedan vinculados por una sociedad de ganancias en caso de contraer matrimonio sin otorgar capitulaciones en las que se sometan a otro régimen económico alternativo[554]. Los bienes que se integran en el acervo común son los adquiridos por cada uno de los cónyuges que la ley no califica de privativos. En particular, devienen gananciales los ingresos del trabajo y los frutos y rentas de todos los bienes privativos o adquiridos por los cónyuges durante el régimen.

El régimen de sociedad de gananciales se disuelve[555] por la muerte de uno de los cónyuges; por el cambio de régimen convencional durante el matrimonio; por sentencia de divorcio, separación personal, o separación de bienes[556]; por ausencia de uno de los cónyuges en los casos previstos por la ley; y por nulidad del matrimonio si, ello no obstante, el matrimonio produce efectos.

La separación de hecho no es causa de disolución del consorcio. No obstante, el legislador de Quebec también la tiene presente para matizar las reglas de la liquidación.

En primer lugar, en los casos de divorcio, separación y nulidad, los efectos de la disolución resultan retroactivos al día de la solicitud. Además, en cualquier supuesto de disolución del régimen, el tribunal podrá, a instancia de uno de los cónyuges o de sus sucesores, decidir que, en las relaciones entre los esposos, los efectos de la disolución sean retroactivos a la fecha en que dejaron de compartir una comunidad de vida[557]. Esta

[552] Las normas de este apartado se refieren a ese cuerpo legal.

[553] MELKEVIK, Bjarne: "El nuevo Código Civil de Québec y los derechos humanos: el paradigma de un nuevo derecho común", *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Números 4 y 5, Marzo-Noviembre 2012, págs. 11-124.

[554] Artículo 432: "*Spouses who, before the solemnization of their marriage, have not fixed their matrimonial regime in a marriage contract, are subject to the regime of partnership of acquests*".

[555] Artículo 465.

[556] En cuanto a la separación de bienes, el Derecho del Quebec reconoce a cualquiera de los cónyuges el derecho a solicitar la separación de bienes cuando la aplicación de las normas del régimen matrimonial resulte contraria a sus intereses o a los de la familia. Así, el artículo 488 de su Código Civil dispone: "*Either spouse may seek separation as to property when the application of the rules of the matrimonial regime proves to be contrary to the interests of that spouse or of the family*".

[557] Artículo 466. Según la redacción vigente de la norma, adoptada desde 2016, "*the effects of the dissolution are retroactive to the date when they ceased sharing a community of life*". Anteriormente, la dicción era distinta: "*the effects of the dissolution are retroactive to the date when they ceased to live together*". Lo relevante es ahora dejar de compartir una comunidad de vida, siendo antes cesar en la vida conjunta.

misma disposición se reitera en los supuestos en que la disolución del régimen se produzca como consecuencia de la separación judicial de bienes[558].

3.2.6.- Washington (Estados Unidos de América)

El *Revised Code of Washington*, Código de Washington[559], dedica su título 26 a las relaciones de familia. Parte de sus disposiciones regulan los derechos y obligaciones patrimoniales entre cónyuges. En concreto, el capítulo 26.16 regula los derechos y responsabilidades de los cónyuges y la propiedad comunitaria.

En el régimen de comunidad, la ley reconoce tres masas patrimoniales, las privativas o separadas de cada uno de los esposos y la común o ganancial.

Se consideran bienes privativos de cada esposo los bienes y derechos pecuniarios que poseía un cónyuge antes del matrimonio y los que adquiriera después por donación, legado, herencia, con sus rentas y frutos. Estos bienes no responden de las deudas del otro cónyuge. Su titular los podrá administrar, arrendar, vender, transmitir, gravar o legar por testamento, tan plenamente como si fuera soltero[560].

Por el contrario, son bienes gananciales los adquiridos por los cónyuges después del matrimonio. Cualquiera de los cónyuges puede realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes gananciales. Los actos de disposición sobre los bienes comunes requieren, por el contrario, el concurso de ambos esposos.

En el Estado de Washington, la ley también ha determinado expresamente que, cuando los cónyuges *vivan separados*, sus ingresos y ahorros serán propiedad privativa de cada uno de ellos. Asimismo, los ingresos y ahorros de los hijos menores corresponderán al cónyuge que tenga su custodia o, si no se ha dictado una sentencia de custodia, del cónyuge con quien éstos convivan[561].

---

[558] Artículo 489: "*Separation as to property judicially obtained entails dissolution of the matrimonial regime and puts the spouses in the situation of those who are conventionally separate as to property. Between spouses, the effects of the separation are retroactive to the day of the application unless the court makes them retroactive to the date on which the spouses ceased sharing a community of life*".

[559] Las normas de este apartado se refieren a dicha disposición.

[560] Artículo 26.16.010.

[561] Nos referimos al artículo 26.16.140, que lleva por título "*Earnings and accumulations of spouses or domestic partners living apart, minor children*". La norma dispone: "*When spouses or domestic partners are living separate and apart, their respective earnings and accumulations shall be the separate property of each. The earnings and accumulations of minor children shall be the separate property of the spouse or domestic partner who has their custody or, if no custody award has been made, then the separate property of the spouse or domestic partner with whom said children are living*".

FAUCON, Casey E.: op. cit., pág. 801, incide en que la actual redacción de la norma tiene origen jurisprudencial, al haberse aplicado fuera de su contexto un precepto que regulaba el que era, hasta el momento, el estatuto jurídico de los cónyuges: "*Although Washington's original coverture statute provided that the earnings and accumulations of a wife while living separate from her husband were her separate property, in 1948 the Washington Supreme Court first applied the doctrine of living separate*

Al dictar la sentencia de divorcio, el juez puede disponer el reparto equitativo entre esposos no solo de los bienes comunes, sino también de los privativos, teniendo en cuenta diversos factores[562]. Aun con ello, fijar la fecha de separación es relevante dado que, según se afirma, los tribunales generalmente tratan de abstenerse de recurrir a la propiedad privada de uno de los cónyuges a menos que sea necesario para lograr un resultado equitativo[563].

En aquella comunidad jurídica se habla de los "*defunct marriages*" (literalmente podría traducirse como "matrimonios difuntos"), para referirse a los cónyuges que han perdido toda esperanza de salvar la relación y, sin embargo, por alguna razón, no han solicitado el divorcio[564]. Tal como se produce en otros ordenamientos donde la separación de hecho constituye un hecho relevante para dar lugar a lo previsto en el presupuesto de una norma, en Washington también se plantea el problema de definir cuándo debe entenderse acreditada ésta.

Sobre ello, FAUCON[565] ha atribuido a Washington un estándar históricamente alto en la exigencia de los requisitos necesarios para considerar probada la ruptura. El autor realiza un análisis jurisprudencial que corrobora su planteamiento, pero haciendo ver cómo los pronunciamientos judiciales han relajado ocasionalmente el nivel de prueba

---

and apart outside of the coverture context. In Togliatti v Robertson, the wife obtained an interlocutory decree of divorce from her first husband but never obtained a final judgment of divorce. However, the spouses physically separated and never resumed marital relations. The court held that because the spouses were living separately and because the wife had obtained an interlocutory decree of divorce, the spouses were living separate and apart when the husband purchased four U.S. savings bonds. As a result, the savings bonds were his separate property. In 1972, Washington amended the coverture statute which now reads".

[562] Conforme al artículo 26.09.080 ("*Disposition of property and liabilities—Factors*"): "*In a proceeding for dissolution of the marriage (...), legal separation, declaration of invalidity, or in a proceeding for disposition of property following dissolution of the marriage or the domestic partnership by a court which lacked personal jurisdiction over the absent spouse (...) or lacked jurisdiction to dispose of the property, the court shall, without regard to misconduct, make such disposition of the property and the liabilities of the parties, either community or separate, as shall appear just and equitable after considering all relevant factors including, but not limited to: (1) The nature and extent of the community property; (2) The nature and extent of the separate property; (3) The duration of the marriage (...); and (4) The economic circumstances of each spouse (...) at the time the division of property is to become effective, including the desirability of awarding the family home or the right to live therein for reasonable periods to a spouse or domestic partner with whom the children reside the majority of the time*".

[563] En este sentido, REINGOLD JR, Will: *What is a "Defunct Marriage" in Washington?* 3 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.jdsupra.com/legalnews/what-is-a-defunct-marriage-in-washington-9483048/#_ftnref2, (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024). En apoyo de su argumentación, el autor cita la sentencia de la Corte Suprema de Washington de 5 de noviembre de 2009 (asunto "*In re Estate of Borghi*"): "*…although it is true that all property is subject to division in a divorce regardless of whether it is community or separate property, courts generally try to refrain from invading one spouse's separate property unless it is necessary to achieve an equitable outcome: "the right of spouses in their separate property is as sacred as is the right in their community property".*".

[564] REINGOLD JR, Will: op. cit,. loc. cit.

[565] FAUCON, Casey E.: op. cit. págs. 801-804.

exigido. Según plantea, teniendo en cuenta la vacilación mostrada por los tribunales de apelación de Washington a la hora de declarar que los cónyuges viven separados, en ausencia del inicio de un procedimiento formal de disolución o de un acuerdo de separación de bienes, estas decisiones implican que la forma más sólida de tener por constatada la separación será demostrar algún intento de disolución formal[566].

En consecuencia, existe una clara preocupación doctrinal por tratar de concretar los eventos que pueden considerarse realmente acreditativos de la separación de hecho.

REINGOLD JR advierte que la determinación de la fecha en que un matrimonio se entiende separado difiere de un caso a otro. Una muestra convincente que evidencia un matrimonio disuelto es la separación física, aunque esto por sí solo puede no ser suficiente[567].

En este mismo sentido, SHARPE[568] se refiere también a varias situaciones en las que, a su juicio, resulta difícil concretar si existe o no separación de hecho en la pareja. Pone como ejemplos: cuando se produce la ruptura afectiva con cohabitación; cuando los esposos viven separados pero asisten a terapia matrimonial; cuando los cónyuges no viven juntos pero disfrutan vacaciones compartidas de forma ocasional; cuando uno de los cónyuges mantiene una relación extraconyugal y es consciente de que su matrimonio ha terminado, pero el otro cónyuge lo desconoce absolutamente; o cuando los esposos están pasando por una separación de prueba, pero no se lo han informado a sus hijos y familias.

---

[566] FAUCON, Casey E.: op. cit., pág. 804.

[567] REINGOLD JR, Will: op. cit,. loc. cit. . El autor cita como ejemplo el asunto "Nuss contra Nuss", resuelto por la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Washington de 27 de abril de 1992. Éste constituye una guía útil para determinar el efecto de la terapia matrimonial en un matrimonio supuestamente ya separado. El tribunal de primera instancia consideró que el matrimonio estaba separado porque asistieron a terapia juntos e intentaron reconciliarse. A su juicio, esto evidenciaba que los esposos no estaban juntos. Sin embargo, la Corte de Apelación revocó la decisión, sosteniendo que esos mismos hechos, especialmente el intento de reconciliación, debían llevar a la conclusión de que el matrimonio aún no estaba separado, dado que las partes continuaron demostrando una voluntad de unión. En otras palabras, el tribunal *ad quem* entendió que las partes no tuvieron intención ni tomaron ninguna medida para terminar permanentemente el matrimonio, sino que más bien transmitieron el sentimiento opuesto con sus esfuerzos por tratar de salvarlo.

[568] SHARPE, Lisa Ann: *Did You Really Say Goodbye? What is the Date of Separation and What is the Legal Impact of that Date in Divorce?* 27 de octubre de 2022. https://www.jdsupra.com/legalnews/did-you-really-say-goodbye-what-is-the-6276997/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024). La autora propone que una forma de prueba es que uno de los cónyuges escriba directamente su intención de separarse y solicitar el divorcio. Pueden escribir una carta o enviar un correo electrónico a su cónyuge para tener una prueba objetiva de su estado de ánimo. Así, la certeza de separación se refleja en un documento vinculado a una fecha específica. En todo caso, según la actora, las acciones hablan más que las palabras, por lo que incide en que no deberían seguir tomándose vacaciones juntos, publicando fotos de la pareja en Facebook o enviando tarjetas navideñas juntos. Lo ideal sería que también comenzaran a utilizar cuentas bancarias separadas. Otra forma de prueba, dice esta autora, es la de un testigo externo, y aconseja informar de la voluntad de separación por escrito al cónyuge y a otra persona (un amigo o familiar), demostrándole también que ésta es cierta. La firma de un contrato de alquiler podría utilizarse también, según la autora, como prueba para establecer la fecha de separación.

3.3.- América del Sur

3.3.1.- Argentina

Desde 2015, Argentina reconoce el derecho a la elección de régimen económico matrimonial[569]. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias[570].

En el régimen de comunidad de ganancias concurren bienes privativos [571] y gananciales[572] de los cónyuges.

---

[569] En el Código Civil de Vélez Sarsfield, vigente entre 1871 y 2015, el régimen de comunidad de bienes venía impuesto a todo matrimonio. Así, KRASNOW, Adriana N.: "La comunidad de ganancias y la separación de hecho", Revista Jurídica, Número 12, 2008, págs. 58-59, advertía, durante dicho período, que "*nuestro derecho interno impide a los cónyuges optar libremente por un régimen de separación de bienes sin expresión de causa*".

[570] Artículo 463 del Código Civil argentino: "*Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449*".

[571] Son bienes propios de cada uno de los cónyuges los que define el artículo 464 del Código Civil: "*a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad; b) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta. Los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas. No son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso; c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario; d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio; e) los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas; f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado; g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación; h) los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella; i) los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico; j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella; k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición; l) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales; m) las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la*

La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido, aunque es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar los que son registrables, las acciones y participaciones sociales previstas por la ley, así como los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. Si se trata de bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde su administración y disposición a ambos en común, cualquiera que sea su participación. En caso de disenso, el cónyuge interesado puede requerir autorización judicial.

---

recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales; n) las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales; ñ) el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona; o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor".

[572] Conforme al 465 del Código Civil argentino, son bienes gananciales: "*a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464; b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro; c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad; e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio; f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad; g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial; h) los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad; i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original; j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella; k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla; l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico; m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios; n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición; ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios. No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta*".

La comunidad se extingue[573] por la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; por la anulación del matrimonio putativo; por el divorcio; por la separación judicial de bienes[574]; o por la modificación del régimen matrimonial convenido.

La separación de hecho no determina por tanto la extinción de la comunidad de ganancias, aunque, de acuerdo con el artículo 477.c), constituye una de las causas que posibilita, por sí sola y sin necesidad de ningún requisito adicional, obtener la separación judicial de bienes.

Ante el problema que plantean las situaciones contrastadas de separación de hecho que los cónyuges no siguen con la solicitud judicial de separación de bienes, el legislador argentino ha dado su respuesta con la introducción del vigente artículo 480 del Código Civil[575]. Lo ha hecho mediante la Ley número 26994, de 1 de octubre de 2014. Conforme a este precepto, la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación[576].

3.3.2.- Bolivia

El ordenamiento boliviano también ha asumido el principio de exigencia de la colaboración y convivencia entre esposos para reconocer la comunicación ganancial. Su implantación se ha realizado por la vía jurisprudencial.

Conforme al Código de las Familias y del Proceso Familiar, los cónyuges constituyen una comunidad de gananciales desde el momento de su unión. Disuelto el

[573] Artículo 475 del Código Civil argentino.

[574] Conforme al artículo 477 del Código Civil argentino, la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges si la mala administración del otro hace peligrar su eventual derecho sobre los bienes gananciales; si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero; o si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse.

[575] El referido artículo 480 ("*Momento de la extinción"*) lo dispone así: *"La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508".* Todas las normas de este apartado corresponden a ese mismo Código.

[576] El precepto incluso añade que el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes.

vínculo conyugal, las ganancias, beneficios u obligaciones contraídos durante su vigencia, se dividen en partes iguales[577].

En el patrimonio conyugal convergen bienes propios de los cónyuges y bienes comunes.

Los bienes propios son los obtenidos por causa de adquisición anterior al matrimonio; por recibirse donados o dejados en testamento; por serlo por sustitución de otros privativos; por tratarse de bienes personales; o por su acrecimiento[578].

Entre los bienes comunes la ley distingue entre los que son adquiridos por "*modo directo*" (los adquiridos con el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; los frutos de los bienes comunes y de los propios de cada cónyuge; los productos de juegos de lotería o azar, siempre que no se trate de los que provienen de sorteo o retención de valores o títulos pertenecientes a uno solo de los cónyuges; y los que se obtengan por concesión o adjudicación del Estado)[579] y "*por sustitución*" (los que se adquieren durante la unión a costa del fondo común, aunque la adquisición se haga a nombre de uno solo de los cónyuges; los aumentos de valor por mejoras útiles hechas en los bienes propios con fondos comunes o por la industria de la o el cónyuge; los inmuebles construidos a costa del fondo común sobre suelo propio de uno de los cónyuges, descontando el valor del suelo que le pertenece)[580]. Los bienes se presumen comunes, salvo que se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges[581].

Rige entre cónyuges el principio de cogestión de los bienes comunes[582].

La comunidad ganancial termina por la desvinculación conyugal, la declaración de nulidad del matrimonio y la separación judicial de bienes, en los casos en que procede[583].

En virtud de la terminación de la comunidad ganancial, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes, incluidos los que se le asignen como participación en los comunes. En lo sucesivo, no se comunican las ganancias al otro cónyuge, pero se debe contribuir al sufragio de los gastos comunes en la proporción que

[577] Artículo 176.

[578] Artículo 178.

[579] Artículo 188.

[580] Artículo 189.

[581] Artículo 190.

[582] Artículo 191.

[583] Artículo 198. El artículo 200 permite a los esposos solicitar la separación de bienes cuando se declara la interdicción o la desaparición del otro cónyuge, o cuando peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil, en la que pudiera incurrir su consorte.

corresponda. En el caso de separación judicial de bienes, los acreedores sólo pueden ejecutar los bienes del cónyuge deudor, por los créditos asumidos de manera posterior a la separación[584].

Pues bien, en el contexto normativo que queda expuesto, la jurisprudencia ha determinado que "*los bienes gananciales concluyen también, cuando los esposos, ya sea por la voluntad de uno o ambos cónyuges, ya no habitan en forma permanente el mismo domicilio conyugal, es decir, que ambos consintieron en una separación de hecho, poniendo fin a la comunidad de gananciales; pero, para tal afirmación, debe ser previa comprobación del mismo, ya sea mediante actos inequívocos como ser que ambos viven separados en diferentes domicilios de manera continua o mediante prueba idónea y fehaciente que evidentemente demuestre que los cónyuges ya no cohabitan, a pesar de estar vigente el vínculo matrimonial; porque los bienes adquiridos por los esposos en forma individual, luego de la separación de hecho (evidenciado), no puede ser parte de la comunidad de gananciales, porque ya no existió el esfuerzo e interés común de los mismos. (…) Al quebrarse el deber de cohabitación en forma permanente (separación de hecho), ya sea por la voluntad de uno o ambos cónyuges, se puso fin a la comunidad de gananciales".*[585]

3.3.3.- Colombia

En el ordenamiento colombiano, por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, salvo pacto en contrario formalizado en capitulaciones[586]. Los casados en país extranjero que se domicilien en Colombia, se presumen casados en separación de bienes, salvo que se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente por la legislación que les resultara aplicable[587].

El haber de la sociedad conyugal se compone, en lo principal, por los salarios y emolumentos que obtengan los cónyuges; los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan de bienes privativos o sociales; el dinero que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio, quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte; todos los bienes que cualquiera de los cónyuges

[584] Artículo 199.

[585] Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2015. En el caso analizado, el tribunal aprecia que "*en el presente caso, la separación de hecho de los esposos (…) se produjo el año 2004 (comprobado); es decir, que la comunidad ganancial de los mismos, concluyó el mencionado año, aunque seguía vigente la unión matrimonial, en ese sentido, todos los bienes que pudieran haber adquirido ambos esposos de manera personal, después de la separación de hecho (2004), se constituyen en bienes propios (…)*".

[586] Artículo 1774 del Código Civil colombiano, a cuyas normas se refiere este apartado.

[587] Artículo 180.

adquiera durante el matrimonio a título oneroso; y los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero[588].

En cuanto a su administración, la sentencia de la Corte Constitucional de 5 de diciembre de 2001 ofrece una síntesis del sistema, subrayando que "*la sociedad conyugal cuenta con una administración dual, la provista por el marido y la mujer, quienes tienen plena autonomía para disponer de los bienes propios que adquieran antes del matrimonio y de los bienes de la sociedad que adquieran con posterioridad al mismo. Marido y mujer serán entonces responsables ante terceros por las deudas personales que adquieran, de modo que los acreedores sólo pueden perseguir los bienes del cónyuge deudor, salvo concretas excepciones*".

Conforme al artículo 1820, la sociedad conyugal se disuelve: 1º) Por la disolución del matrimonio; 2º) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla; 3º) Por la sentencia de separación de bienes; 4º) Con carácter general, por la declaración de nulidad del matrimonio; y 5º) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública.

La disolución del matrimonio civil (y de los efectos civiles de los matrimonios religiosos), a su vez, tiene lugar por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado[589], siendo una de las "*causales*" del divorcio la *"separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*".

La separación de hecho no es, por tanto, causa directa de disolución de la sociedad conyugal. El ordenamiento colombiano no contiene ninguna norma que determine de forma expresa la posible retroacción de efectos de su disolución a la fecha de la separación de hecho.

El planteamiento del problema es, por tanto, en cierto modo similar al que se produce en el ordenamiento español.

La jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en algún asunto reciente sobre la relevancia de la separación de hecho en el funcionamiento de la sociedad conyugal. En concreto, resulta de especial interés la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de septiembre de 2021.

La sentencia explica que el ordenamiento colombiano guarda silencio en torno a qué sucede en la sociedad conyugal cuando los consortes continúan nominalmente casados pero cesan definitiva e irrevocablemente la convivencia recíproca, o exteriorizan y ejecutan una inequívoca voluntad de finalizarla de hecho.

[588] Artículo 1781.

[589] Artículo 152.

La resolución dedica un extenso análisis a la cuestión, incluso recopilando pronunciamientos dictados por tribunales de otros países de la región, así como del Tribunal Supremo de España.

Finalmente, la Sala considera que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho, definitiva e irrevocable, carecen de la connotación de sociales. La razón estriba en que "*en el interregno no puede hablarse de sociedad conyugal por ausencia de causa*". La resolución explica que la convivencia marital "*es el fundamento de la comunidad de gananciales, en cuanto posibilita materializar el socorro, la ayuda y trabajo recíproco, dirigido a solventar las contingencias ínsitas en el desarrollo de la relación familiar, al margen de la forma como cada uno concurre a ese propósito*.

Los bienes se califican como gananciales, en la medida en que los cónyuges viven juntos y forman una unidad de espíritu y colaboración. En la separación de hecho duradera, definitiva y permanente, el mutuo esfuerzo y trabajo desaparece. La Sala no considera ético ni razonable que, al quebrarse la comunidad de vida, los bienes que adquieran posteriormente los cónyuges devengan sociales. Precisamente al contrario, califica la acción dirigida a su petición como contraria a la buena fe y constitutiva de abuso de derecho.

La sentencia afirma que la separación de hecho definitiva e irrevocable de los cónyuges trae consigo la disolución de la sociedad conyugal. Faltando entonces la decisión judicial, ésta tendrá efectos retroactivos a la data cierta de la ruptura definitiva y permanente[590].

La polémica sobre esta materia continúa abierta, no obstante, en la comunidad jurídica colombiana. La propia sentencia que acaba de analizarse contiene un voto particular. El Magistrado discrepante[591] expresa que se quiere introducir una "*doctrina nueva, también* contra legem, *y es pretender que con la separación de hecho se produce automáticamente la disolución e incluso la liquidación de la sociedad conyugal, y así se afirma que al haber adquirido el bien objeto de ataque en este proceso, unos ocho años después de la separación de hecho, ya se trataba de un bien propio del marido, y que por lo tanto no existía interés de la demandante para reclamar sobre los actos dispositivos llevados a cabo respecto del inmueble, posición insostenible, salvo con la discutible alegación de que los procesos de divorcio, de separación de cuerpos o de bienes que tienen como causal la "separación de hecho entre los cónyuges que ha*

[590] *"La sentencia que con fundamento en la separación judicial o de hecho disuelve el matrimonio, con efectos en la terminación de la comunidad de bienes, no se toma determinante en términos constitutivos, por la potíosima razón de que esa extinción ya ha ocurrido, de ahí que, en el campo patrimonial, una decisión de esa naturaleza solo es declarativa, cuya nota característica, como se sabe, es constatar y reconocer un hecho desde siempre (efectos ex tunc)".*

[591] Sr. GARCÍA RESTREPO.

perdurado por más de dos años" son de carácter meramente declarativo, lo cual es totalmente erróneo, pues el juez no declara el divorcio sino que lo decreta".

El voto particular denuncia que, en Colombia, por mandato legal, la sociedad conyugal subsiste hasta que se disuelva por cualquiera de las causas legales, unas de hecho -como la muerte- y otras que requieren sentencia judicial -como es el caso de la separación de hecho, la cual no opera automáticamente, sino cuando el juez lo decreta-.

Cabe destacar que el voto discrepante considera que "*tampoco es válido el argumento traído de la legislación española sobre la inexistencia de participación en la adquisición de los bienes por uno de los cónyuges, porque en la ley colombiana no se exige esa participación*".

3.3.4.- Costa Rica

En Costa Rica, a falta de capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros[592].

Conforme al artículo 41, al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al decretarse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. El precepto prevé también la posible liquidación anticipada cuando el tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe que los intereses del demandante corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo.

Según dispone el mismo precepto ya citado, únicamente se excluyen de la relación de gananciales una serie limitada de bienes, entre los que se encuentran precisamente los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges[593].

El fundamento de la regla lo explica la jurisprudencia[594] indicando que, "*el origen de la naturaleza de los derechos gananciales, proviene de una presunción legal de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. (...) Aquel esfuerzo conjunto, es asumido por el ordenamiento no como una contribución necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de*

[592] Artículo 40 del Código de Familia. Las normas de este apartado son de este mismo Código.

[593] Aparte, la ley excluye los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; o los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.

[594] Por todas, sentencia del Tribunal de Familia de 11 de mayo de 2005.

las nupcias, y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc. La participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida (dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial) tiene una naturaleza igualitaria. Se presume que las adquisiciones de bienes y el incremento en las respectivas ganancias por parte de cualquiera de los consortes, tiene su origen en el esfuerzo conjunto de ambos y por consiguiente se reputará la condición de ganancialidad en beneficio de ambos".

En aplicación de esa doctrina se considera, por ejemplo, que cuando se compra un inmueble con precio aplazado, solo será ganancial en la parte que corresponda a aquellas cuotas satisfechas durante la convivencia[595].

Actualmente, la jurisprudencia considera que la ruptura de la convivencia derivada de aplicar una orden de protección no determina una separación de hecho subsumible en el artículo 41[596].

3.3.5.- Ecuador

El régimen legal aplicable en Ecuador es la sociedad conyugal, según los artículos 139 y 153 del Código Civil ecuatoriano[597]. Siguiendo a QUINZÁ REDONDO[598], se trata de un régimen económico de tipo comunitario en cuya virtud se forma una

[595] En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 2012 afirma que "…*la ganancialidad de un bien tiene por sustento el esfuerzo y la cooperación real y efectivos de ambos cónyuges*…". En términos más amplios, la sentencia del Tribunal de Familia de 11 de mayo de 2005 lo explica así: "…*la causa adquisitiva a través de la cual ingresó al patrimonio de la señora (...) el inmueble (...) fue la compra, (...) el estado civil de ella era casada, pero (...) la adquisición fue en el año dos mil dos y la separación de hecho de las partes fue aproximadamente en julio de ese mismo año (...), (...). Es decir, no medió entre las partes una relación estable de convivencia desde el momento de la adquisición del inmueble, sino que por el contrario para la época de la adquisición de dicho bien se da la separación de hecho de las partes, de ahí que no se cumple con el presupuesto básico de que la adquisición del bien es producto del esfuerzo común. Se constató en autos que la compra del inmueble se da a través de un préstamo (...) lo que realmente se puede considerar ganancial son las pocas cuotas que se cancelaron del préstamo obtenido para adquirir el inmueble (...) correspondientes a los meses en que las partes convivieron a partir de dicha adquisición hasta el momento de la separación de hecho. Será en Ejecución de Sentencia en donde se determinará el monto de dinero a que ascienden esas mensualidades (...)*".

[596] Sobre ello, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 11 de septiembre de 2020 y 30 de enero de 2020: "*Las medidas de protección no constituyen una separación de hecho (...) las medidas de protección dictadas en un proceso de violencia doméstica tienen como fin proteger la integridad física, psicológica, sexual y patrimonial de las personas agredidas. No puede concluirse (...) que esas medidas afectaron el derecho que ostentaba la actora. Pensar de esa manera, sería desconocer los principios protectores del artículo 51 de la Constitución Política, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, plasmados también en la Ley contra la Violencia Doméstica*".

[597] Las normas de este apartado son de ese mismo cuerpo legal.

[598] QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "El régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal ecuatoriana", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 24, 2017, pág. 57.

sociedad patrimonial entre los cónyuges, constituida por los bienes muebles que estos aporten y por los demás bienes que adquieran durante su vigencia a título oneroso.

La composición patrimonial de la sociedad conyugal se caracteriza por la existencia de dos grandes masas: el activo y el pasivo de la sociedad conyugal. Pero, junto al patrimonio social, resulta perfectamente posible que cada cónyuge ostente la propiedad y administración de sus bienes propios, así como la obligación de sufragar las deudas privativas. En este sentido, la pertenencia de un bien u obligación a uno u otro grupo supone la toma en consideración de, al menos, tres factores: la naturaleza de los bienes, la naturaleza del título de adquisición y el tiempo de adquisición[599].

Los cónyuges designan un administrador de la sociedad. En defecto de designación expresa, se atribuye el rol al marido. El administrador podrá realizar por sí solo todos los actos ordinarios relacionados con las necesidades del hogar. Requieren consenso de ambos esposos los actos de disposición, limitación y constitución de gravamen sobre inmuebles, vehículos a motor, acciones y participaciones mercantiles (artículo 181.1º). Por lo que respecta a la administración extraordinaria de la sociedad, cabe decir que ésta se produce en los casos en que uno de los cónyuges se encuentra incapacitado o impedido legalmente o ausente durante más de tres años sin comunicación con su familia, correspondiendo la administración al cónyuge que no se encuentra en tal situación (artículo 185)[600].

Como norma general, la sociedad se divide en dos mitades iguales al tiempo de su disolución.

Las causas de disolución de la sociedad conyugal (artículo 189) son la terminación del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges; la sentencia que declare la nulidad del matrimonio; la sentencia que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido por parte de sus herederos; y el divorcio.

En Ecuador, el cónyuge separado de hecho dispone de un mecanismo al que puede recurrir en caso de que, llegada la ruptura, no desee continuar vinculado ganancialmente con su consorte. Cualquier esposo –individual o conjuntamente- puede terminar la sociedad conyugal judicialmente sin necesidad de alegar ningún motivo o causa, y solicitarlo así en cualquier momento (artículos 189.3 y 217)[601].

[599] QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "El régimen…, cit., pág. 57.

[600] QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "El régimen…, cit., pág. 67.

[601] QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "El régimen…, cit., pág. 68, citando doctrina, indica que, en este caso, únicamente resulta necesaria la prueba de que los cónyuges están unidos en matrimonio.

3.3.6.-Perú

El Código Civil peruano también considera aplicables las reglas del régimen de la sociedad ganancial a los matrimonios que no hayan optado mediante escritura pública por el régimen económico de separación de patrimonios[602].

En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad[603]. El Código define los bienes que considera privativos de cada uno de los esposos[604], y atribuye a los restantes el carácter de sociales[605].

Cada cónyuge conserva la administración de sus propios bienes[606]. La administración y disposición de los bienes de la sociedad consorcial responde en líneas generales al principio de cogestión. Así, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social, aunque los esposos se pueden facultar entre ellos para asumirla exclusivamente respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos[607].

El Código peruano contiene disposiciones especiales sobre la administración de la sociedad conyugal en situaciones anómalas del matrimonio[608]. Así, la administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en

[602] Artículo 295.II, *contrario sensu*, del Código Civil peruano. Las normas de este apartado son de dicho Código.

[603] Artículo 301.

[604] Conforme al artículo 302, son bienes propios de cada cónyuge: "*1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales; 2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla; 3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito; 4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad; 5. Los derechos de autor e inventor; 6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio; 7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio; 8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio; 9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia*".

[605] Según el artículo 310, "*son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso*". Rige además una presunción *iuris tantum* del carácter social de los bienes en el artículo 311.

[606] Artículo 303.

[607] Artículo 313.

[608] Artículo 314.

los casos del artículo 294, incisos 1 y 2, es decir, si el otro está impedido por interdicción u otra causa; si se ignora su paradero; o si éste se encuentra en lugar remoto. Además, si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales. El Código prevé incluso que si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro pueda pedir que pasen a su administración, prestando garantía[609].

En cuanto a la disposición y gravamen de los bienes sociales[610], se requiere la intervención de ambos esposos, aunque cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad si tiene poder especial del otro. Se exceptúan los bienes muebles y los previstos en las leyes especiales, en los que vale la actuación de uno solo de los cónyuges.

El régimen de la sociedad de gananciales *fenece* por los motivos previstos en el artículo 318 del Código Civil. Se trata de la invalidación del matrimonio; la separación de cuerpos; el divorcio; la declaración de ausencia; la muerte de uno de los cónyuges; y el cambio de régimen patrimonial.

La separación de cuerpos y el divorcio son causales. Ambos remedios se fundamentan prácticamente en la existencia de las mismas causas, que son las doce primeras contempladas en el artículo 333, a las que se remite el artículo 349[611]. Las causales previstas en los incisos 5 y 12 del artículo 333 son el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo; y la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

Vemos así cómo, en el Derecho peruano, tanto la separación de hecho como el abandono del hogar se reconocen como causas de separación y divorcio, ambas

[609] Artículo 305.

[610] Artículo 315.

[611] Conforme al artículo 333, son causas de separación de cuerpos: "*1. El adulterio; 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias; 3. El atentado contra la vida del cónyuge; 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común; 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo; 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347; 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio; 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335; 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio*". Según el artículo 349 del mismo cuerpo legal, puede demandarse el divorcio "*por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12*".

determinantes de la disolución de la sociedad de gananciales, si bien exigiendo la acreditación de que se han perpetuado por un plazo determinado.

Ello no obstante, el artículo 319 precisa que, en ambos casos, para las relaciones entre los cónyuges la sociedad de gananciales fenece "*desde el momento en que se produce la separación de hecho*"[612]. Sin embargo, respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.

3.3.7.- Uruguay

Una particularidad del Derecho uruguayo es que los cónyuges, después de casados, no pueden acordar un régimen económico distinto mediante otorgamiento de capitulaciones[613].

A falta de "*convenciones especiales*", el Código Civil de Uruguay dispone que, en cuanto a los bienes del matrimonio, rige el sistema de la sociedad conyugal[614]. El patrimonio de la sociedad conyugal se forma con un activo formado por los bienes gananciales[615] y un pasivo que comprende las deudas sociales[616].

---

[612] Alguna doctrina ha sido crítica con esta medida. En particular, hacemos referencia a AGUILAR LLANOS, Benjamín: "Régimen patrimonial del matrimonio", *Revista de la Facultad de Derecho*, Número 59, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, págs. 313-355. Este autor hace ver que *"[e]l artículo 324 del Código Civil nos señala cómo proceder en el caso de la separación de hecho de uno de los cónyuges, estando en vigencia el régimen de gananciales. En este caso, el cónyuge culpable pierde su derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Obviamente, se trata de una sanción a aquel cónyuge que sin justificación alguna se aparta de la sociedad conyugal, la misma que como ya hemos señalado, queda administrada ahora por el cónyuge abandonado. El cónyuge que permanece en el hogar conyugal es ahora el que se encarga de hacer producir los bienes de la sociedad.*

En esa medida sería injusto, llegado el momento de la liquidación, que el cónyuge abandonante se presente a reclamar gananciales generados por el que estuvo al frente del patrimonio social. Por ello, se señala que el abandonante pierde sus gananciales proporcionalmente al tiempo en que se apartó del hogar conyugal. Sin embargo, esta norma termina siendo modificada tácitamente por la ley 27495, que indica que en los casos de abandono y separación de hecho, el término de la sociedad de gananciales se produce en el momento en que se da tal separación. Esto significa que la sociedad de gananciales terminará el día en que el cónyuge se apartó del domicilio conyugal, con lo cual la norma que estamos comentando prácticamente se hace inoperante. Si ya concluyó la sociedad de gananciales, a qué gananciales nos referimos cuando la sociedad como tal dejó de serlo, y por lo tanto lo que existe es una copropiedad; en esa medida, si el cónyuge copropietario hace producir el bien, sus frutos serán no solo de aquel que los produjo sino también del otro copropietario. Esto resulta obviamente injusto, por ello reclamamos nuevamente la plena vigencia del artículo 324".

[613] Artículo 1942 del Código Civil uruguayo, a cuyas normas se refiere este apartado.

[614] Artículo 1938.

[615] Básicamente, son bienes gananciales (artículo 1955): 1º) Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos; 2º) Los obtenidos por la industria, profesión, empleo, oficio o cargo de los cónyuges o de cualquiera de ellos. 3º) Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuesta, etc.; 4º) Los frutos, rentas e intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, sean procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges; 5º) Lo que recibiere alguno de los cónyuges por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio; 6º) El aumento de valor en los bienes propios de

En cuanto a la administración ordinaria de los bienes[617], cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, de sus frutos, del producto de sus actividades y de los bienes que pueda adquirir. Con carácter general, la disposición y gravamen real de los principales activos gananciales (inmuebles, casas de comercio, establecimientos agrícolas o ganaderos, o explotaciones industriales o fabriles) requieren la conformidad expresa de ambos cónyuges.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, los acreedores de un cónyuge podrán hacer efectivos sus derechos contra sus bienes propios y los gananciales cuya administración le corresponda, sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el cónyuge a la sociedad o la sociedad al cónyuge. Ninguno de los cónyuges puede obligar los bienes gananciales cuya administración le corresponda al otro, sin el consentimiento de éste.

Aparte, la ley contempla un régimen especial para la administración extraordinaria de la sociedad, que se aplicarán siempre que sea curador del otro, o cuando se oponga a la declaración de ausencia del otro. El juez conferirá también la administración a uno de los cónyuges, con las limitaciones que estime convenientes, de los bienes propios y gananciales cuya administración corresponda al otro, si hallándose éste absolutamente impedido, no hubiere proveído sobre la administración[618].

No obstante la imposibilidad de otorgar capitulaciones post nupciales, el Derecho uruguayo prevé la extinción del consorcio conyugal como consecuencia de diversos eventos. La disolución de la sociedad legal[619] puede tener lugar por 1º) la disolución del

---

cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer. Será también ganancial el edificio construido durante el matrimonio, en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía. Existe además una presunción de ganancialidad , conforme a la cual, se reputarán gananciales todos los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, si no se prueba que pertenecían privativamente al marido o a la mujer, a la celebración del matrimonio o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

[616] Son de cargo de la sociedad legal (artículo 1965): 1º) todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges; 2º) los atrasos o réditos devengados, durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuvieren afectos los bienes propios de los cónyuges o los gananciales; 3º) los reparos menores o de simple conservación ejecutados durante el matrimonio en los bienes propios de los esposos; 4º) los reparos mayores o menores de los bienes gananciales; 5º) el mantenimiento de la familia y educación de los hijos comunes y también de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges. Asimismo se tendrá como carga de la familia los alimentos que uno de los cónyuges está por ley obligado a dar a sus ascendientes; 6º) lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos o hijas del matrimonio; 7º) lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc.

[617] Artículos 1970 a 1978.

[618] Artículo 1979.

[619] Artículo 1998.

matrimonio[620]; 2º) la sentencia de separación de cuerpos[621]; 3º) la separación judicial de bienes; 4º) la declaración de ausencia; o 5º) la declaración de nulidad del matrimonio.

De las anteriores causas, la que más contrasta con nuestro ordenamiento es la separación judicial de bienes. Según el artículo 1985, en todo momento, cualquiera de los cónyuges o ambos de conformidad, podrá pedir, sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Como vemos, uno solo de los cónyuges dispone del derecho de obtener unilateralmente la disolución de la sociedad de gananciales. Ninguno de los cónyuges podrá renunciar, en las capitulaciones matrimoniales, la facultad de pedir la separación de bienes[622].

Decretada la separación de bienes, se dividirán los gananciales y, desde entonces, ninguno de los cónyuges tendrá parte en las ganancias que hiciere el otro[623].

La norma ampara esa pretensión con claridad. De procederse a la solicitud de separación de bienes, el juez deberá decretarla sin más trámite y ordenará la inscripción de la sentencia en el correspondiente Registro[624].

Deducida la acción de separación y aun antes de ella si hubiere peligro en la demora, el juez puede ordenar la formación del inventario de los bienes del matrimonio, así

---

[620] Según TROBO CABRERA, Gonzalo Mario: Sobre la sociedad conyugal en el Derecho uruguayo. Desde su nacimiento hasta su disolución. Disponible en: *https://www.academia.edu/44011740/SOCIEDAD_CONYUGAL_AEU* (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), esto tiene lugar por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio legalmente pronunciado (artículo 186 del Código Civil).

Las causas de divorcio son las previstas en el artículo 187 del mismo Código. El divorcio sólo puede pedirse por: 1º) las causas anunciadas en el artículo 148; 2º) el mutuo consentimiento de los cónyuges; 3º) la sola voluntad de la mujer. El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

[621] La separación de cuerpos solo puede tener lugar (artículo 148): 1°) Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges. 2°) Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria. 3°) Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. 4°) Por la propuesta de cualquiera de los cónyuges para prostituir al otro cónyuge. 5°) Por el conato de cualquiera de los cónyuges para prostituir a sus hijos o menores a cargo y por la connivencia en la prostitución de aquellos. 6°) Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común. 7°) Por la condena de uno de los cónyuges a pena de penitenciaría por más de diez años. 8°) Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años. 9°) Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado. 10º) Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible cuando se cumplan ciertos requisitos. 11º) Por el cambio de identidad de género cuando este se produzca con posterioridad a la unión matrimonial, aun cuando este cambio retrotrajera a una identidad anterior.

[622] Artículo 1986.

[623] Artículo 1992. El precepto subraya que, mientras la sentencia no sea inscrita, no surtirá efecto contra terceros

[624] El juez dispondrá además la citación por edictos de aquellos que tuvieren interés, para que comparezcan dentro del término de sesenta días. Los interesados que no comparecieran dentro de dicho término, sólo tendrán acción contra los bienes del cónyuge deudor.

como todas las medidas conducentes a garantizar su buena administración, pudiendo separar al marido o a la mujer de la misma o exigirle fianza[625].

Esta separación judicial de bienes puede cesar y restablecerse la sociedad conyugal (artículo 1996), y ésta también puede volver a disolverse y restablecerse de nuevo cualquier número de veces[626]. En cualquier caso, el restablecimiento de la sociedad requiere la anuencia de ambos cónyuges.

3.4.- Oceanía

3.4.1.- Australia

En Australia, se aplica la *Family Law Act* de 1975[627]. El matrimonio no determina la creación entre esposos de una masa patrimonial común. Sin embargo, cuando tiene lugar una crisis en la pareja que deriva en divorcio, el juez dispone de un amplio poder para ordenar la distribución de los bienes de los cónyuges[628].

Conforme a la sección 48 de la Ley[629], la causa de divorcio que debe referir la demanda es la ruptura irremediable del matrimonio. Esto se identifica con un cese de la convivencia durante un período continuo de no menos de 12 meses, inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, sin posibilidad de que se reanude[630] la cohabitación.

---

[625] Artículo 1989.

[626] TROBO CABRERA, Gonzalo Mario: op. cit., pág. 26.

[627] Este apartado se refiere a sus preceptos.

[628] Section 79 ("*Alteration of property interests*"): *"(1) In property settlement proceedings, the court may make such order as it considers appropriate: (a) in the case of proceedings with respect to the property of the parties to the marriage or either of them—altering the interests of the parties to the marriage in the property; or (b) in the case of proceedings with respect to the vested bankruptcy property in relation to a bankrupt party to the marriage—altering the interests of the bankruptcy trustee in the vested bankruptcy property; including: (c) an order for a settlement of property in substitution for any interest in the property; and (d) an order requiring: (i) either or both of the parties to the marriage; or (ii) the relevant bankruptcy trustee (if any); to make, for the benefit of either or both of the parties to the marriage or a child of the marriage, such settlement or transfer of property as the court determines"*.

[629] Section 48 ("*Divorce*"): "*(1) An application under this Act for a divorce order in relation to a marriage shall be based on the ground that the marriage has broken down irretrievably. (2) Subject to subsection (3), in a proceeding instituted by such an application, the ground shall be held to have been established, and the divorce order shall be made, if, and only if, the court is satisfied that the parties separated and thereafter lived separately and apart for a continuous period of not less than 12 months immediately preceding the date of the filing of the application for the divorce order. (3) A divorce order shall not be made if the court is satisfied that there is a reasonable likelihood of cohabitation being resumed*".

[630] La ley precisa en la sección 50 cómo afectan al cómputo de los plazos los intentos de reanudación.

La sección 49 precisa en qué consiste la separación[631]. Un matrimonio podrá considerarse separado aunque la cohabitación haya terminado por la acción o conducta de uno solo de los cónyuges. Asimismo, podrá considerarse que un matrimonio se ha separado aunque haya seguido residiendo en la misma vivienda, o aunque uno de los esposos haya prestado servicios domésticos al otro.

Según BOWES[632], la fecha de separación es importante para determinar el valor de los activos y pasivos a distribuir entre esposos. Una vez más, a la doctrina le preocupa definir cuándo puede entenderse producida la separación, principalmente cuando los esposos comparten la vivienda, ya sea por razones financieras, porque están esperando el final de un contrato de alquiler o la venta de una propiedad, o para permanecer cerca de sus hijos. En tales casos -explica BOWES-, los tribunales consideran importantes factores como cuándo terminaron las relaciones sexuales entre los esposos, cuándo dejaron de compartir dormitorio, cuándo separaron sus cuentas, o cuándo informaron de su ruptura como pareja a sus familiares y amigos, o se lo notificaron a agencias gubernamentales como *Centrelink.*

La separación puede ser iniciada por una de las partes y no necesariamente debe ser mutua, aunque la otra parte sí debe ser consciente de que la separación ha comenzado[633].

Vemos, en definitiva, que en Australia también es relevante la fecha de ruptura de la cohabitación por ese motivo tan habitual en otras tantas jurisdicciones: el cese de la cohabitación y la colaboración entre esposos excluye, como regla general, el posible derecho a participar en unas ganancias en cuya obtención no se ha participado de ninguna manera.

3.4.2.- Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda, la materia que nos interesa analizar se regula en la *Property – Relationships- Act* de 14 de diciembre de 1976[634].

Los esposos forman un patrimonio común ("*Relationship property*") con una serie de bienes relacionados en la ley[635], entre los que cabe destacar la vivienda familiar y sus

[631] Section 49 ("Meaning of separation"): "*(1) The parties to a marriage may be held to have separated notwithstanding that the cohabitation was brought to an end by the action or conduct of one only of the parties. (2) The parties to a marriage may be held to have separated and to have lived separately and apart notwithstanding that they have continued to reside in the same residence or that either party has rendered some household services to the other*".

[632] BOWES, Nicola: *Date of separation*. 4 de abril de 2024. Disponible en: https://www.taylor-rose.com.au/date-of-separation/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[633] BOWES, Nicola: ibid.

[634] Las normas que se citan en este apartado corresponden a ese cuerpo legal.

[635] Section 8 ("Relationship property defined"): *"Relationship property shall consist of: (a) the family home whenever acquired; and (b) the family chattels whenever acquired; and (c) all property owned*

bienes muebles, cualquiera que sea su fecha de adquisición; todos los bienes que sean propiedad conjunta o en común en partes iguales del matrimonio; todos los bienes que poseía cualquiera de los cónyuges o pareja inmediatamente antes de que comenzara su matrimonio, si la propiedad fue adquirida en contemplación del matrimonio y el bien estaba destinado al uso común o al beneficio común de ambos cónyuges o socios; o las adquisiciones posteriores a la fecha del matrimonio.

Frente a los anteriores, la ley determina que otros bienes[636] se consideran propiedad privativa de los esposos ("*Separate property*"). Entre éstos se incluyen los bienes que adquiera cualquiera de los cónyuges mientras no vivan juntos como una pareja casada.

Llegado el divorcio, la regla general es que los esposos se repartan por mitad los bienes comunes[637]. No obstante, si esa distribución resulta injusta para el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, puede alterar la distribución[638].

---

jointly or in common in equal shares by the married couple or by the partners; and (d) all property owned by either spouse or partner immediately before their marriage, civil union, or de facto relationship began, if— (i) the property was acquired in contemplation of the marriage, civil union, or de facto relationship; and (ii) the property was intended for the common use or common benefit of both spouses or partners; and (e) subject to sections 9(2) to (6), 9A, and 10, all property acquired by either spouse or partner after their marriage, civil union, or de facto relationship began; and (ee) subject to sections 9(3) to (6), 9A, and 10, all property acquired, after the marriage, civil union, or de facto relationship began, for the common use or common benefit of both spouses or partners, if— (i) the property was acquired out of property owned by either spouse or partner or by both of them before the marriage, civil union, or de facto relationship began; or (ii) the property was acquired out of the proceeds of any disposition of any property owned by either spouse or partner or by both of them before the marriage, civil union, or de facto relationship began; and (f)[Repealed] (g) the proportion of the value of any life insurance policy (as defined in section 2), or of the proceeds of such a policy, that is attributable to the marriage, civil union, or de facto relationship; and (h) any policy of insurance in respect of any property described in paragraphs (a) to (ee); and (i) the proportion of the value of any superannuation scheme entitlements (as defined in section 2) that is attributable to the marriage, civil union, or de facto relationship; and (j) all other property that is relationship property under an agreement made under Part 6; and (k) any other property that is relationship property by virtue of any other provision of this Act or by virtue of any other Act; and (l) any income and gains derived from, the proceeds of any disposition of, and any increase in the value of, any property described in paragraphs (a) to (k)".

[636] Section 9 ("*Separate property defined*"): "*(1) All property of either spouse or partner that is not relationship property is separate property. (2) Subject to sections 8(1)(ee), 9A(3), and 10, all property acquired out of separate property, and the proceeds of any disposition of separate property, are separate property. (3) Subject to section 9A, any increase in the value of separate property, and any income or gains derived from separate property, are separate property. (4) The following property is separate property, unless the court considers that it is just in the circumstances to treat the property or any part of the property as relationship property: (*a) all property acquired by either spouse or partner while they are not living together as a married couple *or as civil union partners or as de facto partners: (b) all property acquired, after the death of one spouse or partner, by the surviving spouse or partner, as provided in section 84. (5) Subject to subsection (6), all property acquired by either spouse or partner after an order of the court (other than an order made under section 25(3)) has been made defining the respective interests of the spouses or partners in the relationship property, or dividing or providing for the division of that property, is separate property. (6) However, where relationship property has been divided on the bankruptcy of a spouse or partner,— (a) the family home and any family chattels acquired after that division may be relationship property; and (b) any other property acquired by either spouse or partner after the discharge of that spouse or partner from bankruptcy may be relationship property*".

Al legislador neozelandés también le preocupa fijar la fecha que determina la finalización de los efectos de la comunidad entre los esposos. El criterio que toma la ley es que la relación de comunidad cesa: (a) si el matrimonio de los cónyuges no ha finalizado, desde la fecha en que se presente la solicitud ante el tribunal: (b) si el matrimonio ha finalizado (salvo por fallecimiento de uno de los cónyuges), desde la fecha en la que finalizó su matrimonio[639].

No obstante lo anterior, comprobamos que en este ordenamiento jurídico también ocurre, según su doctrina, que, en los procedimientos en los que se discute entre esposos sobre la naturaleza de los bienes, se presume que la propiedad acumulada después de la fecha de separación es propiedad separada[640].

3.5.- Conclusiones

Los modelos de Derecho comparado que hemos podido examinar regulan las relaciones económicas entre cónyuges de manera diferente al Derecho español común y lo hacen también de manera diferente entre sí. Aun con ello, existe una tendencia común a reconocer que, con la ruptura de la relación efectiva de la convivencia en el

---

[637] Section 11 ("*Division of relationship property*"): *"(1) On the division of relationship property under this Act, each of the spouses or partners is entitled to share equally in— (a) the family home; and (b) the family chattels; and (c) any other relationship property".*

[638] Section 13.

[639] Section 2F ("*Date at which* shares to be determined"): "*(1) For the purposes of this Act, the share of a spouse or partner in the relationship property is to be determined as at the following date: (a) if the* spouses' marriage*, the civil union partners' civil union, or the de facto partners' de facto relationship* has not ended, the date of the application to the court*: (b) if the spouses' marriage, the civil union partners' civil union, or the de facto partners' de facto relationship has ended (other than by the death of one of the spouses or partners), the date on which their marriage, civil union, or de facto relationship ended*".

Section 2G ("*Date at which* value of property to be determined"): *"(1) For the purposes of this Act, the value of any property to which an application under this Act relates is to be determined as at the date of the hearing of that application by the court of first instance. (2) However, the court of first instance or, on an appeal the High Court, Court of Appeal, or Supreme Court* may, in its discretion, decide that the value of the property is to be determined as at another date*".*

[640] En este sentido, COUSINS, Shaun: ¿What is the date of separation, and why is it important? 2 de Mayo de 2019. Disponible en: https://www.raineycollins.co.nz/your-resources/articles/2019-05-02 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

Asimismo, FUSCIC, Peter y KUMAR, Vinnie: *Separation - What's in a date?* 1 de Agosto de 2023. Disponible en: https://www.mcveaghfleming.co.nz/articles/separation (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024) explican que la separación se produce cuando los esposos ya no viven juntos como pareja. Para que se considere cierto el cese efectivo de la convivencia, se requiere la intención de separarse (elemento mental) y la separación real (elemento físico). Los factores relevantes para que el Tribunal considere si se ha producido la separación incluyen no compartir una vivienda, recursos financieros (por ejemplo, una cuenta bancaria conjunta), actividades domésticas (por ejemplo, cocinar), un dormitorio, la relación sexual, el ocio (por ejemplo, unas vacaciones), las actividades sociales (por ejemplo, asistir juntos a una fiesta de cumpleaños), o presentarse ante extraños como pareja.

matrimonio, cesa el derecho a compartir las ganancias que cada cónyuge obtenga después.

Formalmente, la separación de hecho no es causa de disolución de la sociedad conyugal en ninguno de los ordenamientos foráneos analizados. Sin embargo, cuando anticipan los efectos de la disolución al momento en que se ha producido la ruptura de la convivencia efectiva como cónyuges, eso es precisamente lo que las normativas estudiadas sancionan *de facto*.

En estrecha relación con lo anterior, el problema que parece más generalizado y difícil de reglamentar en todos los ordenamientos es el relativo a la verificación del momento en que debe considerarse producida la efectiva y definitiva quiebra de la relación de pareja, como fecha a la que poder estar para iniciar las operaciones de liquidación, principalmente para la formación del inventario. Parece común entre quienes estudian este problema en jurisdicciones de todo el mundo criticar la inseguridad que produce el carecer de criterios concretos y seguros que permitan acertar inequívocamente la fecha que un tribunal va a dictaminar, en caso de conflicto, como fecha de la separación de hecho.

Del análisis de los modelos examinados, creemos que -al margen de la solución consistente en aceptar lo que las partes puedan convenir a ese respecto- pueden identificarse hasta seis posibles respuestas legales para fijar la fecha del cese efectivo de la convivencia entre esposos, como momento al que anticipar los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial:

- Una primera solución pasaría por confiar al juzgador la fijación de la fecha definitiva de la ruptura, pudiendo valorar a tal fin todo tipo de pruebas e indicios[641].

- Las soluciones segunda, tercera y cuarta consistirían en fijar, como posibles fechas de la ruptura, las de presentación[642] o notificación a la otra parte[643] de la demanda de separación, divorcio o nulidad. La demanda es expresión clara de la pérdida de la *affectio maritalis*, al menos en uno de los esposos, y tiene lógica anticipar a ese momento los efectos entre esposos de las operaciones de liquidación.

[641] Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Lituania, Noruega, Polonia, Quebec y Nueva Zelanda (en caso de concurrir circunstancias excepcionales, o acreditarse la previa separación de hecho), Escocia y Argentina (si es anterior a la notificación de la acción de divorcio), Francia, Inglaterra y Gales, Rumanía, Bulgaria, Hungría, California, Ontario, Washington, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú, Australia,

[642] Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Lituania, Noruega, Quebec y Nueva Zelanda (como regla general), Alemania, Turquía, Lituania, Suiza, Luisiana.

[643] Escocia y Argentina (si es anterior a la separación de hecho) o Arizona.

- Una quinta alternativa consiste en aceptar que la sociedad concluye mediante la mera solicitud judicial del cese de la relación de comunidad a instancia de una sola de las partes, sin necesidad de alegación de causa[644].

- La sexta solución posible pasaría por fijar el momento de la disolución desde la fecha de una resolución judicial que autoriza a los esposos a no vivir juntos[645], lo que obviamente se traduce en una suerte de sistema de separación legal imperativa.

En cuanto a los remedios que ofrecen los ordenamientos analizados para corregir esa anomalía que supone la separación de hecho en el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial, parece que el procedimiento siempre se resuelve con unas pautas bastante comunes: primero, se identifica la fecha de ruptura efectiva de la convivencia; tras ello, se remonta a ese momento la reconstrucción del patrimonio a repartir; finalmente, se realizan las operaciones de inventario y avalúo ajustándose a ella. Algunos modelos permiten al juez realizar los ajustes y correcciones que, por circunstancias determinadas, pueda aconsejar cada caso.

En definitiva, cabe concluir que, en numerosos ordenamientos europeos, americanos y oceánicos, la separación de hecho determina el momento efectivo de la ruptura de la sociedad económica entre los esposos. Esto es lógica consecuencia de que todos esos ordenamientos jurídicos comparten con el nuestro la convicción de que el derecho a compartir las ganancias entre cónyuges se fundamenta en su convivencia y mutua colaboración efectiva.

4.- TRABAJOS LEGISLATIVOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* REALIZADOS SOBRE LA MATERIA

4.1.- Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

En primer lugar, haremos referencia a la Propuesta de Código Civil patrocinada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En esta obra se propone una reordenación sistemática de todas las normas dedicadas a regular el Derecho de familia en el Código Civil. Éstas se aglutinan en el Libro II de la propuesta[646], cuyo título VI aborda el régimen económico familiar[647]. La propuesta conserva en lo esencial el régimen económico matrimonial vigente. El régimen de gananciales se mantiene como supletorio de primer grado, con algunas modificaciones.

---

[644] Ecuador y Uruguay.

[645] Italia.

[646] Coord. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús.

[647] GARCÍA VICENTE, Jose Ramón: "Libro Segundo. Título VI. Capítulo IV", *Propuesta de Código Civil, Asociación de profesores de Derecho civil*, VVAA, coord. Libro Segundo MARÍN LÓPEZ, Jesús, Tecnos, Madrid, 2018.

La propuesta conserva la actual distinción entre causas que producen la disolución de la sociedad de gananciales *de pleno derecho* -que constan recogidas en el artículo 264-31 y coinciden con las del vigente artículo 1392 del Código- y causas que la determinan *judicialmente* y *previa solicitud de un cónyuge* –se relacionan en el artículo 264-32 de la propuesta y, en su esencia, coinciden con las del actual artículo 1393-.

Del análisis de ambos preceptos resulta que, según la propuesta que ofrece esta obra, la separación de hecho seguiría siendo una causa de disolución "*judicial*" de la sociedad de gananciales, que operaría "*previa solicitud de un cónyuge*". El cambio más significativo que se realiza en la propuesta consiste en la reducción del actual plazo de un año de separación de hecho por el de seis meses. El tenor del precepto modificado quedaría –en lo que nos interesa- así:

"*Artículo 264-32. Causas de disolución de la sociedad de gananciales previa solicitud de un cónyuge.*

1. También concluye por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: (…)

c) Llevar separado de hecho más de seis meses por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

(…)".

La propuesta tampoco plantea ningún cambio significativo en el tenor del vigente artículo 1394 del Código. Esta misma norma se recoge en el artículo 264-33 de la propuesta, a la que se añade una rúbrica: "*Momento en que se producen los efectos de la disolución en caso de solicitud de un cónyuge*". La redacción es muy semejante a la actual y se propone adaptarla en estos términos:

"*Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producen desde la fecha en que se acuerda. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practica el inventario, y el juez ha de adoptar las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*".

En lo que se respecta a los efectos de la presentación de la demanda de divorcio o separación, la propuesta tampoco incorpora ninguna novedad relevante en cuanto a su repercusión en la sociedad de gananciales[648]. Esto mismo se puede advertir del análisis del artículo 264-37 de la propuesta, que tampoco excluye, en el inventario de la sociedad de gananciales, las ganancias y adquisiciones obtenidas por los esposos desde su separación de hecho. Los efectos de la separación, en la propuesta, se producen desde que se dicta la sentencia que la declara (artículo 217-3.4).

[648] Así resulta de los artículos 2110-1 a 2110-5.

En definitiva, en términos generales, esta propuesta parece mostrar una preferencia por la continuidad en líneas generales del actual sistema. Destaca, no obstante, la alternativa que ofrece de reducir a la mitad el período que exige el ordenamiento vigente para que la separación de hecho pueda constituir causa de disolución judicial de la sociedad de gananciales a solicitud de uno de los esposos.

4.2.- Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de febrero de 2014

El 27 de febrero de 2014, el Consejo General del Poder Judicial emitió un informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria[649]. En el documento se apuesta claramente por reconocer la separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales.

El informe[650] advirtió que el Anteproyecto sólo preveía modificar el artículo 1392 del Código Civil para adecuar la terminología de su ordinal 3°, "*de tal forma que en lugar de hablar de "cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges", pase a hacerlo de "cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges", a fin de comprender el caso de la separación pactada ante Notario*".

El Consejo General del Poder Judicial consideró que la reforma legal proyectada suponía una buena oportunidad para introducir una reforma de calado mucho más profundo en el artículo 1392 del Código Civil, adelantando la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se produjera el cese efectivo de la convivencia:

"*Pues bien, creemos que esta reforma es una buena oportunidad para establecer una modificación legal, de forma que la disolución de la sociedad de gananciales se adelante al cese efectivo de la convivencia -fundamento ésta de la comunicación ganancial- en lugar de esperar a que se dicte sentencia y mucho menos a la firmeza de la misma"*.

Una primera medida en ese sentido era la de entender rota la convivencia desde la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio:

"A tal efecto, el cese efectivo de la convivencia se acredita con la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues si bien puede persistir la convivencia física es evidente que implica la ruptura de la affectio maritalis*, lo que desvirtúa radicalmente la comunicación ganancial*".

El informe proponía además mejorar esa previsión con una segunda medida:

---

[649] El texto íntegro del informe está disponible en: *https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Jurisdiccion-voluntaria* (fecha de consulta: 9 de mayo de 2024).

[650] Apartados 342 y 343.

"*Adicionalmente, habría que introducir un nuevo apartado para considerar la disolución de la sociedad de gananciales ante situaciones de separación de hecho, sin constancia jurisdiccional, a las que debe exigirse la acreditación fehaciente, como ya existe en diversas legislaciones sobre uniones de hecho (v. gr. manifestación o requerimiento notarial)*[651]".

Tras las anteriores reflexiones, el órgano consultivo redactó una propuesta de modificación del artículo 1392 del Código Civil, que pasaría a tener el siguiente tenor:

"La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1°. Desde la admisión a trámite de la demanda de disolución del matrimonio o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública.

2°. Desde la admisión a trámite de la demanda de nulidad matrimonial.

3°. Desde la admisión a trámite de la demanda de separación matrimonial o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges a la separación otorgado en escritura pública.

4°. Desde que se acredite fehacientemente la separación de hecho de los cónyuges.

5°. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código".

A los efectos que interesa destacar en esta investigación, el informe es relevante en cuanto apuesta de manera clara por identificar, en el entorno normativo actual, la *affectio maritalis* como elemento determinante de la existencia y subsistencia de la sociedad de gananciales.

Las dos medidas principales que proponía este informe –anticipar los efectos de la disolución en los pleitos matrimoniales al momento de la presentación de la demanda, y considerar disuelta la sociedad ganancial desde que se acredite fehacientemente la separación de hecho de los cónyuges- cobraban pleno sentido en un sistema en el que la continuidad del propio matrimonio depende exclusivamente de la voluntad de permanencia en comunidad de ambos cónyuges, al disponer cada uno de ellos de la libérrima facultad de obtener una sentencia de divorcio por su sola solicitud sin necesidad de alegación de causa alguna.

Como sabemos hoy, la ley informada se aprobó sin introducir la propuesta del órgano consultivo.

[651] En este sentido, respecto de la manifestación unilateral de ruptura que extingue la relación en la pareja de hecho, pueden verse, por ejemplo, el artículo 234-4 del Código Civil de Cataluña; los artículos 12.1.d) y 12.5 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía; el artículo 5.1.b) de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana; o el artículo 8.1.b) de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, de Baleares.

4.3.- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013

Aunque el aspecto más destacado del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013[652] fue su propósito de eliminar la excepcionalidad con la que, hasta ese momento, se regulaba la custodia compartida, este texto contenía una propuesta de modificación sobre el sistema de disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, en especial de la sociedad de gananciales.

Tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo de Estado emitieron sendos dictámenes sobre el texto. En este último, fechado a 24 de julio de 2014, se dedicaban los apartados 17 a 20 a analizar el aspecto que nos ocupa.

El preámbulo del Anteproyecto explicaba el motivo por el que su propuesta -que se dirigía básicamente a reformar el régimen de custodia de los menores- incluía modificaciones sobre preceptos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al régimen económico matrimonial: uno de los principales focos de conflicto en las rupturas familiares era "*la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos*". La exposición de motivos justificaba por tanto que, como consecuencia de las medidas que planteaba introducir en materia de régimen económico matrimonial, el aspecto económico entre esposos se solventaría desde el principio, redundando en la mejor relación entre los litigantes.

Así las cosas, el texto proyectaba modificar diversos preceptos. En lo que nos interesa, los tres cuerpos normativos principalmente afectados por la reforma eran el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil.

En el Código Civil destacaba la propuesta de reforma del artículo 102. En lo más relevante para nuestro estudio, la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio determinaba *ex lege* la suspensión de los efectos del régimen económico del matrimonio y, en particular, de la presunción de ganancialidad, medida que el Consejo de Estado consideró coherente con la voluntad de cese de la convivencia que los cónyuges ponen de manifiesto con la presentación de la demanda y que, muy frecuentemente, ya es efectiva en aquel momento[653].

Conforme al nuevo artículo 103, a la admisión de la demanda el Juzgado debía ordenar su anotación en el Registro Civil -hasta el momento tenía que ser instada por las

[652] El texto de este Anteproyecto de Ley se encuentra disponible en: *https://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf* (fecha de consulta: 9 de mayo de 2024).

[653] En cualquier caso, seguían siendo gastos de la sociedad de gananciales los vinculados, en general, al levantamiento de las cargas familiares, o a las necesidades de los hijos, o a la administración de los bienes gananciales.

partes-, pudiendo interesar cualquiera de los cónyuges su anotación en los Registros de la Propiedad y Mercantil. En esta línea de intervención, el Anteproyecto incorporaba la reforma de la normativa sobre Registro Civil, previendo la posible anotación de "*la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución o extinción del régimen económico matrimonial*".

Las modificaciones propuestas de la Ley de Enjuiciamiento Civil iban encaminadas a agilizar la liquidación de la sociedad de gananciales. Los procesos matrimoniales (artículos 770 a 778 de la LEC) y el procedimiento para la liquidación del régimen económico del matrimonio (artículos 806 y 811 de la LEC) incorporaban algunas novedades relevantes. La demanda de nulidad, separación o divorcio debía ir acompañada de una solicitud de formación de inventario, para el caso de que existieran hijos menores "*o incapacitados*" dependientes de los progenitores. Con la admisión de la demanda –que, según lo ya expuesto, determinaba la suspensión de efectos de la sociedad de gananciales- procedía a abrir una pieza separada para la formación del inventario dentro del mismo procedimiento matrimonial. El Consejo de Estado apuntó en su informe al Anteproyecto la conveniencia de extender estas mismas previsiones a los procedimientos que tuvieran por objeto la disolución de la sociedad de gananciales, al quedar solo planteado en el texto para los procesos derivados de la demanda de nulidad, separación o divorcio[654]. Asimismo, la reforma preveía la posible adopción de medidas cautelares urgentes *inaudita parte* tras la admisión de la demanda sobre la administración y disposición de los bienes inventariados[655].

Como explica el informe del Consejo de Estado, según el Anteproyecto, al dictarse la sentencia por la que tuviera lugar la disolución de la sociedad de gananciales, el trámite para su posterior liquidación dependía de la posible concurrencia de hijos menores o incapacitados afectados en el proceso. En caso de haberlos, el Anteproyecto propugnaba su liquidación de oficio. En otro caso, las partes podían solicitar la liquidación del

[654] Indicaba el informe sobre esto que "*[e]l proyectado artículo 809 de la LEC se ocupa únicamente de la pieza separada de formación del inventario dentro del proceso matrimonial, como se infiere de lo dispuesto en sus apartados 1 y 2. Pero no cabe duda de que tanto la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial como la formación del inventario pueden tener lugar, al margen del proceso matrimonial, en un procedimiento para la liquidación de dicho régimen. Por ello, deben realizarse los oportunos ajustes en el nuevo artículo 809 de la LEC para que sus previsiones resulten de aplicación indistinta en el proceso matrimonial y en el procedimiento para la liquidación del régimen económico del matrimonio".*

[655] El informe del Consejo General del Poder Judicial se mostró crítico con esta posibilidad, indicando que, por la trascendencia de la administración y disposición provisional de los bienes gananciales*, "la fijación de un trámite urgente que permita resolver al juez "inaudita parte" debe ser considerado con recelo*". En su lugar, aquel órgano consultivo proponía otras medidas alternativas menos comprometedoras del derecho de defensa, como "*acortar de diez a cinco días el plazo máximo de celebración de la comparecencia prevista en el vigente artículo 809.2 de la LEC, manteniéndose el plazo para dictar resolución a que se refiere el último párrafo del número citado –en el mismo día o al siguiente*-". En su informe, el Consejo de Estado entendió que esa posibilidad de adopción de medidas *inaudita parte* simplemente implicaba la posibilidad de llevar a cabo lo ya previsto en esos casos en el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

régimen económico en el plazo de un mes y, si no lo hacían y se trataba de una sociedad de gananciales, se aplicaría a los bienes inventariados el régimen de la comunidad de bienes.

A fecha de hoy, el Anteproyecto ha sido abandonado, atendiendo a la información que ofrece el portal de transparencia[656].

4.4.- Los principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges

En el conjunto de los veintisiete Estados que actualmente integran la Unión Europea convive una considerable diversidad de regímenes económicos matrimoniales. Ello es consecuencia de las notables diferencias culturales e históricas que existen entre los países miembros, especialmente acusadas cuando se trata de los situados en regiones diferentes[657].

Excede del propósito de este estudio extenderse en el trabajo y función que tiene encomendada la Comisión para el Derecho Europeo de Familia[658]. Ello no obstante, por el interés que tiene alguno de sus trabajos en la materia que estudiamos, se hace preciso destacar, siguiendo a LLODRÀ GRIMALT[659] que su principal objetivo es "*impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa. El resultado que se espera obtener mediante la creación de esta Comisión es fundamentalmente la formulación de un conjunto de principios del derecho europeo de familia que se considera que han de facilitar la armonización del Derecho de familia en Europa*". Esta exigencia también resulta de la creciente movilidad de los ciudadanos europeos en el espacio común y de la formación de familias por sujetos de distinta nacionalidad[660].

---

[656] https://transparencia.gob.es.

[657] FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: "Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio. Puntos de reflexión", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Número 17, 2005, pág. 28; LLODRÀ GRIMALT, Francesca: "La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales", *Nous reptes del Dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Girona, 2005, pág. 491; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: "La unificación del Derecho de Familia Europeo ¿quimera o realidad?", *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Volumen 62, Número 2, 2014, pág. 236.

[658] Esta comisión suele ser citada también con su acrónimo en inglés, CEFL (*Commision on European Family Law*).

[659] LLODRÀ GRIMALT, Francesca: op. cit., pág. 495.

[660] En este sentido, por ejemplo, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "Roma III: divorcios y separaciones sin fronteras", *Escritura pública*, Número 68, 2011, pág. 37, hace ver que el legislador comunitario *"es consciente de que el ciudadano europeo ejercerá mucho más, y con más frecuencia y normalidad, su derecho a moverse en su interior, en la medida en que "padezca" menos dificultades como consecuencia de un cambio de residencia dentro de las fronteras de la Unión*". En este mismo sentido, ALGARRA PRATS, Esther: "El régimen de participación como modelo para la armonización de los regímenes económico-matrimoniales en Europa", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador*

Algunos trabajos de la CEFL han tenido notable influencia doctrinal y son objeto de cita habitual en las resoluciones de los tribunales españoles. En particular, en este sentido destaca su documento sobre *Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental*[661].

En octubre de 1998, en el Cuarto Simposio de Derecho de Familia Europeo de Regensburg, se expuso el régimen económico matrimonial legal vigente en distintos países europeos. La conclusión a la que se llegó fue que las diferencias entre los regímenes económicos matrimoniales europeos no son tan grandes. En consecuencia, se decidió optar por la búsqueda de la mejor solución aplicable, aun subrayándose que existían peculiaridades entre los sistemas que no eran fáciles de aproximar[662]. Siguiendo el método adoptado en su día por el legislador alemán[663], la metodología de trabajo que se consideró adecuada consistió en intentar reducir la multitud de regímenes que existen en el territorio de la Unión a tipos básicos o fundamentales. Estos tipos básicos habrían de ser uniformes en Europa. Cada legislador nacional podría reservar uno de esos tipos básicos como régimen legal y los otros como optativos[664].

Así, según explica LLODRÀ GRIMALT[665], de los estudios comparados resulta que los regímenes económicos matrimoniales se clasifican básicamente en dos tipos, dependiendo de si los cónyuges cambian o no la posición en relación con su propio patrimonio. Si, durante el matrimonio, cada cónyuge sigue gestionando y administrando libremente sus bienes, se habla de "separación de bienes"; entre estos regímenes también se consideran incluidos los de participación. Por el contrario, si durante el matrimonio se forma una masa patrimonial común sometida a una administración y responsabilidad conjuntas, se habla de sistemas de "comunidad de bienes".

Carrión Olmos, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant Valencia, 2022, pág. 74.

[661] Los mencionan, entre otras muchas, la SAP de Jaén de 5 de noviembre de 2024, la SAP de Barcelona de 30 de julio de 2024, la SAP de Barcelona de 17 de junio de 2024, la SAP de Barcelona de 12 de abril de 2024, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de mayo de 2023.

[662] LLODRÀ GRIMALT, Francesca: op. cit., pág. 499. También advierte sobre lo mismo GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: op. cit., pág. 278.

[663] Según LLODRÀ GRIMALT, Francesca: op. cit., pág. 499, redujo a cinco los doscientos sistemas distintos que había en Alemania antes del BGB.

[664] En esta misma línea de razonamiento, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: op. cit., pág. 239, opina que "*es más preciso hablar de armonización del Derecho de familia europeo que de unificación, pues establecer las mismas normas para todos los estados miembros en esta materia no es viable, sin embargo, sí debe perseguirse la búsqueda de esos principios que inspiren o guíen los distintos ordenamientos, tratando por tanto de buscar sus puntos comunes*" y explica, op. cit., pág. 241, que "*la Comisión de Derecho de Familia Europeo pretende la armonización de este derecho, buscando (…) el núcleo común existente en los diferentes ordenamientos, tras un exhaustivo análisis comparativo entre los mismos, y una vez obtenido ese núcleo, (…) obtener unos principios europeos comunes en Derecho de familia*".

[665] LLODRÀ GRIMALT, Francesca: op. cit., pág. 500.

Esta dualidad de sistemas se ha visto reflejada en el documento de la CEFL *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*[666]. La CEFL explica que ese documento se ha redactado sobre la base de los informes nacionales, que deben leerse junto con los comentarios y el resumen comparativo que se proporcionan en la publicación[667]. Los informes nacionales a los que se refiere la Comisión fueron elaborados por juristas de diversos Estados[668], respondiendo a un cuestionario predispuesto por la organización[669]. La CEFL pretende destilar las bases de dos posibles regímenes económicos matrimoniales que, a su juicio, integrarían las mejores disposiciones extraídas del Derecho comparado entre los dos modelos más extendidos entre los Estados de la Unión, como supletorios de primer grado, que son el de comunidad y el de participación.

En lo que más relevante resulta, a los efectos de nuestra investigación, el cuestionario distribuido entre el equipo plurinacional de juristas europeos incluía una pregunta, la número 44[670], que planteaba esta cuestión:

"¿Qué fecha es determinante para la disolución del régimen de comunidad? Distinga entre los distintos motivos mencionados en la Pregunta 43[671]. ¿En qué fecha se determinan y se valoran? ¿Es relevante el hecho de que los cónyuges vivan separados antes de la disolución del matrimonio?".

Tras analizar las respuestas, el documento de la CEFL dedica el principio 4:49 a regular las "*causas de disolución*" de la comunidad de gananciales y dispone:

"La comunidad de gananciales se disuelve por

(a) el fallecimiento de uno cónyuges;

---

[666] *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.* Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-Spanish.pdf (fecha de consulta: 3 de marzo de 2025).

[667] Website de la CEFL. Disponible en: https://ceflonline.net/principles/ (fecha de consulta: 4 de marzo de 2025).

[668] El cuestionario correspondiente a España fue cumplimentado por GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *National Report: Spain*. Octubre de 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Property.pdf (fecha de consulta: 4 de marzo de 2025).

[669] Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Questionnaire-Divorce-and-Maintenance-Between-Former-Spouses.pdf (fecha de consulta: 4 de marzo de 2025).

[670] *"What date is decisive for the dissolution of the community property? Distinguish between the different grounds mentioned under Question 43. At what date are the community assets determined and valued? Is the fact that the spouses are living apart before the dissolution of the marriage relevant?"*.

[671] *"¿What are the grounds for the dissolution of the community property regime, e.g. change of property regime, separation, death of a spouse or divorce?"*. (Lo que viene a corresponderse con "¿Cuáles son las causas de disolución del régimen de comunidad de bienes, por ejemplo, cambio de régimen económico, separación, fallecimiento del cónyuge o divorcio?").

(b) la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal;

(c) la estipulación de un régimen económico matrimonial distinto mediante capitulaciones entre los cónyuges; o

(d) la decisión de la autoridad competente ordenando la separación de bienes por causa grave".

El documento de la CEFL dedica tras ello el principio 4:50 a la "*fecha de la disolución*" de la comunidad y establece lo siguiente:

"La disolución de la comunidad de gananciales tiene efecto

(a) en la fecha del fallecimiento de uno de los cónyuges;

(b) en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se separaron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro por la autoridad competente;

(c) en caso de capitulaciones estipulando un régimen matrimonial distinto, respecto a los cónyuges en la fecha del cambio, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación del convenio;

(d) en caso de separación de bienes ordenada por la autoridad competente, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda, y respecto a terceras personas, en la fecha de publicación de la demanda".

A modo de conclusión, en la propuesta de la CEFL, tanto en el ámbito de los procedimientos sobre anulación del matrimonio, divorcio o separación legal como en el de los procedimientos sobre separación de bienes por causa grave, se apuesta por recomendar a los Estados miembros de la Unión que regulen regímenes de comunidad para el matrimonio que, respecto a los cónyuges y sin perjuicio de terceros, opten por un sistema en el que se reconozca la anticipación de los efectos de la disolución de la comunidad de gananciales. El documento de la CEFL se refiere expresamente a las situaciones en que los cónyuges estén separados de hecho antes de dictarse la sentencia y, para tales supuestos, recomienda con claridad que la fecha a la que alcance la retroacción de los efectos de la disolución sea la de la separación.

Es cierto que, como subraya ALGARRA PRATS[672], el texto de la CEFL dispone de un mero valor académico, carente pues del normativo, aunque cabe destacar con ella que "*hace un análisis de los regímenes económico-matrimoniales de la Unión Europea y a partir de ese análisis, formula lo que considera que podrían ser unos principios comunes que pudieran inspirara a los legisladores nacionales y quizá también al*

[672] ALGARRA PRATS, Esther: "El régimen… cit., pág. 77.

legislador europeo si se plantease ofrecer un régimen económico-matrimonial opcional, común para toda la Unión".

CAPÍTULO SEGUNDO.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

I.- RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL SOBRE LA MATERIA

1.- LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA EXAMINADA

Según afirma el Código Civil, *mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla*. El derecho que cada uno de los esposos adquiere a través de este régimen económico tiene su fundamento en la convivencia y colaboración conyugal. El reconocimiento de esa realidad ha sido constante en la tradición jurídica española. Por otra parte, en un lento proceso de normalización, el legislador ha ido asimilando que la separación de hecho es una eventualidad habitual e inevitable en el seno de algunos matrimonios y que su aparición provoca una serie de problemas característicos que requieren, más que castigo o desatención normativa, necesaria solución[673].

A pesar de ese pacífico entendimiento de las cosas, el legislador no ha dotado todavía a los esposos casados en gananciales de una norma que les reconozca de manera inmediata, tras una ruptura de su convivencia, titular y disfrutar como exclusivamente suyos los rendimientos y adquisiciones obtenidos con su solo esfuerzo o sus propios recursos. Es cierto que hoy los cónyuges pueden acordar la separación de bienes cuando así lo estimen necesario. Sin embargo, alcanzar un consenso sobre esa medida tampoco es siempre posible. Los esposos podrán acudir entonces a la vía judicial para intentar la disolución de la sociedad de gananciales[674], pero esa decisión tampoco será siempre de acomodo y, además, en tal caso, la sociedad ganancial continuará formalmente hasta que se pronuncie la sentencia estimatoria de la demanda. Aparte, los cónyuges podrán acudir al procedimiento de nulidad, separación o divorcio, si bien las sentencias que resuelven ese tipo de procedimientos contienen pronunciamientos que pueden desbordar el mero deseo del demandante de poner fin al consorcio económico conyugal.

Como es sabido, la jurisprudencia no es fuente de Derecho en nuestro sistema. La doctrina del Tribunal Supremo cumple, sin embargo, con la importante función

[673] En ese *iter* hemos visto, por ejemplo, cómo se autorizó a la esposa separada de hecho a trabajar y obtener un salario sin posible oposición de su marido; cómo se reconoció el abandono del hogar como causa de separación; cómo se permitió a los cónyuges modificar por pacto sobrevenido su régimen económico matrimonial; o cómo se construyó el nuevo modelo de separación y divorcio en torno a la figura del cese efectivo de la convivencia. Forma parte de esa misma secuencia, por supuesto, el reconocimiento de la separación de hecho superior a un año como causa de disolución de la sociedad de gananciales, a instancia de parte y por decisión judicial.

[674] Aunque ello, con carácter general, exigirá acreditar un intento de solución extrajudicial del conflicto tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, según explicaremos con mayor detalle en el capítulo cuarto de esta tesis.

complementadora que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil. Hemos visto cómo, al abordarse el debate parlamentario de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el acuerdo ya alcanzado para excluir del activo ganancial los ingresos obtenidos por los esposos tras la separación de hecho no se rubricó en la votación final del artículo 1397. El motivo de esa ruptura de acuerdo fue, principalmente, que tal medida dejaría en peor posición al esposo que contribuía a la sociedad con los frutos de sus bienes privativos que al que aportaba su salario. Como indicamos en su momento, algunos autores advirtieron que la ley había dejado sin regular ese aspecto.

Pues bien, veremos en este apartado de la investigación cómo la jurisprudencia ha sancionado una construcción doctrinal que, en ciertas situaciones de ruptura de la convivencia, permite materializar el derecho de cada uno de los esposos a mantener como propio lo que haya ganado o adquirido sin la colaboración del otro. La inacción del legislador ha provocado, además, que el propio Tribunal Supremo haya sido quien, con su doctrina, ha ido definiendo las situaciones en las que cabe hacer efectivo ese derecho.

La importancia de la jurisprudencia en la materia ha sido y aún hoy es, por tanto, indiscutible, habiéndose apuntado con razón que el mayor esfuerzo para remediar las consecuencias injustas derivadas de la aplicación estricta de las normas que regulan la sociedad ganancial durante la separación de hecho ha venido de su mano[675].

2.- LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS DISTINTOS PERÍODOS

Como emanación de un poder del Estado, la jurisprudencia se produce con sujeción a los principios de legalidad y proscripción de la arbitrariedad. En su función creadora de doctrina, el Tribunal Supremo debe asegurar la eficacia del principio de seguridad jurídica. Incluso, desde la óptica constitucional, es exigible a los tribunales el deber de resolver los asuntos de los que conozcan aplicando las mismas reglas que hayan utilizado para dictaminar en situaciones similares. El carácter reiterado de la doctrina del Tribunal Supremo es ya de por sí exigible para que ésta devenga jurisprudencial.

De acuerdo con las anteriores premisas, la estabilidad es una nota relevante y característica de la jurisprudencia. Con esa interpretación continuada de la norma, el Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico, realizando la función de sincronizar el Derecho positivo y la realidad vigente[676].

Los autores que han estudiado la materia suelen subrayar que, no obstante todo lo anterior, la jurisprudencia se caracteriza por su dinamismo y que el propio Tribunal

[675] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 65.

[676] STS de 15 de julio de 1988.

Supremo "*se apresura a decir que no queda definitivamente vinculado por resoluciones anteriores*"[677]. La observación es atinada.

Por una parte, en la medida en que no es fuente de Derecho, los tribunales inferiores pueden apartarse razonadamente de los dictados de la jurisprudencia cuando entiendan que así lo exige la justa resolución del conflicto del que conozcan, con arreglo a las demás fuentes del Derecho y al contexto del momento[678]. Tan es así que, de llegar el asunto a casación, el propio Tribunal Supremo podrá reconsiderar su doctrina, haciendo propio el criterio corregido por el tribunal inferior.

Por otra parte, el propio Tribunal Supremo puede revisar y reelaborar su propia doctrina, atendiendo precisamente al concreto marco en que se desarrolle y resuelva el asunto, según lo previsto en el artículo 3.1 del Código Civil. Ciertamente, en ese contexto puede ser relevante la existencia de reformas normativas en el ordenamiento jurídico[679].

La materia que nos ocupa ha sido objeto de un planteamiento recurrente en numerosos conflictos que han llegado hasta el Tribunal Supremo mediante los correspondientes recursos de casación. Aunque nunca se ha cuestionado cuál es el verdadero fundamento de la sociedad ganancial y su estrecha y necesaria relación con la colaboración y convivencia entre esposos, la jurisprudencia no siempre ha resuelto los intereses en liza aplicando la misma doctrina; ni siquiera lo ha hecho siempre en un mismo sentido. Como podremos comprobar, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia ha sido objeto de transformaciones muy relevantes y de cambios de orientación ostensibles.

A nuestro juicio, el estudio de las sentencias más significativas dictadas por el Tribunal Supremo sobre la cuestión que nos ocupa permite catalogarlas en tres períodos consecutivos y diferentes.

---

[677] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 62.

[678] Sobre ello, la STS de 22 de julio de 1994, recuerda que, según la propia doctrina de la Sala, cuando la jurisprudencia ha fijado una interpretación normativa, el tribunal inferior debe acatarla, en tanto no demuestre su antinomia con el verdadero contenido de la ley. Explica sobre ello BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La norma…,* cit., pág. 63, que "*la trascendencia normativa* -de la jurisprudencia- *no parece que se pueda traducir en una vinculación de los órganos judiciales jerárquicamente inferiores a las precedentes resoluciones de los órganos superiores y, en concreto, a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo*". Para este autor (*ibídem*), "*el art. 117-1 C.E. significaría que sería inconstitucional la ley que introdujera en nuestro ordenamiento jurídico la regla del precedente vinculante sobre el modelo de los sistemas de common law*".

[679] Sobre ello, BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *La norma…,* cit., págs. 63-64, incide en lo que afirmó la STS de 1 de febrero de 1958, en cuanto a que "*no quiere decir que la doctrina jurisprudencial sea absolutamente inalterable, pero sí que es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto las circunstancias del vivir, un inequívoco error o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la procedente rectificación*".

Cronológicamente, el *período inicial* comprendería la jurisprudencia emitida durante los años anteriores a la promulgación del Código Civil y la que continuó tras la vigencia de su primer texto, con sus posteriores reformas, hasta las introducidas por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio. Es una etapa en la que el Tribunal Supremo desarrolla una doctrina de atenuación de las reglas de la sociedad de gananciales con relación a la administración de los frutos de los bienes parafernales, ante situaciones de separación de hecho. Sin embargo, durante este período la jurisprudencia se muestra rígida en el desprecio de la separación de hecho como posible causa de exclusión de la ganancialidad de los bienes y rendimientos adquiridos por los esposos durante la situación de ruptura.

El inicio del *período intermedio*, que sería el segundo, lo marca la STS de 13 de junio de 1986. Esta resolución constituye un hito y referente en la materia que estudiamos. Por primera vez, el Tribunal Supremo sienta como doctrina que la libre separación de hecho excluye el fundamento de los derechos de viudedad y de participación en la sociedad matrimonial aragonesa, que es la convivencia mantenida por los cónyuges hasta el momento de la muerte de uno de ellos. La referida sentencia llega a la conclusión de que, en esas circunstancias, la petición de los derechos de viudedad y participación significa un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso del derecho, que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social.

A lo largo del período al que da inicio esa resolución, el Tribunal Supremo extiende su mismo razonamiento a otras sentencias en las que el objeto de debate es ya la sociedad ganancial. Nace así la -que denominamos, en este trabajo- *doctrina de la limitación funcional de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho*[680]. Esta elaboración doctrinal parte de la premisa de que el fundamento de la sociedad de gananciales es la convivencia y cooperación entre los cónyuges. Para su inicio y desarrollo fue importante la desaparición del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en nuestro ordenamiento jurídico y el reconocimiento de la separación de hecho como causa de disolución judicial de la sociedad de gananciales (artículo 1393.3º del Código Civil). De manera progresiva, la referida doctrina fue evolucionando y presentando una mayor nitidez en cuanto a las situaciones que permiten o impiden su aplicación. Cabe ver en la jurisprudencia del período una aceptación de la idea de que la separación de hecho interfiere en el normal devenir de la

[680] Nos referiremos a ella, en adelante, simplemente como *doctrina de la limitación funcional*, por sencillez expositiva. Ciertamente, según entendemos la jurisprudencia emitida durante el *período inicial*, ésta también vino a limitar funcionalmente la sociedad de gananciales ante la separación de hecho de los esposos, al mitigar la aplicación de sus normas a los frutos producidos por los bienes parafernales. Sin embargo, el Tribunal Supremo justificó dicha doctrina como una consecuencia de la inexistencia de cargas matrimoniales en la pareja que no convivía. Por ello, acatando la propia línea argumental de la jurisprudencia, reservamos la definición de *doctrina de la limitación funcional de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho* para referirnos a la propugnada a lo largo del *período intermedio*, y que continúa con su nueva formulación en el *período actual*.

sociedad de gananciales y una apreciable determinación a resolver parte de los conflictos generados por esa incidencia.

El período actual, que sería por su orden temporal el tercero, comienza con las SSTS de 28 de mayo y 27 de septiembre de 2019. La orientación de estos dos pronunciamientos pone coto a lo que, con deliberada claridad, el Tribunal Supremo entiende que empieza a ser una deriva inadecuada en la práctica judicial. La nueva línea interpretativa pretende restringir la doctrina de la limitación funcional. El Tribunal Supremo sienta como criterio que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales siempre que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda verificarse que un cónyuge pretende lucrarse del esfuerzo del otro de manera abusiva. Este período alcanza hasta fecha de hoy y sigue su desarrollo.

Acotados así los tres períodos en que dividimos el análisis, procedemos a su exposición.

II.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO INICIAL

1.- INCIDENCIA EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PARAFERNALES

1.1.- Los bienes parafernales

Para describir dichos bienes, GOMEZ DE LA SERNA[681] explicaba que eran los que la mujer llevaba al matrimonio, o adquiría después, por cualquier título distinto del de dote. El autor destacaba como diferencia *interesante* entre los bienes dotales y los parafernales que la mujer retenía el dominio de estos últimos, que únicamente pasaba al marido cuando ella se los entregaba con esta intención. Ello no obstante, en el período previo a la aprobación del Código Civil, el autor subrayaba que el marido, como jefe de la familia, era el administrador de los bienes parafernales de la mujer, lo que, a su juicio, "*además de ser conforme con la índole de la sociedad conyugal, encuentra apoyo expreso en las leyes*"[682].

El primer texto del Código Civil mantuvo la existencia de los bienes parafernales. El Código destinó a su regulación los artículos 1381 a 1391. Parte de la doctrina consideró un cierto despropósito mantener esta categoría de bienes dentro de un sistema en el que la relación económica entre los esposos quedaba sujeta a las reglas de la sociedad ganancial[683].

---

[681] GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALVÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Primero, Librería de Sánchez, Madrid, 1855, págs. 254-255.

[682] Remitiéndose a lo prescrito en la Ley 7, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación.

[683] BONEL Y SÁNCHEZ, León: op. cit. págs. 378-379, opinó abiertamente que "*su conservación no obedece a nada y, lejos de dar resultados prácticos, en la mayor parte de las ocasiones ha de dar lugar a pleitos y a fraudes*". FALCON, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral, obra ajustada al último estado del Derecho, después de la publicación Código Civil español*, Tomo IV,

1.2.- La gestión de los bienes parafernales y de sus frutos en el Código Civil

En breve síntesis, podemos resumir que:

1º) La administración de los bienes parafernales correspondía a la esposa, salvo que ésta la confiara a su marido ante notario[684].

2º) Los frutos de los bienes parafernales formaban parte del haber de la sociedad conyugal y estaban sujetos al "*levantamiento de las cargas del matrimonio*"[685].

3º) El Código precisaba también que las "*obligaciones personales del marido*" no podían hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se probara que habían redundado en provecho de la familia[686].

Vemos por tanto cómo la ley distinguía con claridad entre la gestión de los bienes parafernales, que correspondía a la esposa, y la administración de sus frutos, que legalmente se confiaba al marido, si bien con el relevante matiz de que debían destinarse al "*levantamiento de las cargas del matrimonio*"[687].

Tipografía La Publicidad, Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, 1897, pág. 157, los considera "*una complicación innecesaria*" que surge de ciertas "*reservas hijas de una desconfianza muy justificada en la época romana, porque los vínculos que unían á la esposa romana con su marido, no tenían más duración que la que el capricho del marido quisiera concederles*", pero que se complacían mal con "*un sistema legal que afirmaba la perpetuidad del vínculo conyugal, y hace de la mujer una socia del marido*".

[684] Artículo 1384: "*La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante un Notario con intención de que los administre. En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales*". BONEL Y SÁNCHEZ, León: op. cit., págs. 382-384, se mostró especialmente crítico con este criterio del Código, que consideró contradictorio con el reconocimiento del propio dominio de los bienes parafernales y de su administración a la mujer. Lo anterior no obstante, conforme a lo que propugnaba el artículo 1387, la mujer no podía, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos que fuera judicialmente habilitada al efecto. Además, la administración de la mujer sobre sus bienes parafernales quedaba sujeta a restricciones, coherentes con el derecho del marido a administrar sus frutos, como cabeza de familia y administrador de la sociedad ganancial. Sobre ello, el artículo 1388 disponía que, cuando los parafernales consistían en metálico o efectos públicos o muebles preciosos, el marido tenía derecho a exigir que fueran depositados o invertidos en términos que hicieran imposible la enajenación o pignoración sin su consentimiento.

[685] Artículo 1385: "*Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. También lo estarán los bienes mismos en el caso del artículo 1.362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata*". El referido artículo 1362 disponía: "*Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido*".

[686] Artículo 1386: "*Las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia*".

[687] Subrayaba en este aspecto la STS de 2 de enero de 1909 que "*no existe contradicción entre el hecho de que la mujer conserve la administración de los parafernales y el de que tenga que entregar los productos*

El Código no definía qué eran las cargas del matrimonio. No obstante, atendiendo a lo que consignaban los artículos 1407 a 1411 y a la doctrina que los interpretó, eran de cargo de la sociedad de gananciales: todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad; los atrasos o réditos devengados, durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuviesen afectos los bienes propios de los cónyuges y los gananciales; las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes del marido o de la mujer; las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales; el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges; el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por el marido, solamente para su colocación o carrera, o por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado su satisfacción con bienes propiedad de uno de ellos; y lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito.

A la vista de todo lo anterior, FALCÓN[688] entendía que "*siempre resulta que las necesidades comunes de la familia son la carga natural de esa sociedad. Toda deuda contraída para satisfacer alguna de esas necesidades, es una deuda que pesa sobre el fondo de gananciales. (...) En todo caso, la deuda ó necesidad común pesa sobre la sociedad, y de los bienes de la sociedad deben ser satisfechas*". Casi parece obvio entender que el marido también se encontraba entre los miembros de la familia cuyas necesidades comunes debían colmarse con los recursos de la sociedad ganancial. En este sentido, cabría incluso recordar, con ROBLES POZO[689], que la administración por la esposa de los bienes parafernales y la prohibición de pagar con los mismos y con sus frutos obligaciones personales del marido "*tiende á evitar el triste espectáculo de que por deudas particulares del marido que no tiene bienes ni rentas, deudas contraídas por éste, no en provecho ó en beneficio de la familia, sino para atender únicamente á sus caprichos ó á sus vicios, se haga traba ó embargo en las rentas ó frutos de los bienes parafernales de la mujer, privando á ésta y á la familia de lo necesario para vivir, mientras aquélla se consume en pagar créditos usurarios y de origen tal vez ilícito*". Eran por tanto el pago de los vicios y caprichos del marido lo que, al menos para parte de la doctrina, la norma quería evitar que se produjera con los parafernales y sus frutos. Las necesidades reales y comunes del esposo sí quedaban, en principio, cubiertas por ese patrimonio, al menos si sus bienes o incluso la dote no alcanzaban. Sin embargo, como veremos, la jurisprudencia del período parece que fue más allá y, ante las situaciones de separación de hecho sin hijos a cargo del esposo, impidió a éste acceder a los frutos de los parafernales.

---

al marido, sino que esta obligación se deriva de los preceptos de los artículos 1385 y 59 del Código Civil".

[688] FALCÓN, Modesto: *Código Civil español*, Tomo IV, cit., pág. 187.

[689] ROBLES POZO, José: *El Código Civil y su jurisprudencia hasta 1º de enero de 1896*, Tomo II, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de José María Sardá, Madrid, 1896, págs. 558-559.

1.3.- La incidencia de la separación de hecho en la gestión de los bienes parafernales y de sus frutos en el Código Civil según la jurisprudencia

1.3.1.- La casuística habitual planteada ante los tribunales

Al aproximarnos a la materia que nos ocupa, resulta significativa la relativa frecuencia con la que llegaron al Tribunal Supremo recursos de casación derivados de litigios planteados entre esposos separados de hecho que discutían sobre la titularidad y el derecho a la administración de bienes, y sobre el derecho a obtener y retener sus frutos. La casuística es diversa.

En un primer género de supuestos, el marido interviene como demandante y la esposa como demandada. En esos casos, el actor suele peticionar al tribunal una sentencia en la que se le reconozcan sus derechos como administrador de la sociedad de gananciales, y por la que se condene a la esposa a entregarle los frutos de sus bienes parafernales. La esposa contesta oponiéndose, casi siempre incluyendo como argumento que no existen cargas familiares que satisfacer con los frutos de sus parafernales, al encontrarse los esposos separados de hecho y no haber descendientes de los que ocuparse o, de haberlos, por estar los hijos a su cargo[690].

[690] En el asunto resuelto por la STS de 8 de noviembre de 1898, los consortes habían contraído matrimonio el 31 de diciembre de 1891, sin otorgar capitulaciones matrimoniales, quedando sujetos, en consecuencia, al régimen ganancial. El 18 de febrero de 1892, los hermanos de la esposa se la llevaron del domicilio conyugal, por razón de su desavenencia con el esposo. El 14 de enero de 1897, el marido demandó a su mujer. La demanda solicitaba, como petición principal, una declaración de que la esposa necesitaba licencia y autorización del marido para contratar y que le correspondía a él distribuir las rentas de la sociedad conyugal, de las que formaban parte los bienes parafernales de la mujer, entre ellos las rentas de un inmueble situado Madrid del que ésta era copropietaria. La esposa se opuso a la demanda, alegando entre otros motivos la inexistencia de cargas del matrimonio que pudieran justificar la entrega a su marido de los frutos reclamados.

Conforme a los antecedentes de la STS de 8 de noviembre de 1907, Los cónyuges se casaron el 25 de agosto de 1892 sin otorgar capitulaciones matrimoniales, quedando sometidos al régimen de la sociedad de gananciales. El 30 de Abril de 1901, la mujer dedujo demanda de divorcio ante el Provisor de la Archidiócesis de Santiago, que fue admitida en 27 de Mayo siguiente. El 4 de Junio de aquel mismo año, el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad acordó la separación corporal de los cónyuges. El 19 de Mayo de 1904, el marido presentó demanda pidiendo se condenara a su mujer a que le entregara 2450 pesetas, procedentes de dinero propio traído de América y aportado al matrimonio después de su celebración; 3500 pesetas, que eran producto líquido de la compra y venta de una casa en Canal; y la renta anual de 5300 pesetas que, como mínimo, producían los bienes propios de la demandada, cantidad ésta que, a juicio del actor, correspondía a la sociedad conyugal y debía ser percibida y administrada por él como marido. La esposa se opuso a la demanda.

La STS de 21 de noviembre de 1907 resuelve un conflicto entre un matrimonio casado en régimen de gananciales, también sobre la administración de los productos de los bienes parafernales de la mujer. Fracasados los intentos extrajudiciales del esposo para hacer efectiva su pretensión, las partes se vieron abocadas a dirimir el conflicto por la vía judicial. El marido interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra su mujer. Entre otros pedimentos, el esposo solicitaba que se declarase en su día: primero, que la demandada se hallaba obligada a manifestar a su marido los bienes que constituían su capital en la época de la celebración de su matrimonio, y los que lo constituían en el momento de demandar; y, segundo, que la esposa venía obligada a rendir cuentas y hacer entrega a su consorte de los productos y rentas de su caudal, para el sostenimiento de las cargas del matrimonio. En su contestación la demandada exponía entre otros motivos de oposición que era ella quien atendía y daba de comer al

Un segundo grupo de procedimientos son los derivados de demandas presentadas por esposas contra maridos. En estos casos, el sustrato del pleito es similar, pero el litigio se precipita como consecuencia de una acción instada por la mujer separada de hecho –en alguna ocasión incluso ya constituida en depósito para la celebración de un juicio de divorcio-, que pretende defender su derecho a administrar bienes cuya naturaleza parafernal discute el esposo, o a obtener y conservar en su poder sus rendimientos. La demandante suele alegar su derecho a la administración de los bienes parafernales y la inexistencia de cargas matrimoniales que habiliten al marido para recibir sus frutos. Generalmente, el esposo se opone a la pretensión actora tratando de hacer valer su condición de cabeza de familia de un matrimonio que aún existe y, como tal, responsable de administrar los bienes gananciales, de los que forman parte los frutos de los bienes parafernales[691].

---

esposo, sin que él se preocupase de facilitar medios para el sostenimiento de la casa y atenciones de la vida, recibiendo, por el contrario, de su mujer diversas cantidades para sus gastos personales; siendo frecuente, según la contestación, el maltrato de palabra y obra del marido a la esposa esto le obligó a pedir la separación provisional en el Juzgado y el divorcio en el Tribunal correspondiente, habiendo sido constituida en depósito con arreglo á la ley. La esposa alegaba que, conforme a los artículos 1382 y 1384 del Código Civil, la mujer conservaba el dominio y administración de los bienes parafernales, más aún si se tenía en cuenta que por la separación del matrimonio la necesidad de que los frutos de los bienes parafernales de la mujer contribuyeran a levantar las cargas del matrimonio había desaparecido. En los escritos de réplica y duplica las partes insistieron en sus respectivas pretensiones.

En el asunto que concluye la STS de 27 de octubre de 1909, los cónyuges se habían casado el 6 de Septiembre de 1902 sin capitulaciones matrimoniales. El 17 de Octubre de 1906, el marido presentó demanda contra su esposa. Según el demandante, en escritura pública en 22 de Julio de 1904 había conferido a favor de su esposa una licencia marital que le permitió desde un principio regir y administrar con amplia libertad, no sólo los bienes propios de ella y sus productos, sino los propios privativos del marido. El actor denunciaba que la esposa se había aprovechado de esa circunstancia para entregarse "*a una vida, de lujo y privándole de los recursos necesarios para atender a su estado y posición social*", lo que le había llevado a revocar la licencia el 12 de Abril de 1906. Por ello, solicitó que se condenara a su esposa a entregarle ciertos activos que eran propiedad del demandante, así como todos los productos obtenidos por la demandada con sus bienes propios, desde el día siguiente al de la revocación de la licencia marital. La esposa contestó la demanda, ofreciendo una versión de los hechos antagónica a la expresada por el esposo y afirmó que "*su marido, después de abandonar violentamente el domicilio conyugal, rompiendo la unidad de la familia y prescindiendo de la ley y de la moral, y sabiendo que tenía deudas con respecto al capital de su mujer, revocaba a su antojo la licencia marital y la demandaba, exigiéndole"* entre otras cosas*, "los productos de los bienes parafernales".* La demandada acusó al actor de haber querido *"casarse con una mujer rica, para abandonarla al poco tiempo y exigirle los frutos de sus bienes para vivir lejos de ella regaladamente*". La esposa alegaba, en su defensa, las opiniones de varios comentaristas del Derecho español, según los cuales la administración de los bienes parafernales era siempre de la mujer y sus frutos, si bien formaban parte del haber de la sociedad conyugal, estaban sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, lo cual suponía como condición indispensable que se hiciera la vida común y que existieran cargas derivadas de esa comunidad. En oposición a lo alegado por su mujer en la contestación -a los efectos más relevantes en este estudio-, el esposo manifestó que "*tuvo que salir del domicilio conyugal para atender al restablecimiento de su salud y sustraerse á los malos tratos de su mujer*" y alegaba además que, según la jurisprudencia, "*aunque los esposos vivan separados por convenio mutuo, esta separación no altera la condición legal de la mujer, porque desde el momento en que se casa hasta al en que enviuda ó es legalmente divorciada, no tiene otro domicilio que el de su marido*".

[691] En el litigio que concluye con la STS de 11 de octubre de 1902, la esposa había recibido por herencia unos títulos de deuda pública francesa que producían una renta anual. Una crisis matrimonial entre los esposos derivó en la firma de acuerdos reguladores de la separación convencional. El matrimonio tenía un

hijo como descendencia común. En ese contexto, se planteó por la esposa una denuncia ante el Juzgado de guardia, que se derivó después a "repartimiento de negocios civiles", formándose un expediente de jurisdicción voluntaria sobre extravío para recuperar unos títulos de deuda pública que se arrogaba la mujer como propio, por el ya mencionado título sucesorio. La evolución del expediente llevó a la personación del marido, que solicitó su sobreseimiento y la declaración contenciosa del procedimiento. En el procedimiento judicial contradictorio, planteado por la esposa mediante vía incidental, la actora solicitaba que se declarara que, por pertenecer a la demandante la propiedad de las *láminas* (esto es, los referidos títulos de deuda) y su administración, su esposo debía entregarlas. El esposo "*aceptaba, desde luego en apoyo de su derecho, los artículos del Código civil invocados por la demandante, y especialmente el 1388, que dispone que cuando los bienes parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico o efectos públicos o muebles preciosos, el marido tiene derecho a exigir que sean depositados en término que hagan imposible su enajenación o pignoración sin su consentimiento*". El esposo planteó reconvención, indicando que los productos de los títulos de deuda estaban sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y que, como el marido es el jefe de la familia y el único llamado a distribuir los recursos afectos a las atenciones de ésta, aunque la demandante "*tenía derecho a administrar y cobrar los intereses, debía entregarlos a su marido para que atendiera a las necesidades de la familia*".

En el asunto resuelto en casación por la STS de 18 de noviembre de 1911, el 19 de diciembre de 1904, la actora, en estado de viudedad, había contraído sus segundas nupcias con el demandado. La esposa aportó al matrimonio en concepto de parafernales una serie de valores y efectos. Este segundo matrimonio no había tenido descendencia. Consta que los esposos estaban separados de hecho y de derecho, por cuanto la demandante solicitó y obtuvo su depósito judicial para interponer la demanda de divorcio. En dicho juicio recayó sentencia del tribunal eclesiástico de la diócesis de Santander, que declaraba la separación de los cónyuges durante cuatro años, encontrándose en grado de apelación ante el tribunal metropolitano al plantearse el recurso de casación que resolvió la sentencia objeto de comentario. En un documento privado suscrito por los abogados de las partes, se había hecho constar -entre otros extremos- que "*los cónyuges no estaban conformes en cuanto a la manera de administración de los bienes parafernales sobre cuyos productos consideraba la esposa de su derecho la percepción directa, y el esposo del suyo, como administrador de los gananciales que lo son y los productos de los parafernales*". Así las cosas, la esposa, constituida en depósito judicial para la solicitud de divorcio, dedujo contra su marido la demanda de juicio declarativo de mayor cuantía de la que deriva la sentencia que comentamos. La demanda solicitaba que se declarara que los bienes parafernales de la actora, que consistían en los valores y efectos que le quedaron de su primer matrimonio y que aportó al segundo con el demandado, le correspondían como bienes de su propiedad, además sometidos a su administración; por ello, solicitaba la condena al demandado a reconocerlo así y a abstenerse de percibir y exigir de los depositarios, arrendatarios, tenedores, y subadministradores de dichos bienes, las rentas que produjeran. El esposo se opuso a la demanda, incidiendo, entre otras cosas, en que la separación apuntada en la demanda lo era por tiempo limitado.

La STS de 15 de enero de 1917 resuelve el conflicto entre dos cónyuges casados en régimen de gananciales el 23 de junio de 1907. La esposa contraía sus segundas nupcias, tras haber enviudado. La esposa aportaba al matrimonio ciertos activos, entre los cuales algunos estaban depositados a su nombre en el Banco Guipuzcoano, como garantía de un préstamo anterior a su segundo matrimonio. Ello no obstante, el referido préstamo fue objeto de varias renovaciones tras la celebración del mismo, constando su cancelación definitiva el 28 de Julio de 1908. El 30 de abril de 1913, el marido abandonó el domicilio conyugal. El matrimonio no había tenido hijos. En ese estado de cosas, el 26 de Septiembre de 1913, la esposa dirigió una carta al director del Banco, rogándole dispusiese "*que los intereses correspondientes a todos los valores que allí tenía depositados (…) se abonasen al portador del resguardo o a quien ella autorizase en cada caso*". El mentado director contestó exponiéndole que "*tenían que tener presente su estado de casada, y, por tanto, exigir la intervención de su esposo*". La esposa respondió mediante una nueva misiva al director del Banco, señalándole que "*los valores depositados a su solo nombre eran parafernales y la correspondía privativamente su administración, sin intervención de su esposo, con arreglo al Código civil, por lo cual reiteraba la orden dada*". El Banco comunicó con el marido. Este se opuso a las pretensiones de su mujer, por entender que no era exacto el carácter de parafernales de los bienes allí depositados, y que aunque lo fueran, los frutos de los bienes parafernales formaban parte del haber de la sociedad conyugal. A la vista del conflicto planteado por los cónyuges, el Banco manifestó que "*no estaba llamado a resolver la contienda ni a definir el carácter de los bienes depositados, y que*

Un tercer género de asuntos lo conforman una serie de supuestos en los que el conflicto afecta subjetivamente intereses más allá del propio matrimonio. Entre esos terceros cabe identificar personas relacionadas con alguno de los cónyuges, bien por vínculos familiares[692] o económicos[693].

---

una vez resuelta por la autoridad competente o por convenio mutuo la contienda originada, obraría el Banco como debía hacerlo, y hasta llegado ese momento se abstendría de adoptar resolución alguna y de que nadie dispusiera de los productos de los bienes sujetos a discusión". Doña Ana interpuso demanda contra su esposo; entre otros argumentos, alegaba que el demandado había abandonado "*la sociedad conyugal en 30 de Abril de 1913, sin que del matrimonio existiesen hijos, ni por lo tanto, cargas familiares*" y pidió el pronunciamiento de una sentencia que reconociera los derechos de franca administración de los bienes parafernales relacionados en la demanda a su favor, y que condenara al demandado a abstenerse de percibir ni exigir de terceros las rentas que dichos bienes produjesen, que deberían ser cobradas directamente por aquélla. El esposo se opuso a la demanda y formuló reconvención; entre otras razones, alegó que "*dejó el domicilio que tenía para ir a vivir a la casa que en la actualidad habitaba pero por el hecho de no haber tenido descendencia con doña Ana, no podía decirse que no existían cargas familiares*"; que nunca había negado a su esposa su derecho a administrar los bienes parafernales y que la demandante, que los administraba y percibía sus productos y rentas, tenía la obligación de entregarlos al esposo, administrador legal de los bienes de la sociedad conyugal. En definitiva, el esposo terminó pidiendo se dictara en su día sentencia: "*1.° Declarando tienen el carácter de parafernales tan sólo los bienes señalados en (...) el escrito de contestación, y reconociendo a su esposa (...) el derecho a su administración; 2.° Mandando entregue (...) a su esposo los productos que percibía de sus bienes parafernales, y 3.° Disponiendo queden depositados los valores de carácter parafernal en los establecimientos de crédito donde se hallaban, en términos que no fuese posible su enajenación o pignoraci*ón".

[692] En la STS de 28 de junio de 1913, litigan entre ellos dos cónyuges que contrajeron matrimonio a los 22 años de edad, y la madre de la esposa. Los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales, pactando acogerse al régimen de la sociedad legal de gananciales. El objeto de discordia lo constituían unos depósitos indistintos que había en el Banco de España a nombre de las expresadas madre e hija. Tras la práctica de diligencias previas, el esposo inició la vía judicial contra su esposa y su suegra para solicitar que, previa declaración de que parte de los bienes litigiosos eran parafernales de su esposa –al menos el cincuenta por ciento-, "*se condenara a ambas a que le entregasen las rentas o intereses que devengasen los bienes parafernales que respectivamente poseían*". En lo que resulta de interés para este estudio, las demandadas comparecieron conjuntamente y se opusieron a las peticiones actoras. Alegaron que los bienes eran de exclusiva propiedad de la suegra del demandante, sin poder ser en consecuencia parafernales de la esposa. Asimismo, la contestación opuso que la esposa había promovido pleito de divorcio ante el tribunal eclesiástico y que el único hijo del matrimonio, un niño de catorce meses, había quedado al cuidado de su madre, sin que el demandante les pasara alimentos ni atendiera de ningún otro modo a sus necesidades. Por ello, no había en rigor cargas matrimoniales a las que hubiera que aplicar el producto de los bienes parafernales, caso de que existieran. Pedían el pronunciamiento de una sentencia absolutoria.

[693] La STS de 14 de enero de 1928 resuelve uno de esos asuntos. Los cónyuges vivían separados de hecho. La esposa necesitaba fondos para atenciones propias de su caudal. Por ello contrató un préstamo por la cantidad de 5500 pesetas, extendiéndose con este motivo un documento privado, que decía así: "*Pagaré a la orden de (...) la cantidad de 5500 pesetas (...), del depósito de 6900 pesetas que tiene en su poder, de mi pertenencia, procedentes de la herencia de mi madre, (...) el día 20 del próximo mes de Diciembre, cantidad que tengo recibida de dicho señor. Mérida, 3 de Noviembre de 1917*". El prestamista promovió diligencias preparatorias de juicio ejecutivo contra la mujer, la cual puso en duda la legitimidad de la firma de dicho documento y negó la certeza de la deuda. El prestamista promovió entonces juicio declarativo de mayor cuantía contra la esposa, explicando al Juzgado la situación crediticia y que, cuando requirió el pago según lo convenido en el precitado documento, este se negó "*porque se lo había prohibido el marido de la demandada*". La demanda solicitaba que se dictara sentencia condenando a la mujer al pago de dicha suma, con sus intereses. Declarada en rebeldía la mujer y encontrándose el procedimiento en trámite de conclusiones, este se suspendió por presentarse un incidente de acumulación ante el propio Juzgado a instancias del marido. Este había interpuesto demanda en juicio declarativo de

mayor cuantía contra el prestamista, con la súplica de que se declarase nulo el contrato de préstamo que tenía contraído con su esposa, por haberlo obtenido sin licencia ni autorización marital. El marido alegaba, entre otras cuestiones, que, aunque no hacía vida común con su esposa, tampoco estaban separados legalmente. El prestamista contestó manifestando, entre otros hechos, que la esposa conservaba la administración de sus bienes parafernales sin intervención de su marido, y que el préstamo se había realizado con el sólo deseo de que aquélla pudiera atender a las necesidades de su patrimonio particular, contribuyendo a mejorar sus parafernales. El prestamista solicitaba que se dictara sentencia absolviéndole de la demanda, o, en otro caso, que se condenara al marido, como representante legal de su esposa y de la sociedad conyugal, a que le restituyera el importe del préstamo. Fallecido el prestamista, el pleito lo continuaron sus hijos.

El supuesto que analiza la STS de 12 de julio de 1929 reviste mayor complejidad. Se resuelve un pleito entre un matrimonio de marqueses celebrado el 21 de Mayo de 1898, bajo el régimen de la sociedad ganancial. Al celebrar las nupcias, la esposa ya disponía de patrimonio propio, como heredera de su difunto hermano. El 18 de Julio de 1917, los cónyuges, asesorados por sus Letrados, convinieron ajustar su régimen familiar y económico a las bases reflejadas en un acuerdo privado de separación: "*Primero. Que Madrid sería el domicilio legal de los cónyuges, donde el Marqués tendría su habitual residencia, quedando la Marquesa autorizada para vivir en Valencia o donde tuviese por conveniente, sin que pudiera obligarla el marido a estar en su compañía. Segundo. Que vivirían con el Marqués en Madrid los hijos varones del matrimonio, y con la Marquesa, las hijas, y los hijos varones pasarían las vacaciones con su madre, y una de las hijas pasaría con su padre las temporadas que éste desease tenerla a su lado (...). Tercero. Que se procedería (...) a la reconstitución del caudal aportado al matrimonio por la Marquesa, y el Marqués constituiría las hipotecas, solicitaría las inscripciones de dominio a nombre de su esposa de los bienes inscritos al suyo y suscribiría los documentos (...) necesarios para llevar a cabo la aludida reconstitución (...) sin otra excepción que el solar situado en la calle de Abascal, esquina a la Castellana, que (...) continuaría de su exclusiva propiedad. Cuarta. Que se otorgarían por el Marqués a la Marquesa los poderes necesarios para la más amplia administración de todos los bienes que en la actualidad pertenecen al matrimonio, y de los que la Marquesa adquiriese en lo sucesivo, salvo el indicado solar, sin más limitaciones que para vender bienes inmuebles o hipotecarlos, y si la Marquesa en cualquier momento estimase necesario o útil enajenar o gravar alguno de esos bienes y el Marqués no lo entendiese del mismo modo, y no prestase la licencia marital, se sometería el caso a los Letrados que suscribían, ateniéndose los cónyuges a su resolución. (...). Sexto. Que el Marqués percibiría anualmente (...) de las rentas de su esposa (...) la suma de 29.000 pesetas, con cuya cantidad, unida a la renta personal que tenía, atendería a su sostenimiento y a todos los gastos que ocasionase la alimentación en sus más amplios sentidos, educación e instrucción de los hijos varones del matrimonio, mientras vivieran con él, y de las hijas durante las temporadas que las tuviese en su compañía. (...)*". La marquesa solicitó su depósito para entablar demanda de divorcio contra su marido. El depósito quedó constituido el día 3 de noviembre de 1923. El día 21 de noviembre de 1923, la marquesa formuló además una demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra su esposo, cuyo trámite correspondió al Juzgado de primera instancia del distrito del Mar, de Valencia. La esposa solicitaba el pronunciamiento de una sentencia que resolviera: "*(...) Segundo. Declarar (...) que vendidos varios bienes y cobrados créditos por el marido a virtud de los poderes que le confirió la actora, son, de la pertenencia de ésta los adquiridos con el producto de aquéllos, (...) Quinto. Declarar (...) que el propio demandado debe rendir cuenta a la demandante, como mandatario de la misma, de su administración (...); entregarle el saldo que a favor de la misma resulte de dichas cuentas, o garantizándolo con hipoteca (...), y, en su consecuencia, condenándole a que (...) rinda dicha cuenta y haga el pago o constituya la garantía expresada (...)*". La esposa explicaba en su demanda que el demandado, haciendo uso de poderes otorgados por ella a su favor, o mediante sustituciones del mismo, "*vendió los bienes y cobró los créditos que figuran en la liquidación que presentaba bajo el epígrafe "Ventas y cancelaciones», sumando al producto total obtenido, del que se incautó el demandado, 1.493.868,78 pesetas", y que "el demandado invirtió parte del producto de las ventas y cobros a que se hace referencia anteriormente*". El marqués contestó a la demanda, oponiendo contra la reclamación actora lo que consideró de su conveniencia. En lo que interesa al objeto de este estudio, lo relevante es atender a los términos de la reconvención que planteaba el esposo demandado contra su mujer. En ésta solicitaba que se dictara sentencia en la que se condenara a la demandante reconvenida a cumplir con las siguientes obligaciones: "*Primera. A que (...) deposite en el Banco de España, con intervención de su marido (...) aquellos de sus bienes parafernales consistentes en metálico, efectos públicos y valores industriales o mercantiles. Segunda. A que (...) rinda a su esposo (...) cuenta (...) de sus actos de administración y*

Las reglas generales del Código Civil establecían, según hemos dicho, que la esposa conservaba su titularidad y poder de administración autónomo sobre los bienes parafernales; que los frutos de dichos bienes eran de naturaleza ganancial durante el matrimonio; que el esposo, como administrador de la sociedad conyugal, era a la postre quien debía quedar en posesión de los mismos; que tales frutos quedaban sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio; y que las obligaciones personales del marido no podían hacerse efectivas sobre esos frutos, salvo si redundaban en provecho de la familia. La cuestión común que se planteaba en todos los litigios de los que hemos traído referencia era la atribución del derecho a disponer sobre los frutos de los bienes parafernales en las situaciones de separación de hecho entre cónyuges. La resolución de esa incidencia no estaba expresamente prevista en el Código Civil y exigía una respuesta jurisdiccional que debía elaborarse a partir de una interpretación recta de las reglas generales indicadas, conforme a los demás principios rectores del ordenamiento.

1.3.2.- La doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia elaboró una doctrina reiterada que aplicó para resolver el habitual conflicto sobre los frutos de los bienes parafernales entre los esposos separados de hecho.

Atendiendo a las prescripciones del Código, el presupuesto del que parte esa jurisprudencia es que los frutos de los bienes parafernales son gananciales y su tenencia corresponde, en principio, al esposo, como administrador del consorcio conyugal, para que los destine al sostenimiento de las cargas familiares.

Ante la certeza de una situación de mera separación convencional, la regla no mutaba. Esa realidad –dijo la jurisprudencia[694]- "*no puede ser apreciada en derecho, y además, como estado de hecho no revela por sí sola que no existan cargas matrimoniales a cuyo sostenimiento deben contribuir los frutos de los bienes parafernales*". Por ese motivo, cuando el debate se produjo entre esposos

---

disposición por el período que media desde el día del matrimonio hasta la fecha. Tercera. A que reconozca a su marido como único administrador legal de sus bienes parafernales, absteniéndose por ello de todo acto de administración o disposición de tales bienes y de sus productos, sin la previa licencia marital. Cuarta. A la inmediata entrega a su marido de todos los bienes muebles parafernales y de sus productos que obrasen en su poder. Quinta. A reconocer con todas sus consecuencias legales, que los frutos de sus bienes parafernales tienen carácter de gananciales, de cuya sociedad es el marido jefe, administrador y preceptor único de su ingreso". A los anteriores autos se acumuló una demanda de juicio ordinario de mayor cuantía que se tramitaba ante los Juzgados de primera instancia de Madrid, también formulada por la Marquesa contra su esposo y otros, con el objeto de impugnar la venta del solar de la calle de Abascal, esquina al paseo de la Castellana, en esta Corte, expresamente mencionado en el convenio de 1917, que la esposa consideraba realizada en contravención con lo dispuesto en el artículo 1413 del Código civil, o en fraude de la demandante, afirmando que la referida finca tenía el carácter de parafernal, solicitando en consecuencia que la condena de los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, y a otorgar los documentos necesarios para que las inscripciones se realizaran a su favor en el Registro de la Propiedad. Lo atinente a este aspecto del litigio carece de relevancia para este estudio.

[694] STS de 11 de octubre de 1902.

separados de hecho con hijos a cargo, la pretensión de la esposa de que se le permitiera retener los frutos de sus bienes parafernales fue objeto de rechazo. En ese escenario familiar, a pesar de acreditarse una separación entre los esposos –además meramente convencional-, se consideraba que existían unas cargas del matrimonio a las que el marido debía hacer frente conforme a la ley[695] y, en consecuencia, los frutos de los bienes parafernales debían quedar en su poder.

Ello no obstante, el análisis de la jurisprudencia emitida sobre la cuestión durante los años de vigencia de las normas que mantuvieron la categoría de los bienes parafernales demuestra que, en realidad, la regla general y su excepción pueden comprenderse mejor en sentido inverso. La verdadera regla –es decir, la que resultó generalmente aplicada por el Tribunal Supremo en la resolución de estos litigios- fue que, acreditada una separación de hecho entre esposos, la mujer podía retener para sí los frutos de los bienes parafernales que administraba, salvo que se demostrara que existían cargas matrimoniales que atender; y esas cargas matrimoniales susceptibles de enervar la aplicación de esa regla general siempre –y únicamente- fueron en la práctica las derivadas de una descendencia de hijos menores en común que estuvieran realmente a cargo de ambos esposos[696]. Así las cosas, la regla jurisprudencial queda acuñada con mayor claridad en la jurisprudencia más avanzada del período analizado[697], que la formula así:

"…aunque (…) los frutos de los bienes parafernales formen parte del haber social, estando sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y por este motivo corresponde su administración al marido, cuando por circunstancias más o menos accidentales en que viven los cónyuges*[698], esas cargas matrimoniales no existen ni ofrezca siquiera duda que el marido contribuya a su sostenimiento, por hallarse los*

[695] El artículo 155.1 del Código Civil establecía que "*[e]l padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: (…) [e]l deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho*".

[696] El Tribunal Supremo siempre aplicó su doctrina para dictaminar a favor de la esposa cuando el matrimonio no había tenido común descendencia (así, en las SSTS de 8 de noviembre de 1898, 8 de noviembre de 1907, 21 de noviembre de 1907, 21 de noviembre de 1907, 18 de noviembre de 1911, 15 de enero de 1917), o incluso cuando existía descendencia común, pero se acreditaba que los hijos convivían únicamente con la madre (es el caso de las SSTS de 28 de junio de 1913 y 12 de julio de 1929).

La STS de 27 de octubre de 1909 constituye una excepción. En el caso, siendo cierto que existe una separación entre esposos que no tienen descendencia en común, se rechaza que la esposa pueda retener los frutos de sus bienes parafernales, bajo el argumento de que no existen cargas matrimoniales. Es más que probable que la decisión de la Sala, en este caso, vinera influida por el debate de autos, en el que ambos cónyuges se reprochaban la responsabilidad de la existencia de la ruptura derivada, principalmente, de la causación al otro de malos tratos. El esposo, en concreto, denunció que sus hermanos debieron recogerle del domicilio familiar, con anuencia de su esposa, para poder restablecer su salud.

[697] STS de 12 de julio de 1929.

[698] El énfasis es nuestro.

hijos en poder de la madre, el Tribunal Supremo tiene establecido con repetición (…) que desaparece el fundamento[699] *de la indicada administración, toda vez que los frutos de los aludidos bienes sólo forman parte del haber social de los cónyuges, a los efectos de sostener las cargas del matrimonio, sin que las obligaciones personales del marido puedan solventarse con los susodichos frutos, a menos que se pruebe redundaron en provecho de la familia…".*

La expresión poco concreta de *circunstancias más o menos accidentales en que viven los cónyuges* que se emplea al formular esa doctrina se refiere, en realidad, a la existencia cierta de una situación de separación personal de los esposos. La separación reconocida en la jurisprudencia como hecho relevante del que podía concluirse la inexistencia de cargas matrimoniales fue tanto la legal[700] como la de hecho[701].

Interesa escudriñar el verdadero fundamento de la doctrina que analizamos. En este período –como veremos de inmediato con mayor detenimiento-, la jurisprudencia rechazó, como máxima, que la separación de hecho pudiera disolver o suspender la vigencia de la sociedad de gananciales. Ello no obstante, vendría a matizar tal afirmación el mero hecho de que la propia doctrina del Tribunal Supremo impidiera al marido administrar los frutos de los bienes parafernales constante el matrimonio si los esposos habían roto su convivencia.

La doctrina que impidió al marido acceder a la administración de los frutos de los parafernales fijó su *ratio* en el aspecto de la inexistencia de cargas matrimoniales, como circunstancia impeditiva que derivaba de la ruptura de la convivencia entre esposos sin hijos, o cuyos hijos estaban a cargo de la mujer. Lo que destaca la jurisprudencia es que, en esos casos, *desaparece el fundamento* de la atribución al esposo de esos productos, no obstante la permanencia de la sociedad ganancial; desaparecida causa de la atribución, decae el derecho a su percepción y la acción dirigida a su obtención. Este es, en nuestra opinión, el germen de la actual jurisprudencia que limita los efectos de la sociedad de gananciales ante la separación de hecho de los cónyuges.

---

[699] El énfasis es nuestro.

[700] En varias de las sentencias analizadas correspondientes a este período se advera que los esposos litigantes estaban formalmente separados, al haber autorizado el cese de su cohabitación una resolución de la autoridad. Así, en las SSTS de 8 y 21 de noviembre de 1907, la esposa estaba en situación de depósito judicial; en la STS de 18 de noviembre de 1911, la mujer estaba en depósito desde la interposición de una demanda de separación, que había sido estimada por un tribunal eclesiástico que se la había concedido durante cuatro años, estando pendiente de apelación al interponerse el recurso de casación que resuelve la sentencia del Tribunal Supremo; en la STS de 28 de junio de 1913, durante la tramitación del pleito estaba en ciernes otra causa de divorcio entre los esposos; en la STS de 12 de julio de 1929, la mujer también estaba en situación jurídica de depósito, durante la tramitación de un pleito simultáneo de divorcio.

[701] Los esposos estaban en situación de mera separación de hecho en los asuntos resueltos a favor de la esposa en las SSTS de 8 de noviembre de 1898, 15 de enero de 1917. También lo estaba la esposa en el asunto resuelto en la STS de 14 de enero de 1928, en el que se entiende esta circunstancia a favor del acreedor, como tercero que se puede beneficiar de un pacto con la esposa separada de hecho que afecta al destino de los frutos de sus bienes parafernales.

2.- INCIDENCIA EN LA CONTINUIDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1.- Precisiones sobre el marco legal que abarca el período analizado

El período temporal que sometemos a examen es amplio. A lo largo del mismo estuvieron vigentes normas que, integradas en la Novísima Recopilación, ya consideramos históricas. La publicación del primer texto del Código Civil también forma parte de esta etapa, que se completa con una serie de sucesivas reformas que concluyen con la entrada en vigor de las muy relevantes leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio.

En el antiguo Derecho castellano, precursor del Código Civil, la sociedad de gananciales era inmutable durante la vigencia del matrimonio, salvo que se produjera alguna de las circunstancias que, según la ley, podía determinar su disolución por resolución judicial. Las meras desavenencias conyugales o incluso la separación de hecho entre los cónyuges, ya fuera esta mutuamente convenida o impuesta por uno de los esposos, no podían dar lugar a la disolución de la sociedad de ganancias. Esta es la realidad que se refleja además en todos los trabajos legislativos que van aflorando en España a lo largo del siglo XIX para alumbrar un Código Civil.

El primer Código perpetúa esa misma situación. Exceptuando el paréntesis que marcan los años de vigencia de la ley de divorcio del período de República, las rigideces del sistema persistieron, si bien con alguna concesión como el reconocimiento del derecho a poder trabajar y percibir personalmente su nómina a la mujer separada de hecho, introducida el 26 de enero de 1944 con la Ley del Contrato de Trabajo, o la introducción del abandono del hogar como causa de separación reconocida por la Ley de 24 de abril de 1958. Para la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha de esperarse hasta la promulgación de la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Ya hemos analizado antes el contenido de las normas que aquí dejamos apuntadas únicamente para contextualizar la jurisprudencia que se emitió durante este período. Su rigor condicionó, con lógica, los propios criterios de interpretación jurisprudencial.

2.2.- La incidencia de la separación de hecho en la continuidad de la sociedad de gananciales según la jurisprudencia

2.2.1.- La casuística habitual planteada ante los tribunales

Según hemos podido comprobar, los litigios que resolvió durante esta etapa el Tribunal Supremo sobre el destino de los frutos de los bienes parafernales en situaciones de separación de hecho entre esposos respondieron a tipologías diversas. Maridos y mujeres acudieron indistintamente a los tribunales para plantear sus pretensiones sobre esos productos, unos para exigir su entrega y otras para conservarlos en su exclusivo poder.

En el caso de los pleitos planteados durante esa misma etapa de la historia sobre la posible cesación de la sociedad de gananciales como consecuencia de la ruptura de la convivencia matrimonial, a otros efectos, la parte demandante suele ser la esposa[702], aunque también cabe referirse a algún pleito iniciado por derechohabientes del marido fallecido contra su viuda separada de hecho[703].

La jurisprudencia del período muestra que estos conflictos tuvieron menos impacto que los relacionados con la administración de los frutos de los bienes parafernales.

En lo que nos ocupa, la cuestión nuclear de las contiendas planteadas ante los tribunales a lo largo de la etapa analizada versa sobre el reconocimiento del derecho a participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el cónyuge separado de hecho, acumulándose habitualmente a dicha pretensión declarativa otras de impugnación contra actos y disposiciones incompatibles con ese derecho. Así, siempre en el concreto escenario de una separación de hecho entre quienes habían convivido como esposos: una viuda demandaba que se reconocieran sus derechos como titular de la mitad de los gananciales, frente a los herederos de su difunto esposo y ciertos terceros con quienes habían otorgado escrituras que perjudicaban la cuota reclamada[704]; una esposa demandaba a su marido para que cumpliera las estipulaciones de un acuerdo privado de separación, en cuya virtud éste debía realizar una reinversión a favor de la demandante[705]; una mujer demandaba a su esposo y otros terceros, para que se

[702] SSTS de 26 de junio de 1876, 19 de diciembre de 1932 y 31 de marzo de 1964.

[703] STS de 7 de marzo de 1980.

[704] STS de 26 de junio de 1876. El pleito deriva de la demanda interpuesta por una viuda contra los sucesores de su finado esposo y determinados terceros con los que este, según la actora, había otorgado una serie de escrituras societarias con el objeto de defraudar sus derechos sobre la mitad de los bienes gananciales obtenidos durante el matrimonio. La demanda denunciaba expresamente que, al poco tiempo de haberse contraído el matrimonio del finado con la actora, "*abandonó el esposo su país y á su mujer para no volver á verla jamás, trasladándose á aquella villa, donde continuó ejerciendo su comercio*", y "*se olvidó completamente de su mujer y familia*". Consta en la resolución que los demandados alegaron, entre otros motivos de oposición, que la viuda y el finado estaban separados de hecho muchos años antes de haberse producido el fallecimiento del esposo.

[705] STS de 19 de diciembre de 1932. Conforme al relato de hechos de la demanda de la esposa, el 3 de marzo de 1923 los cónyuges habían firmado una escritura conviniendo cesar su vida en común. El esposo se obligaba a pagar a la mujer una pensión mensual de alimentos de 500 pesetas. Según la fórmula de pago pactada, la esposa quedaba apoderada para administrar cinco inmuebles. Con sus frutos pagaría su mantenimiento e impuestos, haciendo suyo el excedente. La obligación de pago del esposo quedaba garantizada con la constitución hipotecas sobre los cinco inmuebles. Éste quedaba obligado a no enajenar ni gravar las casas, ni a celebrar cualquier otro convenio que pudiera perjudicar el derecho de la mujer. Asimismo, si se vendía alguno de los inmuebles con consentimiento de la mujer, su precio se reinvertiría en la compra de otros de igual valor. Para llevar a efecto el convenio, ese mismo día, 3 de marzo de 1923, el esposo otorgaba a favor de la mujer un poder de administración. Uno de los inmuebles administrados por la esposa fue objeto de expropiación por el Ayuntamiento de Málaga. El 29 de julio de 1929, el ente municipal depositó las 16.500 pesetas establecidas como justiprecio. Ante la negativa del esposo a dar a ese dinero el destino de reinversión acordado con su esposa, ésta presentó su demanda, solicitando la condena del marido a que reinvirtiese el dinero depositado por el Ayuntamiento en otro inmueble de igual valor, que quedara bajo su administración. Don Santiago se opuso a la demanda y reconvino. En su contestación, el esposo aceptó en lo esencial los hechos relatados por su mujer en el escrito de demanda. No obstante, rechazaba la pretensión actora por considerar ineficaces los acuerdos alcanzados por las

reconociera su derecho a participar en la mitad de los gananciales del matrimonio y se dejaran sin efecto los contratos de compraventa celebrados entre los demandados, en los que se había actuado como si los bienes fueran propiedad exclusiva del marido[706]; o una hija demandaba a su madre para impugnar la partición judicial de la herencia de su padre, en la que se habían reconocido a la viuda separada de hecho su mitad en los gananciales y su cuota de viudedad[707].

2.2.2.- La doctrina del Tribunal Supremo

En todos los casos analizados, el Tribunal Supremo rechaza que la separación de hecho pueda causar la pérdida de derechos sobre la sociedad ganancial. Tampoco considera tal situación como un evento susceptible de determinar la pérdida de la condición común de los bienes o ganancias obtenidos durante la vigencia de la sociedad.

Antes de la entrada en vigor del Código, la jurisprudencia fundamentó su negativa en la inocuidad de la separación de hecho sobre la continuidad de la vida *de consuno* que la ley presumía entre los esposos durante el matrimonio. Así, se afirmó sobre la mera separación de hecho que ésta no era "*de las que privan a la mujer del derecho que tiene*

---

partes, en la medida de que resultaban contrarios a normas prohibitivas del ordenamiento. El esposo sostenía que el dinero reclamado en la demanda era de la sociedad ganancial, bajo cuyo régimen habían contraído matrimonio, así como que los poderes usados por la esposa eran empleados por ésta para administrar bienes que debían serlo por el marido, según las normas legales de aplicación. El marido solicitaba, por ello, que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda y que se declara la nulidad de la escritura de hipoteca sobre los bienes gananciales.

[706] STS de 31 de marzo de 1964. El conflicto que origina el pleito trae causa de un matrimonio canónico celebrado en 1935. Los contrayentes habían concebido una hija común antes de sus nupcias. Tras su unión marital, los cónyuges no convivieron ni un año. Aun así, el breve lapso de convivencia fue suficiente para que la esposa quedara por segunda vez encinta. El 22 de septiembre de 1937, el esposo realizó una serie de operaciones patrimoniales por las que compraba y vendía unos inmuebles como propios, reservándose algunos derechos sobre los mismos. A solicitud de la esposa, el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Mondoñedo dictó sentencia el 28 de noviembre de 1942, anulando el matrimonio. La resolución adquirió el carácter de firme por providencia del Tribunal Metropolitano de Santiago de 4 de noviembre de 1943. El procedimiento judicial que resulta de nuestro interés lo planteaba la esposa. En su demanda, ésta solicitó el pronunciamiento de una sentencia que declarara inexistente el contrato de compraventa otorgado el 22 de septiembre de 1937 y, por lo tanto, nulos y sin valor ni efecto tanto el contrato, como el instrumento público en que constaba, así como las inscripciones que hubiera causado en el Registro de la Propiedad.

[707] STS de 7 de marzo de 1980. El conflicto surge en el seno de una familia formada por un matrimonio casado en 1927, con una única hija. En 1945, el marido marchó a América con una compañía teatral, quedando en España la esposa con la hija que tendría entonces sobre los diecisiete años de edad. De regreso a España, el causante vivió en domicilio independiente del que tenía su esposa. Ésta, a partir de 1955, cohabitó con otro hombre, con el que contraería nuevas nupcias dos años después de fallecer el esposo. Así las cosas, desde 1945, el matrimonio se mantuvo en situación de separación de hecho, libremente aceptada por ambos consortes, y sin que ninguno solicitara la separación judicial. El esposo falleció en 1970, sin haber otorgado testamento. Un auto judicial declaró heredera abintestato a la hija habida en común, con reserva a la viuda de la cuota legal usufructuaria. La hija demandó a la madre, solicitando la nulidad de la reserva a su favor de la cuota legal usufructuaria, así como del cuaderno particional, también en lo que afectaba a los derechos usufructuarios y de la sociedad de gananciales que en los mismos se concedía a la viuda como consecuencia de juicio universal sucesorio tramitado.

á la mitad de los gananciales" y que, a pesar de la misma, a efectos patrimoniales los esposos seguían viviendo "*de consuno",* conforme a *"las leyes 1ª y 5ª, tít. 4°, libro 10 de la Novísima Recopilación*" [708].

Ya vigente el Código Civil, la jurisprudencia mantuvo la misma tesis, si bien, como es lógico, elaborando su fundamentación sobre las nuevas normas. Las sentencias que se pronunciaron a lo largo del período fueron desgranando los razonamientos. Los más relevantes fueron los siguientes:

1º) Los acuerdos privados de separación eran nulos por[709]: (i) infringir el deber de convivencia impuesto por el artículo 56; y (ii) vulnerar la regla de la inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales del artículo 1320.

2º) La separación de hecho entre los cónyuges resultaba indiferente para que cada uno de los esposos pudiera reclamar los derechos que le correspondiera porque la sociedad de gananciales [710]: (i) conforme al artículo 1393- entiéndase el entonces vigente- comenzaba el mismo día de celebración del matrimonio; y (ii) su disolución, conforme a los artículos 1392, 1417 y 1433 del Código Civil, sólo tenía lugar "*al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo*" o, previa solicitud, "*cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil, o hubiera sido declarado ausente, o hubiese dado causa al divorcio*".

Lo anterior obstante, la jurisprudencia más avanzada del período [711] ya vino a reconocer que la sociedad de gananciales *"implica"* una *"convivencia conyugal, que está reñida con la separación de hecho",* aunque incide en que la separación de hecho no figura "*enumerada como causa taxativa de su conclusión, que el legislador contrae a la disolución del patrimonio o a su declaración de nulidad (artículo 1417 del Código Civil)".*

En definitiva, la jurisprudencia de este período se presenta coherente con la rigidez de un ordenamiento que, más allá de lo antes indicado en relación con los frutos de los bienes parafernales, no permitía limitar los efectos patrimoniales de la sociedad ganancial ante una posible separación de hecho de los esposos.

[708] STS de 26 de junio de 1876.

[709] STS de 19 de diciembre de 1932.

[710] STS de 31 de marzo de 1964 y STS de 7 de marzo de 1980.

[711] STS de 7 de marzo de 1980.

III.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO INTERMEDIO

1.- LA STS DE 13 DE JUNIO DE 1986 COMO ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL

1.1.- Asunto que resuelve la sentencia y relevancia de la resolución

La STS de 13 de junio de 1986 marcó un hito en la jurisprudencia relativa al tratamiento de los efectos de la separación de hecho en las relaciones patrimoniales entre esposos. Esta resolución elabora por primera vez la doctrina de la limitación funcional. Como hemos indicado, bajo esta fórmula nos referimos, en lo posterior, a la norma jurisprudencial que permite entender cesada, a ciertos efectos, la sociedad de gananciales desde que los cónyuges dejan de convivir y colaborar entre sí como consecuencia de su separación de hecho.

La resolución que comentamos ofrece esta escueta síntesis de la situación litigiosa que resuelve, desde sus orígenes hasta la sentencia de apelación:

"*[U]na viuda que, separada de hecho de su marido, con el que contrajo matrimonio en el año 1929, desde el año 1934, hasta el 28 de enero de 1981, fecha de la muerte del marido, pretende el reconocimiento de sus deudas de viudedad aragonesa. La separación debe estimarse como mutuamente consentida, porque originó una pensión de cien pesetas mensuales, que se pagó desde 1934 hasta 1959 y porque el hijo común del matrimonio, nacido en 1932, pasa a vivir con su padre en 1938. Consta que el marido convivió desde el año 1938 con su hijo y con la demandada, a quien legó, en usufructo, una casa que adquirió en el año 1939 y continuó esta convivencia hasta su muerte.*

La sentencia objeto del recurso de casación había estimado la demanda y declarado que la actora (…) "tiene el usufructo viudal sobre los bienes de su marido (…) fallecido el 28 de enero de 1981" y que "los bienes que los mencionados cónyuges adquirieron durante el matrimonio del modo establecido en el artículo 48 del apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón (…), pertenecen a la sociedad conyugal, sociedad que ha quedado disuelta por fallecimiento del marido, precediéndose a su liquidación con las adjudicaciones pertinentes con arreglo a derecho".

El recurso de casación denunció la infracción de un precepto del Apéndice foral aragonés de 7 de diciembre de 1925, varios preceptos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967 (artículos 23.2, 37, 52, 63 y 72), así como de los artículos 3.1, 7.1 y 7.2 del Código Civil, sobre la base común de un único razonamiento, que enuncia de este modo la sentencia comentada: "*La libre separación de hecho, mantenida durante más de cuarenta años, excluye el fundamento de los derechos de viudedad, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges y llega a la conclusión de que la petición de los derechos de viudedad, significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho, que no*

puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social".

Ciertamente, el asunto no dirime en puridad una controversia relativa a una sociedad de gananciales. El debate de autos lo origina una separación de hecho producida en un matrimonio sujeto a la normativa civil de Aragón y la viuda demandante había cursado su reclamación en base a normas propias de dicho Derecho. Sin embargo, al examinar el contenido de los preceptos que se señalan infringidos en el recurso de casación que da lugar a la sentencia que comentamos, así como al fundamento de su denuncia, se advierte con claridad cómo la tesis que inicia esta resolución puede predicarse con igual ajuste –como, de hecho, así resultaría después- con relación a la sociedad de gananciales regulada en el Código Civil[712]. Tan es así que, según se sostenía en la enunciación del

[712] En aras de justificar nuestra afirmación, creemos necesario reproducir el tenor de los indicados preceptos de la legislación aragonesa.

En primer lugar, el artículo 48 del Apéndice foral aragonés de 7 de diciembre de 1925 trataba sobre la "*sociedad conyugal tácita*". Conforme a su tenor: "*Normalmente, tienen la consideración de comunes de la sociedad: 1º. Los bienes raíces inmuebles o sitios, adquiridos por título oneroso durante la subsistencia del matrimonio, aunque la adquisición se haga a nombre de uno de los cónyuges (…). 2º. Los bienes de naturaleza mueble (…). 3º. Por presunción legal, cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada (…)*".

En cuanto a los preceptos de la Compilación Aragonesa de 8 de abril de 1967, conforme al artículo 23.2 ("*Régimen paccionado y régimen legal*"): "*(…) Dos. En defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título*". El referido Capítulo III se titulaba "*Del régimen matrimonial legal*" y comprendía los artículos 36 a 59.

El artículo 37 ("*Bienes comunes*") establecía: "*Constituyen el patrimonio común: Primero. Los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común. Segundo. Los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad. Tercero. Los frutos, desde que aparecen o se devengan, de los bienes, tanto comunes como privativos. Cuarto. En general, los bienes muebles, salvo lo previsto en los artículos siguientes*".

Conforme al artículo 52 ("*Causas*"), referido a la disolución de la comunidad, la Compilación disponía: "*La Comunidad legal se disolverá: Primero. En los supuestos previstos en el artículo mil cuatrocientos diecisiete del Código Civil, salvo cuando proceda su continuación con arreglo al Título V del Libro I de esta Compilación. Segundo. Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales*". Para poner de manifiesto en mayor medida el importante grado de relación con el régimen de la sociedad de gananciales a estos efectos, el propio precepto hacía una remisión al artículo 1417 del Código Civil entonces vigente (esto es, en 1967).

El artículo 63 ("*Bienes comunes*") contemplaba una institución extraña al Código Civil, que era la *comunidad continuada* entre el cónyuge supérstite y los herederos del finado. No obstante, lo que regulaba era otro tipo de comunidad, que incorporaba a su patrimonio los bienes indicados en el precepto -los cuales guardaban una cierta homogeneidad con lo reglado en el artículo 37, antes transcrito-: "*Uno. Constante la comunidad continuada, ingresarán en el patrimonio común: Primero. Los frutos y rendimientos de explotación de los bienes de la comunidad y de los que eran privativos de cada cónyuge, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos. Segundo. Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes de la comunidad. Tercero. Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan. Dos. No serán comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con independencia de los bienes y negocios de la masa común. Tres. Frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad, se considerarán privativos del adquirente*".

primer motivo del recurso de casación, "*el establecimiento, por el legislador, de una comunidad de bienes entre los cónyuges, obedece desde la historia más remota a la idea de colaboración entre ellos, y tal es la* ratio legis *del artículo 48 del Apéndice, como de todos los preceptos semejantes que hay en cualquier código*" [713].

1.2.- Tesis que elabora la sentencia

La sentencia observa, con carácter previo, que ninguno de los textos forales cuya infracción se denuncia en los motivos del recurso contempla los efectos que pueda producir la separación de hecho de modo específico. En este sentido, incluso abunda en que, en el artículo 78 de la Compilación, sólo se estatuye la pérdida del derecho expectante de viudedad para el cónyuge culpable en el supuesto de separación judicial. De ahí colige que "*la pretensión de la viuda, estimada en la resolución que era objeto del recurso de casación, debía entenderse ajustada a la letra de la Ley, por lo que, en principio, deben rechazarse los motivos primero, primero bis, segundo y tercero del recurso*". La sentencia desestima así todos los motivos de recurso que denunciaban infringidas las distintas normas de Derecho foral aragonés que hemos relacionado.

Sin embargo, la sentencia estima el recurso de casación. Los preceptos que se entienden formalmente vulnerados por la sentencia recurrida son los artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil. Analizados los hechos y circunstancias constatados en autos, la Sala los considera aplicables en el siguiente sentido:

"*…la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe, porque rota, con su consentimiento (…), la convivencia conyugal en 1934, con acuerdo amistoso de alimentos y entrega, en 1938, del hijo único al marido, sin haber intentado acción efectiva que manifestara su disconformidad, reclama sus derechos legales después de más de cuarenta años de mantenimiento de la situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto y tal conducta contraria a la buena fe conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, complementado, por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la conviviente con el marido desde 1938 a 1981 e incluso al hijo del matrimonio, causando con ello el natural perjuicio a estos terceros, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (protección del matrimonio conviviente), teleológicos (derechos viudales al cónyuge supérstite conviviente) y sociales (seguridad en las relaciones matrimoniales mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un*

Finalmente, en el ámbito de "*la viudedad*", el artículo 72 ("*Origen y extensión*") establecía: "*Uno. La celebración del matrimonio o atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges. Dos. Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número primero del artículo treinta y nueve. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad*".

[713] Consta como letrado firmante del recurso de casación LACRUZ BERDEJO, Jose Luis.

derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7 apartado 2 del Código Civil".

En la redacción del fundamento anterior pueden distinguirse, en nuestra opinión, los dos argumentos que determinan la estimación del recurso de casación y que, por tanto, conforman la doctrina de esta sentencia:

1º) Se entiende infringido el artículo 7.1 del Código Civil. La pretensión de la viuda es contraria a las exigencias buena fe. En este sentido, se considera de mala fe formular una reclamación de derechos, como socia consorcial y como viuda, sobre un patrimonio a cuya obtención no se había contribuido, pues la actora había estado separada de hecho del finado durante más de cuarenta años, con su inicial consentimiento y sin oponerse nunca a esa situación.

2º) Se entiende infringido el artículo 7.2 del Código Civil. La pretensión de la viuda constituye abuso de derecho. Ya antes de la fecha de la sentencia que aquí nos ocupa, la jurisprudencia[714] había detallado cuáles eran los elementos integradores de esa figura:

A) "*Uso de un derecho, objetiva o externamente legal*". Puede entenderse que el Tribunal Supremo identificó este primer elemento con que la actora era viuda y socia consorcial del finado y, por ello, titular formal de los derechos que reclamaba, según las normas de Derecho foral aragonés.

B) "*Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*". Parece claro que el *daño* se asocia en el caso con la desposesión, tanto a la mujer que llevaba conviviendo *more uxorio* con el finado durante más de cuarenta años como al hijo de éste, que llevaba implícita la estimación de la pretensión actora. El interés a proteger se entiende focalizado en el mantenimiento de la integridad patrimonial de los demandados, obtenida como fruto de una convivencia familiar prolongada con el finado.

C) *"Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o*

[714] SSTS de 14 de febrero de 1944, 2 de diciembre de 1994 y 25 de septiembre de 1996. Esta última, tras reproducir los tres mismos requisitos, añade que "*se puede concretar esa doctrina afirmando, que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido. La doctrina científica critica el margen de inseguridad, que el indispensable arbitrio judicial puede producir al fijar los límites del derecho subjetivo de acuerdo con su fin, pero conviene puntualizar, que el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado, y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse, cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica"*.

anormalidad en el ejercicio del derecho)". Sobre este tercer elemento, la sentencia realiza dos apreciaciones relevantes:

a) La primera, que la viuda actúa *de mala fe* al reclamar, valiéndose de un título meramente formal, la participación en un patrimonio obtenido sin su contribución al que sólo puede aspirar legítimamente un cónyuge conviviente con el finado. La sentencia, de hecho, subraya literalmente en ese sentido que "*tal conducta contraria a la buena fe conforma uno de los requisitos del abuso de derecho".* Con esta apreciación podría entenderse que la sentencia considera que, en el asunto enjuiciado, la inmoralidad o antisocialidad del daño se manifiesta bajo su "*forma subjetiva*".

b) La segunda, que la pretensión de la actora ejercita un derecho que, por una parte, califica de "*aparente"* y que, además, advierte que se plantea más allá de sus límites. Obviamente, lo que afirma aquí la sentencia es que el derecho ejercitado en la demanda se postula con *exceso* o *anormalidad*, lo que implica una manifestación de la inmoralidad o antisocialidad del daño bajo su "*forma objetiva*".

El detalle que se ofrece razonadamente al respecto es amplio y creemos claro que guarda estrechísima identidad con el hecho de que, en la demanda iniciadora del litigio, se planteaban peticiones que sólo se presentaban legítimas entre cónyuges convivientes. Así, la sentencia advierte del *exceso* o *anormalidad* del ejercicio del derecho que intenta la actora porque sus propios "*límites éticos*" vienen definidos por derivar de normas de protección del matrimonio *"conviviente"*, no siéndolo el suyo durante más de cuatro décadas. En cuanto al derecho viudal reclamado, la sentencia establece además un "*límite teleológico*" específico, al definir que éste se concede por la ley al cónyuge supérstite *"conviviente".* Finalmente, la sentencia precisa también que el ordenamiento impone además un *"límite social"* al ejercicio de los derechos instados por la viuda demandante, en tanto que éstos se conceden para seguridad en las relaciones matrimoniales "*mantenidas por el afecto de los cónyuges*", lo que cabe entender en el contexto como aquellas en las que existe una verdadera convivencia característica entre esposos. Todo ello constituye, según la sentencia, el *ejercicio anormal de un derecho* que los tribunales deben impedir.

Así las cosas, conforme a la STS de 13 de junio de 1986, la pretensión de la viuda separada de hecho durante más de cuarenta años del finado frente al hijo de éste y a la mujer que fue su pareja conviviente a lo largo de todo ese tiempo es inadmisible por un doble motivo jurídico: porque contraviene la buena fe y porque constituye, a su vez, un ejercicio abusivo de un derecho.

El razonamiento de la resolución permite entender perfectamente que ese doble reproche se realiza a una concreta acción de la demandante, que es la de reclamar unos derechos legales para obtener unos bienes a cuya adquisición no se ha contribuido en absoluto.

La sentencia no incide ni sugiere que en el proceso intencional de la viuda demandante exista un *animus nocendi* hacia los demandados, ni reprocha un propósito

de la actora de causar un daño a los demandados. La demandante persigue un lucro al que no tiene derecho y eso es, atendiendo al razonamiento de la sentencia, lo que permite afirmar que actúa contra los dictados de la buena fe. De este modo, puede entenderse a nuestro juicio que, cuando la sentencia califica como contrario a la buena fe el ejercicio del derecho intentado por la demandante, está aludiendo a una buena fe en *sentido objetivo*. Reclamar un derecho sobre un patrimonio que evidentemente no se ha contribuido a obtener, amparándose en un título meramente formal de socia consorcial o viuda del finado contra su hijo y contra su pareja sentimental durante décadas, desborda el posible contenido que, desde la óptica *objetiva* de la buena fe, cabe atribuir a los derechos ejercitados.

La anterior apreciación se reitera cuando la sentencia motiva su estimación de abuso de derecho en el ejercicio de la pretensión actora. En ello, el reproche de *mala fe* que se imputa a la demandante guarda relación, no con su intención de causar un daño a los demandados, sino con el ejercicio *anormal* o *antisocial* del derecho que formalmente legitima su acción.

Todo ello, en nuestra opinión, lleva razonablemente a concluir que la STS de 13 de junio de 1986 considera abusiva y contraria a la buena fe la pretensión de la actora porque, al abrigo de un título meramente formal –que es el de viuda y socia consorcial del finado-, reclama unos derechos sobre un patrimonio que realmente no ha contribuido a obtener. El Tribunal Supremo razona que el derecho a participar en el patrimonio del finado, como viuda y socia consorcial, exige que haya habido una relación de convivencia y colaboración entre viuda y finado, que es lo que justifica la existencia propia de los derechos que se pretenden disfrutar. En suma, la tesis que mantiene la sentencia, en nuestra opinión, es que sin esa relación de convivencia y colaboración, la pretensión de disfrutar de esos derechos se reputa *objetivamente* contraria a la buena fe y *objetivamente* abusiva[715].

Por otra parte, la sentencia advierte expresamente de que su doctrina "*debe reconocerse para este caso y sin generalizar*". Este inciso aconseja realizar desde este momento un comentario conveniente para su análisis.

Ciertamente, el asunto enjuiciado en la sentencia resolvía un conflicto en el seno de una familia que presentaba una situación muy singular. Se trataba de un matrimonio separado de hecho durante más de cuarenta años. La separación la consintieron ambos

[715] Parafraseando a PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: "Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, 2016, pág. 938, "*cuando un sujeto, con su acción, sobrepasa los límites o la esfera de su derecho a consecuencia de la violación del interés que fundamenta la atribución por el ordenamiento del derecho subjetivo, se dice que abusa o que hace un uso anormal del derecho mismo, razón por la cual su actividad asume carácter ilícito y el daño que deriva de la misma es antijurídico*". El autor cita a GAMBARO, Antonio: "Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero", *Enciclopedia Giuridica*, Volumen I, Roma, 1988, pág. 1, quien explica que la prohibición del abuso del derecho se sustancia en una responsabilidad del titular del derecho por carecer de la "*inmunidad que acompaña al ejercicio de los derechos*".

cónyuges durante todo ese prolongado período, sin oponerse a ella. Existían unos acuerdos entre los esposos en los que reglamentaron aspectos relevantes de su separación, como el cuidado de su hijo común –custodiado por el padre desde los seis años de edad- o el pago de una pensión por el marido a la esposa durante quince años. Además, tras separarse de su cónyuge, el marido rehízo su vida y disfrutó de la convivencia marital con otra mujer, que se convirtió en su compañera de vida durante cuarenta y tres años, hasta que él falleció. Ante esa tesitura, es lógica la advertencia de la sentencia en torno a su excepcionalidad.

Asimismo, la propia *ratio* de la doctrina de la limitación funcional que elabora la jurisprudencia justifica por sí sola el énfasis que se realiza sobre esa nota de excepcionalidad. En efecto, el Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente cauto al controlar la posible resolución judicial de los conflictos legales a partir de la aplicación directa de principios generales como la proscripción el abuso de derecho[716].

Con todo, la indicación de la STS de 13 de junio de 1986 sobre su excepcionalidad se ha entendido, en nuestra opinión, de dos maneras diferentes. A lo largo del *período intermedio* que analizamos, la limitación funcional de la sociedad de gananciales se justifica por concurrir una separación de hecho entre los esposos, que se consideraba en sí misma como un evento excepcional susceptible de producir ese efecto, al causar la ruptura de la convivencia. A lo largo del *período actual,* la mera separación de hecho no se comprende como una situación excepcional que pueda privar de sus normales efectos a la sociedad de gananciales; éstos sólo podrán matizarse ante la presencia de otros elementos, meramente accidentales, que revelen un abuso de derecho en quien pretenda beneficiarse de sus derechos como socio ganancial.

1.3.- Consolidación del criterio en la jurisprudencia posterior del período

Probablemente como consecuencia de los cambios sociales y de orden legal ocurridos en la etapa histórica que estudiamos, la judicialización de los conflictos sobre

[716] Como advierte ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel (de): "El abuso de derecho en el artículo 7.2 del Código Civil", *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, Granada, 2014, págs. 77 y sigs., "*es también de suma trascendencia la reiteración con que el Tribunal Supremo insiste en que esta figura del abuso del derecho «es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo» (ss. de 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 2 de diciembre de 1994 y 27 de mayo de 1998), llegando por ello a decir que «(…) habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiera planteado la cuestión» (s. de 30 de junio de 1998)". (…) aunque por hipótesis esta institución descanse sobre supuestos de exceso o extralimitación, es lo cierto que el posible abuso va referido, siempre y necesariamente, al ejercicio de un derecho subjetivo cuya titularidad y vigencia no se discuten, por lo que tal premisa o punto de partida obliga al juzgador a mostrarse cauto y a ser muy estricto exigiendo no ya extralimitación en el ejercicio de ese derecho sino el carácter patente y manifiesto del pretendido abuso objeto de enjuiciamiento. (…) La experiencia de estos últimos cuarenta años, claramente arroja el resultado (…): jueces y tribunales, conscientes seguramente de los peligros e incertidumbres que en otro caso podrían derivarse, han mostrado en sus resoluciones, con rara homogeneidad, la necesidad de adoptar toda suerte de cautelas y de no caer en la tentación de usar esta figura del abuso como genérico cauce para alcanzar soluciones casuísticas inspiradas únicamente en razones de justicia material y, aun menos, para llevar a cabo un, en mi opinión, recusable uso alternativo del Derecho*".

la materia fue haciéndose cada vez más frecuente. El volumen de los recursos de casación que resolvió el Tribunal Supremo dio como fruto un significativo número de resoluciones[717], que permiten entender cuál fue hasta el final de ese período el estado de la cuestión.

La doctrina elaborada por la STS de 13 de junio de 1986 influyó de manera decisiva en la jurisprudencia posterior. El período que analizamos ahora se caracteriza por su consolidación y, en nuestra opinión, por una tendencia a su aplicación cada vez más generalizada a las situaciones de separación de hecho entre esposos casados en régimen de gananciales.

2.- CUESTIONES PROCESALES

2.1.- Procedimientos en los que se suscita la cuestión

A lo largo de este período, el conflicto jurídico sobre la cuestión que analizamos vino a plantearse en el ámbito de procedimientos declarativos ordinarios, casi siempre de menor cuantía[718].

El objeto de dichos litigios es variado. Lo son también los sujetos que integran en ellos la relación jurídica.

En algunos casos, la disputa no trasciende más allá del matrimonio. Los cónyuges separados de hecho defienden en ellos su interés sobre unos bienes que, mientras uno los pretende privativos, el otro los propone gananciales[719].

---

[717] Creemos que las sentencias relevantes de esta etapa sobre la materia, dictadas sólo por el Tribunal Supremo (Sala 1ª), tras la STS de 13 de junio de 1986, son las SSTS de 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 27 de enero de 1998, 4 de mayo de 1998, 24 de abril de 1999, 11 de octubre de 1999, de 26 de abril de 2000, 4 de diciembre de 2002, 3 de febrero de 2006, 23 de febrero de 2007, 27 de febrero de 2007, 21 de febrero de 2008, 6 de mayo de 2015 y 13 de septiembre de 2017.

[718] Existe alguna excepción, como el procedimiento resuelto en casación por la STS de 17 de junio de 1988, que proviene de un juicio declarativo ordinario de mayor cuantía; o el procedimiento resuelto en casación por la STS de 4 de diciembre de 2002, que versó sobre la liquidación de una sociedad de gananciales.

[719] En la STS de 27 de enero de 1998, los esposos litigantes firmaron un documento privado de convenio regulador para su separación. Entre otros extremos, el acuerdo conyugal pactaba el fin del régimen de gananciales y, desde entonces, la separación de bienes. La firma del convenio no se formalizó con la solemnidad requerida para las capitulaciones matrimoniales, pero fue secundada con la separación efectiva de los cónyuges. En ese nuevo escenario, y antes de disponer de sentencia de separación, el esposo adquirió un piso, con su trastero y plaza de garaje. La esposa le demandó solicitando una declaración de que los citados inmuebles eran bienes gananciales. El se opuso a la demanda.

En cuanto a los hechos que dan lugar a la STS de 11 de octubre de 1999, los cónyuges habían contraído matrimonio el 24 de abril de 1955. El día 25 de junio de 1982, el esposo abandonó el domicilio conyugal, dejando una nota manuscrita a su mujer indicándole: "*Quiero empezar nueva vida y en eso entra lo de encontrar un trabajo. Todo lo que poseemos te lo dejo. En este sobre encontrarás un poder notarial para que dispongas libremente. También están las llaves del coche, las de casa y la de la caja fuerte del Banco. Me llevo el reloj y anillo por si tuviera que venderlos. Del dinero de la cuenta me llevo algo*

menos de la mitad (130000 pts.). Del resto tendrás que pagar 7000 pts. de la gasolina gastada. También te cedo la liquidación que me corresponde hasta final de año y la Compañía de Seguros te pagará, espero lo que hay pendiente. Con todo ello podrás arreglarte para una buena temporada". La esposa denunció a su marido por abandono de familia. Las diligencias judiciales fueron objeto de sobreseimiento provisional por auto de 13 de enero de 1982. No se pudo averiguar en el transcurso de las mismas el paradero del esposo. En septiembre de 1990, la esposa recibió una notificación notarial por la que su esposo le comunicaba la revocación del poder. La esposa solicitó entonces el levantamiento del sobreseimiento provisional de las diligencias seguidas por abandono de familia y, el 10 de marzo de 1991, doña T.P. interpuso demanda de separación conyugal contra su esposo. Este último reconvino solicitando el divorcio, el cual fue concedido por el Juzgado.

El 25 de febrero de 1993, el ex marido demandó a su ex mujer interesando que se declarase la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicando una cuota a cada parte, mediante la venta del que constituyó hogar familiar, de cuyo precio se entregaría al actor la mitad previo pago de los gastos, y lo que restase a la demandada, una vez disminuido en el cincuenta por ciento por los créditos de la sociedad de gananciales contra el patrimonio privativo de dicha demandada. La esposa se opuso y formuló reconvención, solicitando la declaración como privativos a su favor de todos los bienes inventariados en la demanda principal, así como la validez del documento de 25 de junio de 1982, declarándose igualmente la obligación del reconvenido de otorgar escritura pública a favor de la reconviniente transmitiéndole formalmente el inmueble que constituyó la vivienda familiar.

En el asunto resuelto por la STS de 4 de diciembre de 2002, la esposa presentó demanda sobre liquidación de sociedad de gananciales contra el marido. Aquélla solicitó que se dictase sentencia "*condenando a la parte demandada a desalojar el piso propiedad de la sociedad disuelta, (...), debiendo procederse a la liquidación del haber ganancial y atribución a los cónyuges por partes iguales, debiendo llevarse a cabo dicha liquidación y atribución en período de ejecución, igualmente se condenase al demandado a indemnizar a la demandante por la ocupación del piso propiedad de la sociedad de gananciales...*". El esposo contestó oponiéndose a la demanda y formulando reconvención, solicitando al Juzgado "*que se reconociese el carácter privativo del inmueble litigioso como perteneciente"* al marido, *"sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales al reintegro de las cuotas mensuales abonadas durante el periodo de convivencia efectiva de dicha sociedad; y que se acordase la rectificación registral de la inscripción de la compra de la vivienda realizada a favor de la sociedad conyugal a fin de que en el registro figure la titularidad privativa"* del marido.

En la STS de 3 de febrero de 2006, el pleito consiste en lo siguiente. Los cónyuges, casados en gananciales, se separaron en 1976. El Juzgado adoptó unas medidas provisionales de separación de los esposos, de acuerdo con la legislación entonces vigente. El 15 de julio de 1976, los cónyuges otorgaron un documento privado en el que pactaron "*separarse voluntariamente de todos los lazos matrimoniales por los que se encuentran unidos*" y "*dividir sus bienes, todos conyugales"*, siguiendo una descripción del inventario y reparto. El acuerdo se rubricaba con una estipulación según la cual éste no podía ser anulado por ninguna de las partes "*hasta que se lleve a escritura notarial en la primera quincena del mes de agosto del año actual*". El 15 de mayo de 1987 se dictó sentencia en el procedimiento de divorcio, instado por el marido. La demanda se había formulado peticionando la disolución del matrimonio "*con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración*", sin hacerse especial mención a la liquidación del régimen de bienes. En 1997, el marido presentó demanda pidiendo la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales. El esposo sostenía en la demanda que la sociedad ganancial había quedado disuelta como consecuencia de la sentencia de divorcio. Frente a ello, la demandada adujo en su contestación que la sociedad de gananciales ya se había disuelto y liquidado por razón del documento firmado en 1976.

En la STS de 23 de febrero de 2007, los cónyuges habían contraído matrimonio en 1970 en régimen de gananciales y habían tenido un hijo. El domicilio conyugal se estableció en España, trasladándose al poco tiempo el matrimonio a Alemania. A los dos años se produjo la separación de hecho de los esposos; el marido conservó su residencia en Alemania, mientras que la esposa volvió a España con su hijo. En 1990, la mujer promovió demanda de separación contra su esposo, recayendo sentencia el 20 de mayo de 1991 por la que se declaraba la separación de los cónyuges con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración. La sentencia reconocía que, en los 18 años siguientes a la separación de hecho, no había vuelto a existir ningún tipo de convivencia, ni siquiera comunicación, entre los cónyuges. La esposa

En otras ocasiones, el conflicto trabado entre los esposos afecta también a derechos de terceros que intervienen como parte en el procedimiento. Principalmente, se trata de personas unidas con alguno de los cónyuges por vínculos familiares[720], aunque también hay supuestos en los que la relación jurídica con ellos es de tipo patrimonial[721].

---

planteó una demanda sobre formación de inventario para ulterior liquidación y adjudicación de bienes gananciales, solicitando que se declarara el carácter ganancial del inmueble adquirido por el esposo demandado en 1974.

El conflicto que presenta la STS de 27 de febrero de 2007 puede resumirse como un juicio declarativo sobre liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales en el que la discrepancia entre ambos cónyuges se centraba, entre otros aspectos, en el momento en que debía considerarse extinguido el régimen económico matrimonial. Según el marido, la fecha de disolución de la sociedad de gananciales debía ser la del auto de medidas provisionales, que databa de dos años de la fecha de la sentencia firme de separación. La esposa sostuvo como fecha de disolución la de esta última resolución.

En la STS de 13 de septiembre de 2017, los cónyuges discuten también sobre la fecha de disolución de su sociedad de gananciales. La esposa impugnó el convenio regulador del proceso de separación y pidió la eficacia, como tal, de la fecha de la ulterior sentencia de divorcio. El marido sostuvo como fecha de disolución de los gananciales la de la sentencia de separación.

[720] Así, la STS de 17 de junio de 1988. Don Luis Alberto contrajo matrimonio con Doña Dolores el 24 de octubre de 1926. De su matrimonio nació doña Rosa, en 1928. En 1942 el matrimonio se trasladó a Barcelona. Ese mismo año se separaron de común acuerdo. La separación fue regulada por las partes mediante una escritura pública de 26 de junio de 1946, en la que manifiestan que, por incompatibilidad de caracteres, viven separados desde el año 1942 "*y así prometen continuar, con la promesa formal de renunciar a ejercitar entre ellos toda acción que pudiera dejar sin efecto lo aquí pactado y al propio tiempo respetar la vida privada y pública que cada uno de ellos realizare, con plena independencia y sin intromisión de uno en las actividades del otro*". La escritura añade que, "*sin perjuicio de los derechos y obligaciones de orden paterno-filial, que son indeclinables y no susceptibles de contratación*", convienen respecto de su común hija doña Rosa el régimen de convivencia. Por último, en lo relevante, la escritura se refiere a la "*posición actual de los cónyuges respecto a sus bienes privativos y a la sociedad conyugal*". Los cónyuges pormenorizaron al máximo, incluso respecto del mobiliario, la distribución efectuada, concluyendo que, por todo ello, "*si actualmente hubiera que hacerse (sic) liquidación total entre los cónyuges, ninguno debería abonar cantidad alguna por razón de bienes privativos, dotales, parafernales u otros, ni por razón de bienes gananciales, pues de lo que pudiera representar bienes gananciales cada uno de los cónyuges tiene la mitad, respectivamente*". En esta misma fecha, los consortes constituyeron depósito notarial de un pliego cerrado que contenía un documento privado, en el cual introdujeron más puntualizaciones acerca de su separación, se hizo entrega de una cantidad a la mujer y se pactó una pensión. La mujer contrajo asimismo el compromiso de fijar su residencia fuera de Cataluña.

Al menos desde el mismo año de la separación, Don Luis Alberto convivió con Doña Marina, de nacionalidad argentina, con quien tuvo dos hijos, Doña Begoña (nacida en 1946) y Don Braulio (nacido en 1948); ambos fueron registrados como hijos naturales de Doña Marina. Mediante escritura de 18 de octubre de 1957 y mediando el preciso consentimiento de doña Dolores, don Luis Alberto adoptó a los dos hijos de doña Marina, concediendo el derecho a usar el apellido del adoptante juntamente con el de la madre de los adoptados, como si fueran nacidos de legítimo matrimonio.

Don Luis Alberto falleció el 18 de junio de 1977, bajo testamento que había otorgado el 13 de noviembre de 1947. En dicho testamento instituyó por herederos a su hija doña Rosa "*y a los demás hijos que tenga en lo sucesivo*", y legó todos los bienes muebles, excepto valores, a doña Marina. El 15 de marzo de 1978, doña Dolores y doña Rosa (recordemos, esposa e hija fruto de la primera relación del causante) otorgaron escritura de manifestación de la herencia causada por don Luis Alberto conforme a dicho testamento de 1947, otorgando la aceptación de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales, y adjudicándose los bienes en los términos que resultan. Doña Begoña y don Braulio (hijos de la segunda

relación del causante) interpusieron demanda contra doña Dolores y doña Rosa, pretendiendo hacer efectivo lo pactado en la escritura pública de 26 de junio de 1946.

La STS de 23 de diciembre de 1992 deriva de un procedimiento iniciado por la viuda y los dos hijos legítimos de un finado contra los dos hijos extramatrimoniales que éste había tenido de una segunda relación. En lo aquí relevante, la parte actora solicitaba la adjudicación a la viuda del 50 por 100 de los bienes gananciales del matrimonio, así como la cuota usufructuaria que le corresponde en relación al caudal relicto, y que se procediera a dividir por cuartas partes los bienes pertenecientes al causante, constituidos por el restante 50 por 100 de los bienes gananciales, condenando a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento. La contestación a la demanda se opuso a la pretensión adversa.

En la STS de 26 de abril de 2000, Doña M.J. y don J.J. se habían casado en 1973. En fecha no determinada entre los años 1.979 y 1.981, ambos decidieron libremente separarse. El esposo abandonó el domicilio conyugal y marchó a vivir con doña C.S. En junio de 1983, ambos cónyuges, junto con don L.G. y su esposa doña B.H., constituyeron la mercantil B.S.A., dedicada a la explotación de máquinas recreativas, suscribiendo cada uno un número determinado de participaciones sociales. Mediante documento privado de fecha 18 de febrero de 1987, Don J.J. y Don L.G. adquirieron a la compañía A.A.A. una nave ("nave C") por el precio de 6160000 pesetas para dedicarla a la referida actividad empresarial. Con fecha 17 de diciembre de 1985 los anteriormente reseñados ya habían adquirido una primera nave ("nave D") a la misma compañía que se escrituró exclusivamente a nombre de don L.G. Con posterioridad a la adquisición de la "nave C", y como ya don L.G. tenía escriturada a su nombre la "nave D", los socios de B.S.A. deciden adjudicar a don J.J. la citada "nave C", pero escriturándola el día 20 de abril de 1.988 a nombre de doña C.S., con quien don J.J. por entonces convivía. El 18 de julio de 1.990 se dictó sentencia de divorcio declarando disuelto el matrimonio formado por don J.J. y doña M.J. El 20 de abril de 1993, Doña M.J. presentó demanda (en lo que aquí interesa) contra su ex esposo, Don J.J. y contra Doña C.S., en la que solicitó que se dictara sentencia declarando: (i) que la actora y el demandado Don J.J. -y por tanto la sociedad legal de gananciales formada en su día por ambos-, son propietarios de la nave referenciada en el escrito, condenándose a los demandados a estar y pasar por esta declaración; (ii) la nulidad de la escritura pública de compraventa fecha 20 de abril de 1988 y las inscripciones causadas por el negocio impugnado en el Registro de la Propiedad. Don J.J. presentó escrito allanándose a la demanda. Doña C.S. contestó a la demanda solicitando su desestimación.

En la STS de 21 de febrero de 2008, la viuda, en su propio nombre y en interés de los demás herederos de su difunto esposo, formuló demanda contra la pareja extramatrimonial con quien el fallecido había convivido hasta su muerte tras el cese de su convivencia conyugal. La demanda interesaba que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad radical y absoluta de las entregas de dinero efectuadas con carácter gratuito por el finado a favor de pareja extramatrimonial por importe total de más de 46000000 de pesetas. Se pedía su restitución por la demandada, junto con los intereses legales; o, con carácter alternativo, para el caso de que se acreditara que se había tratado de un préstamo oneroso, se solicitaba su condena a devolver el total recibido junto con los intereses pactados. La demandada se opuso a las pretensiones actoras.

Finalmente, en la STS de 6 de mayo de 2015, la viuda y parte de los hijos de un finado en régimen de gananciales presentaron demanda de solicitud de división judicial de la herencia del causante frente a otro de los hijos del fallecido. Este último se opuso a las operaciones particionales del contador partidor en el procedimiento. Se discute sobre la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, que el hijo demandado en la división sostiene que se produjo en 1969, con la separación de hecho entre los cónyuges. El resto de litigantes opone que, a pesar de la separación física entre esposos, los hechos demostraban que no hubo voluntad de disolver la sociedad de gananciales.

[721] Es el caso de la STS de 26 de noviembre de 1987. Los cónyuges se habían separado de hecho el 18 de junio de 1962. En documento privado de esa misma fecha, manifestaron adoptar esa decisión por ser "*insufrible la vida en común*", decidiendo así "*poner fin a la misma por medio de este documento*". A ese propósito pactaron: "*Cesa, en esta fecha, la vida en común de ambos, quedando la mujer en una casa de su propiedad y saliendo de ella el marido con sus ropas y aperos de labranza y el resto de los bienes divididos de común acuerdo*". Se adjudicaban así al marido diversas fincas, entre ellas las que fueron objeto del litigio. Según los términos del documento, "*Queda liquidada la sociedad de gananciales, sin que ninguno de los cónyuges tenga que reclamarse nada en este aspecto*". En cumplimiento de lo

2.2.- La regla jurisprudencial como fundamento de la acción ejercitada y como motivo de excepción ante la pretensión actora

Resulta interesante comprobar cómo se introduce en el procedimiento judicial el debate sobre la eventual exclusión de los bienes y ganancias adquiridos tras la separación de hecho por cada uno de los cónyuges como parte del patrimonio ganancial.

En algunos procedimientos, la cuestión se plantea por la parte demandante. Tales son los supuestos en los que la demanda la plantean:

- Los hijos adoptivos del finado, habidos de su relación extramatrimonial, contra su viuda e hijos matrimoniales, solicitando una sentencia que anule la liquidación de la sociedad de gananciales y el reparto de la herencia realizadas por los demandados, incluyendo bienes obtenidos por aquél tras el cese de su convivencia matrimonial[722];

- La esposa contra su marido, solicitando una sentencia que declare disuelta la sociedad ganancial del matrimonio[723];

---

acordado y en la misma fecha del 18 de junio de 1962, cada cónyuge otorgó en favor del otro una escritura de apoderamiento y licencia marital. Mediante el instrumento de esa fecha, el marido obtuvo de su mujer "*el consentimiento que exige el artículo 1413 del Código Civil respecto de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial y, especialmente, para la venta de las fincas*", entre ellas, las que eran objeto del litigio. En junio de 1967 los cónyuges reanudaron la vida en común, sin que conste que convinieran nada sobre sus bienes con ocasión de la reconciliación. En esta fecha la mujer ya había dispuesto de la totalidad de los bienes que a ella le habían sido adjudicados en el año 1962 y del producto de su enajenación. El 8 de septiembre de 1975 tuvo lugar una nueva y definitiva separación de los cónyuges, que originó la revocación del consentimiento objeto de la escritura de 18 de junio de 1962. La revocación fue efectuada en esa misma fecha y notificada al marido el día 13 del mismo mes de septiembre de 1975. En escrituras públicas de fechas 9 y 10 de septiembre de 1975 el marido vendió hasta un total de diez fincas a dos terceros. La esposa demandó a su marido y a los adquirentes de las fincas. En lo que interesa, la esposa solicitó que se declarara que ambas escrituras de compraventa eran "*nulas por falta del consentimiento, en ambas, de la actora*" y "*por haberse otorgado en contravención de lo dispuesto en el Código Civil y en fraude*" de la misma.

En la STS de 24 de abril de 1999, los terceros demandados eran los arrendatarios de un inmueble ganancial cuyo contrato había sido autorizado únicamente por la esposa. En 1961, los cónyuges, casados bajo el régimen legal de gananciales, compraron para su sociedad una casa y un huerto, sitos en el término municipal del Bordils (Gerona). En 1964, los dos referidos esposos se separaron de hecho. En 1976, la esposa compró el usufructo vitalicio de un piso sito en el término municipal de Salt (Gerona) del cual, en 1983, compró también su nuda propiedad. En 1981, la esposa arrendó a un matrimonio la casa y el huerto gananciales sitos en Bordils. En 1992, el marido promovió contra su esposa y el matrimonio arrendatario un juicio de menor cuantía. La demanda solicitaba que "*se declare la disolución de la sociedad de gananciales existente entre el actor y la demandada (...) con efectos desde la presentación de esta demanda; se concrete como hecho inalterable el inventario de los bienes gananciales; se condene a* (su esposa) *a hacer la liquidación, partición y adjudicación del caudal social, atribuyéndose a cada uno de los cónyuges la titularidad dominical plena sobre los bienes que le sean adjudicados (...); y se acuerde la nulidad del acto de gestión o arriendo unilateral sobre bienes gananciales*".

[722] STS de 17 de junio de 1988.

[723] En los términos ya referidos, la STS de 4 de mayo de 1998.

- Por vía reconvencional, la esposa que solicita una sentencia que declare la validez de la adjudicación de un bien ganancial, que le había sido reconocida por el marido en documento privado al abandonar éste el hogar familiar, con condena a su formal transmisión por el reconvenido mediante escritura pública[724].

- La ex esposa contra su ex marido y la nueva esposa de éste, reclamando que se declare como propiedad ganancial del primer matrimonio un inmueble escriturado a nombre de la segunda esposa[725].

En otros casos, sin embargo, la cuestión se plantea a modo de excepción, esto es, como un motivo de mera oposición a la pretensión actora, sin otra finalidad que la de conseguir su desestimación. En este sentido, pueden citarse:

- La esposa, que se opone a la demanda en la que el marido pretende que se incluya para su reparto como bien ganancial en ulterior ejecución mediante juicio de testamentaría, un inmueble adquirido por ella durante su separación de hecho[726].

- La esposa, que pretende validar un pacto privado de disolución de la sociedad de gananciales con reparto de bienes, frente a la pretensión del esposo de que se considere como fecha de su extinción la data de la sentencia de divorcio[727].

- El marido separado de hecho y los terceros adquirentes de unos inmuebles vendidos por él, que se oponen a la demanda de la esposa en la que ésta solicita la nulidad de una transmisión, por haberse realizado, en fraude sus derechos y sin su consentimiento, sobre bienes que reputa gananciales[728].

- El marido, que se opone a la demanda por la que su esposa pretende que se declare la ganancialidad de unos bienes adquiridos por él tras romper su convivencia matrimonial, con la firma de un documento meramente privado en el que se pactaba el fin de la sociedad de gananciales[729].

- El marido, que se opone a la demanda por la que su esposa pretende que se declare la ganancialidad de una finca adquirida por él tras romper su convivencia matrimonial[730].

---

[724] STS de 11 de octubre de 1999.

[725] STS de 26 de abril de 2000.

[726] STS de 24 de abril de 1999.

[727] STS de 3 de febrero de 2006.

[728] STS de 26 de noviembre de 1987.

[729] STS de 27 de enero de 1998.

[730] STS de 23 de febrero de 2007.

- El marido, que se opone a la demanda por la que su esposa pretende que se declare la ganancialidad de bienes propuestos por ella como parte del inventario de la sociedad de gananciales habida hasta la fecha de la sentencia de separación, y que éste propone que le pertenecen como privativos por haber sido adquiridos tras el auto de medidas provisionales[731].

- La pareja extramatrimonial del finado y el hijo de éste, que se oponen a la pretensión de la viuda separada de hecho de que se le reconozcan derechos, como socia consorcial y viuda de su marido, sobre el patrimonio obtenido por aquél tras la ruptura de su convivencia[732].

- La pareja extramatrimonial del finado, que se opone a la demanda de la viuda e hijos de aquel, defendiendo la validez de unas entregas de dinero que le habían sido realizadas a ella tras el cese de la convivencia del matrimonio[733].

- Los hijos extramatrimoniales del finado, que se oponen a una demanda de su viuda separada de hecho e hijos matrimoniales, en la que éstos pretenden obtener derechos sobre el patrimonio ganado por su causante tras el cese de la convivencia matrimonial[734].

- Uno de los hijos del finado, que se opone a la demanda de sus hermanos y de la viuda, alegando que los bienes adquiridos por su padre tras la separación de hecho de su matrimonio no fueron para su sociedad ganancial[735].

En todos los anteriores casos, el Tribunal Supremo entra a resolver sobre la cuestión que le viene planteada en casación, confirmando o revocando la sentencia de segunda instancia, pero siempre sin conceder relevancia al cauce procesal por el que se introduce en el proceso la alegación de la existencia de la separación de hecho, para solicitar la aplicación de las correspondientes consecuencias. Cuando se plantea el debate, lo cierto es que la jurisprudencia atribuye efectos a la separación de hecho como evento determinante de un posible cese de la comunicación ganancial. Se admite que esto se alegue en el proceso como causa justificativa de una pretensión dirigida obtener un pronunciamiento judicial de declaración o constitución de un derecho, o de obtención de una prestación ajena por condena al demandado. Asimismo, la alegación se admite como mero motivo de oposición ante la pretensión adversa, sin más alcance que el de resultar absuelto de la demanda.

[731] STS de 27 de febrero de 2007.

[732] Este es precisamente el caso de la pionera STS de 13 de junio de 1986.

[733] STS de 21 de febrero de 2008.

[734] STS de 23 de diciembre de 1992.

[735] STS de 6 de mayo de 2015.

Esta realidad se presenta coherente con la construcción dogmática de la doctrina que desarrolla originalmente la jurisprudencia a partir de los artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil. El ordenamiento proscribe el ejercicio de los derechos al margen de la buena fe y el abuso de derecho y ambas reglas son normas generales de carácter imperativo que pueden argüirse desde cualquier perspectiva, procesal y sustantiva[736]. Cabe ver, en cualquier caso, que los resultados obtenidos en los asuntos analizados podrían haberse logrado también, a iniciativa del actor o del demandado, mediante una decisión judicial que hubiese otorgado a la separación de hecho el efecto de disolver la sociedad de gananciales, adelantando su momento al del cese de la convivencia entre los esposos.

3.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO

3.1.- Presupuestos para la aplicación de la doctrina de la limitación funcional

3.1.1.- Los cónyuges casados en régimen de gananciales

El elemento común en todos los procedimientos que examinamos es el de un matrimonio casado en régimen de gananciales.

En ocasiones, según lo ya expuesto, el conflicto involucra intereses de terceros, que también intervienen como parte en el proceso al disponer de legitimación. Siendo ello así, identificar la existencia de un matrimonio casado en régimen de gananciales como elemento necesario para aplicar la doctrina que estudiamos es cuestión exenta de polémica.

3.1.2.- La separación de hecho

3.1.2.1.- El carácter consensual de la separación

Conforme a la formulación habitual de la doctrina de la limitación funcional en la jurisprudencia del período analizado, *"la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales"*[737].

La incorporación del modificador directo *libre* en esa enunciación de la regla jurisprudencial parece deliberada y dirigida a destacar el carácter consentido de la separación de hecho. Ello es lógica consecuencia de los primeros supuestos a los que se aplica esa doctrina. Es, en efecto, frecuente la existencia de una separación de hecho

[736] Como señalan GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: "Comentario al artículo 7 del Código Civil", *Comentario del Código civil*, Dir. SIERRA-GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo I, Barcelona, 2006, pág. 126, y LLUIS Y NAVAS, Jaime: *El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia*, Edición del autor, Barcelona, 2013, pág. 30, "*el abuso de derecho implica una falta de acción para ejercitar el correspondiente derecho subjetivo en la forma pretendida por el sujeto que se excede y consiguientemente genera a favor de la víctima una excepción para oponerse a la pretensión abusiva*".

[737] SSTS de 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 27 de enero de 1998, o 24 de abril de 1999.

mutuamente consentida por ambos esposos en los asuntos sobre los que se proyecta esta primera jurisprudencia[738].

Sin embargo, el carácter amistoso o, al menos, consentido de la separación de hecho no representa un requisito imprescindible a lo largo de todo este período. Alguna sentencia aplica la norma sobre un supuesto en el que no se destaca el carácter consensuado de la ruptura[739]. Incluso, alguna resolución ha incidido de manera expresa en que la separación de hecho también puede desplegar iguales efectos si sobreviene como consecuencia de un abandono de familia – hasta si es seguido de incidencias graves entre los esposos-[740], o de una ruptura que sea simplemente radical e irreversible, porque los cónyuges pasan a vivir en diferentes países y no vuelven a tener comunicación[741].

La posibilidad de aplicar la norma a supuestos en los que la separación de hecho viene motivada por una decisión unilateral puede tener sentido, si se tiene en cuenta lo siguiente:

1º) La ley equipara el abandono del hogar y el mutuo acuerdo como causas determinantes de la disolución de la sociedad de gananciales en el artículo 1393.3º del Código Civil.

2º) En nuestro ordenamiento, el abandono del hogar fue reconocido como causa de separación judicial, al introducirse aquélla mediante la Ley de 24 de abril de 1958, antes, por tanto, de que lo fuera la separación de hecho de mutuo acuerdo.

---

[738] Así, en las SSTS de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 (en la primera separación entre los esposos), 17 de junio de 1988, o 27 de enero de 1998, incluso existen acuerdos privados entre los cónyuges que regulan su separación.

[739] Lo omite por completo la STS de 23 de diciembre de 1992.

[740] El paradigma lo constituye la STS de 11 de octubre de 1999. En este caso, como hemos subrayado ya, se produce un abandono del hogar por el marido, que sale del hogar familiar por decisión propia, acto que es respondido por la mujer presentando una denuncia por abandono de familia. La sentencia advierte que "*el abandono del hogar por don (...) supuso de facto la disolución de la sociedad de gananciales. La Audiencia así lo estima, apoyándose en la doctrina de esta Sala según la cual la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (Sentencias de 23 de diciembre de 1.992 y las que cita). La Sala comparte la aplicación de tal doctrina a este caso, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los arts. 1.393.3º y 1.394 C. civ., porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó*…".

[741] Es muy ilustrativa la STS de 23 de febrero de 2007, cuando apunta que, para la aplicación de la doctrina de la limitación funcional "*el único dato determinante"* sería *"la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal*". Esta sentencia reitera además el criterio de la STS de 11 de octubre de 1999. En esta línea también puede citarse la STS de 21 de febrero de 2008. La resolución incide en este caso en que lo relevante es que el cese de la convivencia matrimonial se haya producido "*de modo irreversible*".

3º) Asimismo, esta línea de interpretación acuñada como consecuencia de la propia evolución de la jurisprudencia parece coherente con el propio sustrato de la tesis que mantiene. Es la falta de convivencia la que *excluye* o *destruye* el fundamento de la sociedad de gananciales y ésta se produce en toda separación de hecho, independientemente de que sea impuesta o consensuada.

Con todo, la aplicación de la norma jurisprudencial a situaciones de separación no consensuadas por los cónyuges no es pacífica en la jurisprudencia de este período. Algunas resoluciones han inducido especialmente a considerar que el carácter consentido de la separación de hecho constituye un presupuesto imprescindible[742]. La cuestión, como vemos, es controvertida y permite, pues, identificar dos posturas diferenciadas en la jurisprudencia del período que analizamos.

3.1.2.2.- La voluntad inequívoca de cesar la convivencia conyugal

La doctrina de la limitación funcional se inicia, según destacábamos antes, con un asunto en el que concurre, entre otras circunstancias extraordinarias, una separación de hecho muy dilatada en el tiempo. En efecto, en el supuesto resuelto por la STS de 13 de junio de 1986, los cónyuges llevaban separados de hecho más de cuarenta años antes de que falleciera el esposo. Esta sentencia señalaba que calificar de abusiva o de mala fe la pretensión de una viuda, casada bajo un régimen de comunidad, de ejercer derechos que la ley le otorgaba, era un criterio válido únicamente "*para el caso y sin generalizar*". Buena parte de las sentencias que se dictaron después resolvieron asuntos en los que la separación entre los cónyuges había sido también por tiempo muy extendido. De ahí resulta la inicial apreciación de que la norma jurisprudencial exige la existencia de una separación de hecho muy prolongada[743].

Sin embargo, durante de período que examinamos, si bien en menor medida, el Tribunal Supremo también aplicó su solución a situaciones de hecho en las que la ruptura entre esposos no había sido especialmente dilatada[744]. En nuestra opinión, en

[742] La STS de 27 de febrero de 2007 parece volver sobre esa idea, al incluir, a mayor abundamiento, entre otros motivos por los que rechaza aplicar al caso la doctrina de la limitación funcional, que "*no ha ocurrido ninguno de los supuestos previstos por la ley para que deba tenerse como fecha de la extinción del régimen un momento distinto del establecido en el artículo 95.1 del Código Civil, es decir, no ha existido una separación libremente consentida por los cónyuges,* porque se ha iniciado un procedimiento contencioso…" (el inciso es nuestro).

[743] En la STS 13 de junio de 1986, fueron más de cuarenta años; en la STS de 23 de diciembre de 1992, también; en la STS de 17 de junio de 1988, treinta y cinco años; en el caso de la STS de 24 de abril de 1999, la adquisición del inmueble cuya propiedad privativa o ganancial estaba en liza se realizó por la esposa doce años después de haberse separado de hecho de su marido.

Entre la doctrina científica, CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 71, apunta que la jurisprudencia que elabora esta tesis lo hace sobre la existencia de una situación acreditada de separación de hecho "*muy prolongada*" en el tiempo.

[744] En la STS de 4 de mayo de 1998, la separación fue de unos tres años; en el asunto resuelto por la STS de 27 de enero de 1998, se deduce que la separación de hecho se había producido poco antes de presentarse la demanda de separación judicial; en la STS de 11 de octubre de 1999, la Sala entiende que,

todos esos casos, el Tribunal Supremo valoró la presencia de otros elementos de hecho que le permitieron calificarla de seria, firme y definitiva, o radical y, por tanto, idónea para provocar el cese de la comunicación ganancial.

Los elementos que acompañaban a aquellas separaciones más breves que el Tribunal Supremo consideró aptas para enervar los plenos efectos de la sociedad ganancial fueron:

- Con una separación de hecho de tres años de duración, la falta de toda información patrimonial por parte del esposo a su mujer y la posterior presentación por parte de ésta de una demanda de disolución de la sociedad de gananciales[745].

- Seguida de la inmediata separación física de los cónyuges, la firma de un documento privado de convenio regulador de separación, en el que se pactaba el fin del régimen de gananciales y se convenía para lo sucesivo el de separación de bienes, y que más tarde se acompañaría a una demanda de separación judicial[746].

- El mero abandono del hogar familiar por el esposo, dejando una nota manuscrita a su mujer en la que le dejaba "*todo lo que poseemos*", junto a un poder para disponer libremente de los bienes comunes[747].

- El cese absoluto de la comunicación entre dos esposos que pasan a residir, tras el cese de la cohabitación, en países diferentes[748].

La expresión de esta idea es incluso literal en alguna de las resoluciones del período, en respuesta al recurrente que pretendía, precisamente, eludir la aplicación de la doctrina de la limitación funcional en el asunto enjuiciado por la brevedad de la separación conyugal. En la *ratio decidendi* de la STS de 23 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo afirma que la orientación de la jurisprudencia sobre los efectos de la separación de hecho en la sociedad de gananciales "*no puede ser mitigada ni condicionada (…) en función de la duración del periodo de separación de hecho previo a la adquisición del bien en cuestión, siendo el único dato determinante (…) la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal*".

Creemos, en definitiva, que la circunstancia relevante durante el período que analizamos no es la duración de la separación de hecho, sino la existencia de una separación con inequívoca voluntad de cesar la convivencia conyugal. La perpetuación

---

desde el mismo instante en que el esposo abandonó el hogar familiar, cesó en su vigencia la sociedad de gananciales.

[745] STS de 4 de mayo de 1998.

[746] STS de 27 de enero de 1998.

[747] STS de 11 de octubre de 1999.

[748] STS de 23 de febrero de 2007.

de la separación durante años es claramente expresiva de esa voluntad, pero no será necesaria ante otro tipo de evidencias que la pongan de manifiesto.

3.1.2.3.- Relevancia de los acuerdos privados de separación de hecho

Otra cuestión que suscita interés al estudiar la doctrina de la limitación funcional es la relativa a la trascendencia de los pactos privados reguladores de la separación de hecho entre esposos. Muchos de los supuestos analizados por la jurisprudencia de este período presentan situaciones en las que los cónyuges habían formalizado ese tipo de convenios.

La legalidad vigente durante el período que analizamos permitía a los esposos pactar capitulaciones de manera sobrevenida, alterando a su sola voluntad el régimen económico de su matrimonio. Sin embargo, varios de los asuntos que resolvió el Tribunal Supremo a lo largo de esta etapa trataron sobre separaciones anteriores a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sometidas, por tanto, a la regla de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

Atendiendo a la existencia de este hito tan relevante en la materia, haremos referencia, en primer lugar, a las resoluciones que analizaron pactos privados anteriores a la indicada reforma y luego a las demás.

A) Acuerdos anteriores a la Ley 14/1975, de 2 de mayo

La jurisprudencia se mostró sensible ante estos casos.

En el caso resuelto por la STS de 13 de junio de 1986, la separación entre los esposos había ocurrido en 1934. Los esposos habían pactado una pensión mensual a favor de la mujer, que se estuvo pagando durante quince años. Los cónyuges habían acordado también que su único hijo común quedara a cuidado del padre. Lo que extrae de ello la sentencia es la conclusión de que "*la separación debe estimarse mutuamente consentida*", a lo que concede trascendencia al declarar después que la viuda había actuado de mala fe y abusivamente porque, rota "*con su consentimiento*" la convivencia conyugal, con "*acuerdo amistoso de alimentos*" y "*entrega (...) del hijo único al marido*", reclamaba sus derechos legales más de cuarenta años después. Así las cosas, la existencia del acuerdo privado entre las partes adquiere en ese caso trascendencia como mero elemento de prueba que permite a la Sala calificar de amistosa o consentida la separación.

En el caso de la STS de 26 de noviembre de 1987, los cónyuges habían firmado un documento privado liquidatorio de su relación económica y personal en 1962, cesando su convivencia. En el acuerdo, las partes se repartían los bienes del matrimonio y precisaban que la sociedad de gananciales quedaba liquidada. Las partes, en la misma fecha en que firmaban ese acuerdo, otorgaron también poderes, autorizándose recíprocamente a disponer de todo lo que se habían reconocido entre sí, concediéndose además a la esposa licencia marital. Aunque la demanda no cuestionó -al menos de manera directa- la eficacia del pacto privado de separación como base de la disolución

de la sociedad de gananciales convenida entre los esposos litigantes, el recurso de casación la abordó de manera indirecta al conocer los motivos de recurso en que la demandante denunciaba "*error en la apreciación de la prueba*" e infracción del artículo 1732 del Código Civil, sobre extinción del mandato.

Resulta que la sentencia confirmó la desestimación de la demanda al entender que los poderes otorgados en 1962 no contenían limitación alguna, menos si se los consideraba "*como ha de hacerse, tributarios de la separación y liquidación de su misma fecha, en el documento privado a cuyos pactos sirven de instrumento, probablemente porque en esa fecha se daba la inmutabilidad del régimen de gananciales por la imposibilidad de otorgar capitulaciones (…) No podía entonces disolverse la sociedad de gananciales sino en los casos del 1.417 antiguo en relación con el 1.433; y todo ello ha de tomarse en la adecuada consideración*". Como vemos, la Sala se muestra comprensiva con ese proceder de los esposos, ante la prohibición legal que debieron sortear para regular su ruptura –fin ya plenamente lícito a la fecha de pronunciamiento de la sentencia-. En cualquier caso, la sentencia instrumentaliza la existencia de los acuerdos para reprochar "*los actos propios de la demandante y recurrente en 1962, sea cual fuere la eficacia de los mismos. El poder utilizado por el marido es inseparable del obtenido por la mujer y, uno y otro, del documento privado de la misma fecha del 18 de junio de 1962, existiendo entre los apoderados y poderdantes una relación contractual que, de ser válida, acaso justificara (Ley 52 del Fuero Nuevo de Navarra) la irrevocabilidad (sentencia de 31 de octubre de 1987)".*

En definitiva, la sentencia considera eficaz el pacto conyugal formalizado en documento privado por el que los cónyuges pactaron la disolución y liquidación de su sociedad ganancial como consecuencia de su separación de hecho; considera válidos los actos realizados por el esposo sobre las fincas que se le adjudicaban como propias en dicho convenio; incide en que el modo en que se instrumentó la operación fue deliberadamente urdido para salvar el obstáculo legal, entonces existente, de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio; entiende que la demandante actuó contra sus propios actos; y, finalmente, protege toda la operación impugnada en autos, considerando los poderes otorgados de manera recíproca como elementos de materialización de un acuerdo firme que, en ese sentido, cabía tratar como irrevocables.

En la STS de 17 de junio de 1988, los cónyuges habían regulado su separación de hecho mediante una escritura de 27 de junio de 1946. En ésta, se había pormenorizado al máximo una distribución de los bienes gananciales, con la que ambos esposos se daban por saldados. En el pleito, la Audiencia Provincial, había fallado que la sociedad de gananciales debía entenderse liquidada en virtud de la reseñada escritura. El motivo del recurso de casación que se alza contra dicho pronunciamiento fue desestimado por el Tribunal Supremo, que confirmaba así la sentencia de instancia. La resolución implicaba necesariamente conceder valor a la escritura de 27 de junio de 1946.

Cabe comprobar, en definitiva, que durante este período el Tribunal Supremo trató con condescendencia aquellas situaciones examinadas en las que los esposos habían

formalizado acuerdos privados de separación anteriores a la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Es cierto que la jurisprudencia no avala la validez y suficiencia de esos acuerdos como pactos de disolución de la sociedad de gananciales, pero sí les confiere un valor instrumental (como prueba del carácter consensuado de una ruptura; como acto impeditivo de pretensiones posteriores contradictorias con lo convenido; o como fuente consensual de disolución que, sin declararse formalmente válida, se admite mediante el mero expediente de remontar los efectos de la disolución de la sociedad ganancial a la fecha de la escritura que solemniza el acuerdo privado alcanzado entre esposos a tal efecto).

B) Acuerdos posteriores a la Ley 14/1975, de 2 de mayo

Los acuerdos privados de fecha posterior a la reforma merecieron un trato desigual en la jurisprudencia de este mismo período.

Por ejemplo, en el caso que resuelve la STS de 27 de enero de 1998, tras firmarse un documento privado de convenio regulador en el que se disolvía la sociedad de gananciales, el esposo había adquirido un inmueble antes de obtenerse la sentencia de separación. La esposa pretendió la ganancialidad del mismo. El Tribunal Supremo confirmó la aplicación al caso de la doctrina de la limitación funcional. La esposa había recurrido la sentencia de apelación denunciando la infracción de los artículos 1280 y 1327 del Código Civil, pero se rechaza su motivo porque "*no es el convenio sino la separación de hecho la que determina por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por estos, después del cese efectivo de la convivencia*". Cabe comprobar cómo, en este caso, la Sala evitó confrontar con la recurrente sobre los aspectos formales *ad solemnitatem* del documento; simplemente, se limitó a constatar que su mera existencia exigía entender concluida la convivencia matrimonial desde su propia firma (seguida de su ruptura efectiva) y, conforme a la tesis del tribunal, también la sociedad de gananciales.

En el supuesto que analiza la STS de 11 de octubre de 1999, un documento unilateral que firma el esposo al abandonar el domicilio familiar en 1982 es elemento nuclear del conflicto. Básicamente se trata de una carta a la esposa en la que le deja todo lo que poseen (dinero, la casa, el coche, las llaves de la caja fuerte del banco), salvo lo que se lleva consigo (un reloj, un anillo y algo de dinero). En este caso, la eficacia que se concede al documento es tal, que la sentencia entiende que, desde el momento de su firma y el simultáneo abandono por el esposo del hogar familiar, debe entenderse disuelta la sociedad de gananciales, así como liquidada con la cesión que realiza el marido a su mujer de sus derechos sobre la masa común.

Sin embargo, la resolución que se ocupa sin duda en mayor medida de analizar la validez de los acuerdos privados sobre separación de hecho que contienen pactos de disolución de la sociedad de gananciales es, en este período, la STS de 3 de febrero de 2006. El 15 de julio de 1976, los cónyuges habían otorgado un documento privado en el que pactaban dividir sus bienes conyugales. Los esposos se comprometían a elevar el

documento a público y previeron realizarlo en la primera quincena del mes de agosto del mismo año. Sin haberse otorgado aún la mencionada escritura, el marido presentó una demanda de divorcio solicitando su declaración "*con todas las consecuencias inherentes*", sin hacer mención a la liquidación del régimen de bienes que habían pactado las partes en 1976. El 15 de mayo de 1987, el Juzgado dictó la sentencia de divorcio. En el pleito que resuelve el Tribunal Supremo se discute si la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la del acuerdo privado –es lo que sostiene la esposa-, o la de la sentencia de divorcio –es lo que pretende el marido-. La Audiencia Provincial había dictado sentencia avalando la posición procesal de la esposa.

En su recurso de casación, el marido denunciaba la infracción de varios preceptos del Código Civil (artículos 1392.4º, 1396, 1325 y 1327, 1397.1º) y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. El recurrente pone en cuestión "*si los cónyuges en separación de hecho pueden pactar la disolución del régimen*" y, en ese caso, cuál es "*el valor del documento privado en el que esta disolución se pacta*".

En este caso, el tratamiento de los requisitos de forma necesarios para la validez del acuerdo disolución de la sociedad ganancial constituye el núcleo del discurso de la sentencia, que realiza un recorrido por algunas resoluciones que considera relevantes sobre la cuestión, y explica su contenido así:

"Este Tribunal ha admitido que los cónyuges pacten lo que consideren más conveniente para sus intereses, incluso para los casos de separación y divorcio, complementando los pactos del convenio. Así se ha admitido la validez del documento privado, siempre que reúna las condiciones del contrato y no sea contrario a las normas imperativas, en las sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, entre otras. Ahora bien, estas sentencias no se refieren en absoluto a la disolución y liquidación del régimen de bienes, sino a pactos que constan en documentos privados complementarios del convenio regulador. Así, la de 22 de abril de 1997 se refería a un matrimonio con régimen de separación de bienes, por tanto distinto del caso que nos ocupa; la de 21 de diciembre de 1998, a la validez de un documento privado en el que se pactaba un complemento de la cantidad atribuida a la esposa en la liquidación del régimen de bienes efectuada en el convenio de separación, homologado judicialmente. Y, finalmente, la sentencia de 15 de febrero de 2002 admitió la validez de un pacto privado en el que se establecieron determinadas cantidades en pago de cargas y alimentos. La sentencia de 4 de diciembre de 1985 citada en el proceso considera que un pacto en documento privado sobre liquidación de gananciales tiene naturaleza transaccional y sólo la sentencia de 22 de noviembre de 1990 admite que la liquidación de la sociedad puede hacerse en documento privado; pero en este caso, la disolución del régimen había ya tenido lugar por sentencia dictada en procedimiento de divorcio".

De todo lo anterior, la sentencia que comentamos concluye que no hay precedentes que avalen la decisión de la sentencia apelada, cuando admite la validez de la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho.

Tras ello, lo que subraya es que, cuando la ley exige el cumplimiento de un requisito imperativo de forma, las partes deben ajustarse necesariamente a la que venga prescrita[749]. En definitiva, el tribunal estima el recurso del marido y priva de valor al documento privado, a cuya fecha pretendía remontar la esposa la fecha de disolución efectiva de la sociedad de gananciales.

Con todo lo anterior, la sentencia añade tres argumentos adicionales que, si se examinan con detenimiento, sugieren la idea de que el documento privado, en realidad, podría haber merecido otra valoración en el caso, dependiendo de otras circunstancias completamente ajenas a su propia forma. En efecto, la sentencia incide en lo siguiente:

- En el incumplimiento de los términos convenidos por las partes para la efectividad de su acuerdo. Dice sobre ello la sentencia que "*en el propio documento privado se hacía referencia a la necesidad del otorgamiento de la correspondiente escritura pública en un plazo muy breve (un mes) desde el otorgamiento*" y que "*al no otorgarse la correspondiente escritura prevista por los propios cónyuges, este contrato no se cumplió y por ello, perdió su posible efectividad*".

- En la propia *ineficacia* atribuida por los firmantes del documento al acuerdo que se firmó. Sobre ello, según la resolución, los cónyuges "*eran plenamente conscientes de que el documento privado no era en ningún caso el que permitía la disolución de su régimen y ello se demuestra también por el hecho de que en el procedimiento de divorcio, iniciado once años después, ninguno de los esposos exigió el cumplimiento del acuerdo de 1976, ni se hizo ninguna referencia al mismo ni en la demanda ni en la contestación, y por ello el juez del divorcio no decidió nada especial con relación al régimen de bienes*".

- En un *acto propio* de las partes que comprometía la pretendida eficacia, aun interna, del acuerdo. En cuanto a esto, la Sala apunta que, "*en el momento de presentarse la demanda, veintiún años después de la firma del mencionado documento, la ex-esposa aún cobraba unas rentas de un local que según la distribución hecha por los cónyuges en el documento de 1976, pertenecería al marido",* lo que demostraría que *"la pretendida liquidación no se había efectuado en la realidad*".

[749] Dice sobre ello la sentencia que "*la autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública. Por ello las sentencias de esta Sala han remarcado que en los contratos entre cónyuges, que podemos calificar como atípicos, deben concurrir los elementos del artículo 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a "las leyes, a la moral ni al orden público". Por lo que exigiéndose para la disolución del régimen de gananciales una de las causas establecidas en el artículo 1392 del Código civil, cuando la disolución tenga lugar por voluntad de los cónyuges debe utilizarse la forma prescrita, para convenir un régimen distinto. Estos límites no podrán ser traspasados por los cónyuges cuando, en virtud de su autonomía, resuelvan en documento privado lo más conveniente para sus intereses*".

La lectura de las anteriores resoluciones permite concluir, en nuestra opinión, cuál es el valor que la jurisprudencia atribuyó a lo largo del período examinado a los acuerdos privados entre cónyuges separados de hecho, que contienen acuerdos patrimoniales que afectan a su sociedad ganancial:

1º) Por sí solos, estos documentos no pueden equipararse a las capitulaciones matrimoniales, pues no incorporan el requisito de forma que, *ad solemnitatem,* exige el artículo 1327 del Código Civil "*para su validez*"[750].

2º) Tales acuerdos, sin embargo, no son nulos ni carecen absolutamente de valor. En todo lo que, por su contenido, no queda reservado a las capitulaciones, son válidos y eficaces entre partes.

3º) La jurisprudencia les concede un relevante valor probatorio, en la medida en que, generalmente, entiende que constatan: la existencia de la separación; la anuente voluntad de los esposos a cesar su vida en común y a seguir con vidas independientes, sin continuar la relación como socios gananciales; la certeza de un reparto de bienes por el que cada esposo se atribuye una parte como exclusivamente propia, con renuncia a la que se asigna al otro. Los acuerdos privados son válidos para articular la liquidación de la sociedad ganancial.

Si esos acuerdos van seguidos de una separación efectiva entre los esposos con un comportamiento de las partes coherente con lo pactado, la jurisprudencia constata que su contenido es oponible como un acto propio contra el que no cabe contravención. Esto es, a nuestro juicio, lo que explican las sentencias analizadas y lo que rubrica con sus puntualizaciones la STS de 3 de febrero de 2006.

3.1.2.4.- Relevancia de las relaciones patrimoniales entre cónyuges posteriores al cese de la convivencia

Cuando el Tribunal Supremo aplica su tesis durante este período, lo hace en consideración a una situación de separación que justifica que un cónyuge no pueda reclamar al otro una participación en lo que ya habrá obtenido sin el concurso de su esfuerzo.

En algunos supuestos, a pesar de constatar la ruptura de la convivencia conyugal, la jurisprudencia rechaza la aplicación de su norma porque entiende que los esposos no han querido poner fin a su sociedad de gananciales. Básicamente, se trata de separaciones de hecho en que los cónyuges mantienen relaciones o vínculos de contenido económico claramente posteriores a la fecha de su ruptura.

[750] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Eficacia e ineficacia del acto jurídico "contra legem",* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 110, ha precisado que cuando el contrato "*no observa la forma legalmente exigida con carácter esencial o constitutivo (…) más que ineficacia por nulidad, la ineficacia deriva del carácter incompleto del acto jurídico, si la forma todavía se puede observar*".

Extraer conclusiones claras del análisis de esos supuestos no resulta sencillo. La tarea viene dificultada por la existencia de asuntos en los que marido y mujer mantienen compromisos patrimoniales durante -o a partir de- su ruptura, que no obstan a la aplicación de la doctrina de la limitación funcional por el tribunal.

Tres resoluciones entienden claramente que, a la vista de las relaciones económicas que se mantienen entre los esposos tras cesar su convivencia, no puede considerarse finalizada su sociedad de gananciales:

1º) La STS de 26 de abril de 2000. En el supuesto que analiza esta resolución, los cónyuges, al menos dos años después de su separación de hecho, acreditada en el proceso y sobre la que no se plantean dudas, constituyeron una mercantil con otro matrimonio. En el período de los cuatro años siguientes se compraron dos naves industriales para destinarlas a la actividad de dicha sociedad, escriturándose la primera a nombre del otro matrimonio accionista y la segunda a nombre de una mujer, que era la nueva pareja del esposo separado de hecho. A la vista de estas operaciones posteriores al cese de la convivencia, el Tribunal Supremo resuelve que no es aplicable la doctrina de la limitación funcional porque no concurre el "*elemento indispensable*" de "*una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial*".

2º) La STS de 3 de febrero de 2006. Entre los elementos que valora para rechazar la aplicación de la doctrina de la limitación funcional -a pesar de reconocer la prolongada separación de hecho entre los esposos litigantes-, la Sala advierte que la esposa seguía ingresando las rentas de un inmueble que, según el acuerdo privado de ruptura firmado por el matrimonio veintiún años antes, había sido reconocido como propiedad exclusiva del marido. Según lo que explicamos antes con relación a esta sentencia, la motivación del fallo incorpora esta observación entre los argumentos que determinan el sentido de la decisión.

3º) La STS de 6 de mayo de 2015. Los vínculos económicos mantenidos entre los esposos ya separados de hecho vuelven a constituir el argumento en esta sentencia para rechazar la aplicación de la doctrina de la limitación funcional. El Tribunal Supremo confirma los fundamentos de la sentencia dictada en apelación, en la que se había afirmado que la separación entre los esposos tenía un "*carácter eminentemente físico o personal no existiendo una voluntad de poner fin a la sociedad de gananciales existente entre ellos, manteniendo el vínculo económico*". La sentencia se refiere, en concreto, al otorgamiento *conjunto* de testamentos por uno y otro cónyuge, y a la indicación en las escrituras de adquisición posteriores a la ruptura de la condición de casado por parte del marido[751].

[751] Se entiende con más precisión el concreto contenido de los actos referidos en la resolución mediante la lectura de la sentencia recurrida. Lo que explica la SAP de Madrid de 21 de marzo de 2013, es que, "…*a pesar de la separación física o personal de los cónyuges, acudieron juntos el 31 de julio de 1.991 a la Notaría (…), a fin de otorgar testamento; y ambos designaron herederos a sus tres hijos, atribuyendo al otro lo que por legítima estricta le pudiera corresponder (…). De ello puede colegirse que a pesar de esa*

El denominador común de las anteriores resoluciones es el mantenimiento de ciertas relaciones económicas entre los esposos tras la ruptura de su relación personal. De su existencia, se deduce la voluntad de los esposos separados de hecho de mantener su sociedad de gananciales más allá del cese de su cohabitación. Sin embargo, al examinar cada uno de los actos patrimoniales que refieren estas sentencias, no existe una relación causa-efecto evidente entre su contenido y una inequívoca voluntad de continuar con su vínculo ganancial por parte de los esposos que los realizan[752].

Durante el período intermedio, otras sentencias enervan los efectos de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho, a pesar de mantenerse vínculos económicos entre los cónyuges:

1º) La STS de 13 de junio de 1986 explica que el marido estuvo pagando a la mujer una pensión de 100 pesetas al mes durante 15 años tras su separación personal, sin que ello obste a aplicar la doctrina de la limitación funcional.

2º) En la STS de 23 de febrero de 2007, el marido compró una finca a los dos años de haberse producido la separación de hecho. El inmueble se escritura e inscribe a su nombre, como bien presuntivamente ganancial. La Sala de casación no lo considera óbice para entender que el cese de la convivencia entre esposos determinó el fin de la sociedad de gananciales.

3º) Con mayor claridad, si cabe, la STS de 21 de febrero de 2008 afirma que "*…redactar un testamento ológrafo en el que atribuye a la que aún era su esposa, (…), el tercio de libre disposición, y comprar junto con la demandada un piso adquiriendo él*

---

separación personal de hecho, quisieron mantener sus vínculos económicos como matrimonio que fueron y familia que, al menos a esos efectos, parece desprenderse querían seguir manteniendo. Y más, si tal dato se une al hecho de que en todas las escrituras públicas que obran en autos referentes a adquisición de bienes, constitución de sociedades, o suscripción de acciones, incluso en las otorgadas con posterioridad a la separación de hecho de los cónyuges, D. (…) indicó que se encontraba casado, especificando además en alguna ocasión que lo estaba con Dña. (…), siendo obvio que con ello estaba aceptando y que venía a reconocer el carácter ganancial de todos los bienes a los que tales negocios jurídicos se referían. No puede dejarse de ver en ello incluso un reconocimiento implícito o tácito del origen de los bienes o fondos con los que tales adquisiciones se realizaban. En definitiva, y a la vista de lo expuesto, no puede negarse que si D. (…) no se separó legalmente o no llegó a solicitar el divorcio, fue sólo porque quiso mantener el vínculo económico quien fuera su consorte y madre de sus hijos. La doctrina jurisprudencial invocada (…) establecerá la extinción de la sociedad de gananciales desde el momento en que se produzca la separación de hecho de los cónyuges; pero ello no puede imponerse frente a la voluntad contraria evidenciada por los interesados a través sus propios actos".

[752] Dos personas separadas de hecho que no desean seguir casadas en gananciales pueden: por intereses patrimoniales o empresariales, contribuir a la constitución de una sociedad mercantil con otro matrimonio como socios y también a la compra conjunta de un inmueble para destinarlo a explotar su objeto social; como parte de un acuerdo de separación, consentir que una de ellas sea quien siga ingresando las rentas de un inmueble que fue común; acudir juntos al notario para otorgar sendos testamentos en los que designan herederos a sus hijos, reconociéndose simplemente la legítima que les pueda corresponder como viudos; o, por supuesto, declarar en las escrituras de adquisición que otorguen ante notario después de su separación de hecho que su estado civil es el casados, y advertir de que lo están en régimen de gananciales -verdad absoluta desde el punto de vista formal que puede comprobar el notario-.

la nuda propiedad para su sociedad de gananciales, en nada afecta a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad (...); de modo que, faltando la convivencia por ruptura matrimonial, puede afirmarse que la sociedad de gananciales ha dejado de existir. El hecho de que se haga testamento y se favorezca en él al cónyuge del que se vive separado de hecho puede responder a diversas razones (...), al igual que sucede con la atribución del carácter ganancial de la nuda propiedad del piso adquirido en situación de separación de hecho, que formalmente viene atribuido a dicha sociedad (artículo 1.347-3º Código Civil), cuando el usufructo lo adquiría la parte demandada", y que "*resulta insostenible (...) que la (...) voluntad de atribución de carácter ganancial existiera para las ganancias obtenidas por el Sr. (...) en estado de separación de hecho de su esposa, de parte de las cuales dispuso a favor de la demandada, cuando precisamente amplió su testamento ológrafo para "advertir" a sus herederos de la improcedencia de impugnar la venta del usufructo de determinados bienes que había hecho a la demandada (...)*".

Como vemos, no existe una directriz clara en la jurisprudencia del período sobre las relaciones jurídicas y patrimoniales entre cónyuges posteriores a la separación de hecho que impliquen su voluntad de cesar o mantener la sociedad de gananciales. Aun con ello, sí pueden extraerse con una cierta seguridad algunas conclusiones.

La separación personal y la pérdida del afecto conyugal no implican de manera necesaria el fin de la sociedad de gananciales. La acreditación de que, tras la ruptura, los cónyuges siguen manteniendo relaciones económicas, puede enervar la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, aunque ello no siempre ocurrirá así. La existencia de vínculos económicos entre los cónyuges es únicamente un elemento de juicio relevante para que los tribunales ponderen si, a pesar del cese de su convivencia personal, aquéllos han decidido mantener su sociedad de gananciales. El sentido de la decisión dependerá de su análisis junto al resto de circunstancias concurrentes.

En nuestra opinión, se advierte en este concreto ámbito un alto componente de subjetividad a lo largo del *período intermedio*. Una clave acertada de interpretación es, en nuestra opinión, la que realiza la STS de 21 de febrero de 2008. Con carácter general, los vínculos económicos que puedan mantener los cónyuges tras su ruptura no deberían afectar a la pérdida del fundamento de la existencia de la sociedad de gananciales, que es la relación de convivencia ya concluida. Sería razonable plantear que la sociedad de gananciales sólo puede perpetuarse tras la ruptura efectiva de la convivencia si las relaciones económicas entre los esposos responden a acuerdos económicos en los que se haya pactado expresamente su mantenimiento, o se hayan incorporado estipulaciones o realizado conductas que exijan de forma evidente su vigencia. Conforme a los artículos 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de acreditar ese extremo debería recaer en quien sostuviera tal circunstancia.

3.1.3.- El carácter innecesario de una sentencia previa de disolución de la sociedad de gananciales

El examen de las sentencias de este período arroja con absoluta claridad que, para aplicar los efectos de la doctrina de la limitación funcional, la jurisprudencia del período no exige la existencia de un pronunciamiento judicial previo que haya acordado la disolución de la sociedad de gananciales. De hecho, el Tribunal Supremo ni siquiera requiere que la parte interesada en la aplicación de la doctrina que estudiamos formule una solicitud de pronunciamiento expreso mediante demanda o reconvención dentro del propio procedimiento, en el que pida la extinción de la sociedad. Simplemente, la parte introduce en el pleito su alegación y el tribunal, si la entiende pertinente, entiende acreditada la ruptura de la convivencia conyugal, con los consiguientes efectos limitativos sobre el consorcio.

Esto se aprecia desde la primera resolución que aplica la tesis. En efecto, en la STS de 13 de junio de 1986, cuando se declara que la viuda actúa de mala fe y en abuso de derecho al pretender beneficiarse de lo que su marido ganó sin su contribución durante los años que vivieron separados, lo que se resuelve realmente es privarle de participar en todo lo ganado por él desde el cese de su convivencia. Para decidirlo así, la resolución que lo acuerda obviamente no exige que se haya producido un pronunciamiento judicial previo que, entre sus pronunciamientos, dispusiera el fin de la sociedad conyugal. Es la propia sentencia del juez ante el que se denuncia el abuso la que determina, por sí misma, la inexigibilidad de la pretensión actora.

Eso mismo sucede en todas las resoluciones posteriores que estiman aplicables los efectos de la doctrina de la limitación funcional, ya se inste la misma mediante acción o excepción.

Para mayor claridad, la STS de 11 de octubre de 1999 realiza una afirmación expresa en el sentido aquí expuesto. Esa resolución indica que la aplicación de la doctrina de la Sala no exige "*por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales*"[753].

Creemos que este último criterio es coherente con dos cosas:

1º) Con la construcción dogmática original de la tesis. Si la intención de querer lucrarse con lo obtenido por el otro cónyuge, con quien no se convivía cuando obtuvo el patrimonio que es objeto de la pretensión, es contraria a la buena fe o implica abuso de derecho, el propio juez que conoce de la demanda puede –y debe- rechazar tal petición, aplicando directamente los artículos 7.1 y 7.2 del Código.

2º) Con los artículos 1393.3 y 1394 del Código Civil. Estos preceptos permiten al juez, mediante sentencia, declarar el fin de la sociedad de gananciales por la separación

[753] En el mismo sentido, STS de 21 de febrero de 2008.

de hecho, con efectos desde la fecha en que cesó la convivencia. Su pronunciamiento sería suficiente para producir tal resultado jurídico.

En suma, a pesar de que algún pronunciamiento se muestra algo confuso sobre el particular[754], la jurisprudencia es generalmente firme en cuanto considera que el mismo juez ante el que se denuncia el abuso de derecho es soberano para limitar funcionalmente la sociedad ganancial en su propia resolución.

3.2.- Consecuencias de la aplicación de la doctrina de la limitación funcional

3.2.1.- La falta de disolución formal de la sociedad de gananciales

El estudio de la jurisprudencia de este período permite comprobar que, cuando el Tribunal Supremo aplica la doctrina de la limitación funcional, lo hace sin declarar formalmente disuelta la sociedad de gananciales. La solución que proporciona a aquellos conflictos en los que aprecia abusividad por uno de los consortes es, sencillamente, proteger las adquisiciones obtenidas durante la separación de hecho por cada cónyuge como activos que quedan ajenos a la sociedad ganancial[755].

Según lo ya indicado, la tesis tiene su fundamento original en los artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil. Se ha propuesto que la pionera STS de 13 de junio de 1986 podría haber resuelto el asunto del que conoció con las mismas consecuencias, pero empleando otros razonamientos[756]. Sin embargo, la sentencia estableció su base legal en la exigencia del ejercicio del derecho de buena fe y sin incurrir en abuso en términos inequívocos. Las siguientes resoluciones del mismo Tribunal Supremo que consolidaron la doctrina reprodujeron el mismo discurso argumental[757].

Las causas de disolución de la sociedad de gananciales son las previstas en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil. Los eventos que, según la ley, pueden propiciar la extinción automática de la sociedad de gananciales -es decir, la disolución o nulidad del matrimonio, la separación legal y el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales- no permiten decretarla por el mero hecho de que tenga lugar un pronunciamiento judicial en el que se declare que uno de los cónyuges ha abusado por reclamar su participación en unos bienes obtenidos por el otro durante su separación de hecho.

---

[754] Por ejemplo, la sentencia de 27 de febrero de 2007.

[755] En opinión de CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 76, "el Alto Tribunal sostiene una posición ambigua e imprecisa: no califica los bienes adquiridos durante este periodo –se refiere la autora a la separación de hecho- expresamente de privativos, sino que indica que no deben ser incluidos en el activo de la sociedad y que la conducta del otro cónyuge solicitándolos constituye un flagrante abuso de derecho".

[756] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 66.

[757] Puede verse en las SSTS de 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, o 27 de junio de 1998.

En cuanto a las causas de extinción de la sociedad de gananciales del artículo 1393, podría afirmarse que la separación de hecho sí se encuentra recogida en su ordinal tercero. Sin embargo, el precepto regula en unos términos concretos la separación relevante -"*llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar*"- y, sobre todo, exige que al menos uno de los cónyuges solicite la conclusión de la sociedad.

La jurisprudencia del período tuvo que pronunciarse en algunas ocasiones sobre la compatibilidad de la doctrina de la limitación funcional con el artículo 1393.3º del Código Civil y los requisitos que exige a la separación de hecho para operar como causa de disolución de la sociedad de gananciales. Es importante destacar que la jurisprudencia distingue, en principio, una y otra figura como institutos diferentes, que coinciden pero que no se confunden -aunque en ocasiones, creemos, difícilmente no se solapan-.

Cabe comprobar cómo, ante esa cuestión, el Tribunal Supremo respondió distinguiendo los distintos ámbitos de aplicación de cada figura, de modo que la aplicación de una –la doctrina de la limitación funcional- no exigía el cumplimiento de los presupuestos requeridos para producir la otra –la disolución formal por sentencia judicial prevista para la separación de hecho-; como pudo precisar también la propia jurisprudencia, este posicionamiento exigía reconocer que los efectos de una y otra figura tampoco eran idénticos.

La distinción entre ambas figuras es subrayada de manera perceptible en varias de las sentencias dictadas durante este período.

Un exponente de ello lo constituye la STS de 27 de enero de 1998, cuando precisa que no puede confundirse "*en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales (...), con la desaparición de la causa generadora de la sociedad (...) que impide (...) el acrecentamiento de los bienes gananciales, a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados*".

La STS de 24 de abril de 1999 también incide en ese mismo planteamiento de separar ambas figuras. La Sala de apelación había aplicado la doctrina de la limitación funcional. El recurso de casación denunció que, con ello, se había infringido el artículo 1393.3º del Código pues, a su juicio, "*en el caso de separación de hecho por mutuo acuerdo o por abandono del hogar, para que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales se requiere decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, mientras tal decisión judicial no se produzca, (...) ha de considerarse subsistente tal sociedad y, por tanto, ha de atribuirse naturaleza ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, no obstante la existencia de dicha separación de hecho*". El Tribunal Supremo desestima el recurso indicando simplemente que "*es reiterada doctrina de esta Sala (...) la de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho*…".

La STS de 23 de febrero de 2007 avanza algo más en esa línea de razonamiento. La sentencia de apelación había aplicado la doctrina de la limitación funcional, desestimando la pretensión de la esposa de que se considerara como parte del activo ganancial a repartir entre las partes un inmueble comprado por el marido en 1974, cuando llevaban dos años separados de hecho. En el recurso de casación, la esposa denuncia infringida esa doctrina, por aplicación indebida, "*sin que siquiera instase judicialmente el interesado la conclusión del régimen, conforme habilita el artículo 1393 del Código Civil*". La Sala rechaza el recurso y razona que "*la corriente jurisprudencial que señala que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, (...) viene a* mitigar el rigor literal *que pretende de aplicación la recurrente, del número 3º del artículo 1393 del Código Civil y ello al objeto de adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe*". Esta sentencia, como vemos, viene a establecer una correlación entre la doctrina de la limitación funcional y la causa de disolución de la sociedad de gananciales prevista en el artículo 1393.3º del Código Civil, sugiriendo ya que, en realidad, lo que debe entenderse es que la jurisprudencia, con su mencionada tesis, está matizando el rigor literal de dicho precepto. Aun así, la fundamentación de la sentencia incide en la distinción de ambas figuras.

También es ilustrativa de la postura jurisprudencial la STS de 23 de febrero de 2008. En esta resolución, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por quien había sido la pareja del cónyuge separado de hecho durante sus últimos años, a quien mantiene en la tenencia de unas cantidades que le fueron donadas por aquél tras el cese de su convivencia conyugal. La sentencia confirma, como las anteriores, la autonomía con que operan ambos remedios jurídicos, al establecer que "*producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1.393-3º del Código Civil así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio*". Los términos en que se formula la distinción son bastante similares a los de la STS de 27 de enero de 1998.

Se ha indicado que la STS de 11 de octubre de 1999 constituye una excepción al anterior enfoque[758]. En dicha resolución, el Tribunal Supremo parece interpretar de una forma novedosa el artículo 1393.3º del Código. En el asunto enjuiciado, la sentencia de casación afirmó que el abandono del hogar "*supuso de facto la disolución de la sociedad de gananciales*" y añadió un razonamiento controvertido[759]:

[758] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 68.

[759] Critican la sentencia por este razonamiento MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Disolución automática de la sociedad de gananciales por abandono de familia. Cesión por un cónyuge de su cuota sobre el patrimonio ganancial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 52, 2000, pág. 300; CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 78; y ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Puesta al día por DÍAZ ALABART, Silvia, Edisofer, Madrid, 2013, pág.

"*…el abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los arts. 1.393.3º y 1.394 C. civ., porque respecto del primer precepto (…) la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó, que en sí misma pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales*"[760].

De este modo, la STS de 11 de octubre de 1999 sugiere que la doctrina de la limitación funcional es, en realidad, una enmienda jurisprudencial al artículo 1393.3º del Código. La interpretación que sugiere del precepto esta sentencia es rupturista con toda la jurisprudencia pronunciada sobre ese aspecto (la relación entre la doctrina de la limitación funcional y la disolución de la sociedad de gananciales por la causa prevista en el artículo 1393.3º del Código). El planteamiento de esta sentencia vendría a reconocer que la separación de hecho habría producido la extinción automática de la sociedad de gananciales, si bien lo hace con un matiz relevante: se trataría de una disolución *de facto,* es decir, no *stricto sensu*. Es probable que la sentencia no concediera especial trascendencia a su controvertida declaración, dado que el litigio se planteaba entre dos cónyuges que ya disponían de una sentencia de divorcio, como cabe comprobar de la lectura de sus antecedentes. Consecuencia de ello, se trataba de un matrimonio que ya tenía disuelta su sociedad de gananciales antes de pronunciarse la sentencia. En el contexto del litigio, no era relevante declarar si ese efecto, que ya era cierto, se había producido en un momento anterior.

Por otra parte, la detenida lectura de los antecedentes de la STS de 11 de octubre de 1999 permite inferir un eventual matiz de doctrina *ad hoc*, para resolver adecuadamente el caso concreto, salvando el interés de la parte que actuaba de buena fe y evitando que el cónyuge que abusaba de su derecho resultara victorioso en sus pretensiones[761]. En el pleito que llegó a casación, la secuencia es la de un matrimonio que se casa en gananciales, se compra un inmueble durante la convivencia y se enfrenta luego a la ruptura de la relación, por el abandono del hogar por el marido, que deja una nota privada a su mujer renunciando a su cuota de los gananciales. El conflicto que suele resolver el Tribunal Supremo con la doctrina de la limitación funcional suele plantearse con relación a las adquisiciones subsiguientes a la ruptura de la convivencia, vigente todavía en forma la sociedad ganancial. En este caso, como vemos, el inmueble era inequívocamente ganancial, pues se había adquirido antes de la ruptura. De lo que se trataba, por tanto, era de mantener a la esposa en la titularidad del inmueble frente al marido, que denunciaba la nulidad de su nota como posible título de transmisión del mismo, por imperativo del artículo 633 del Código. La Audiencia Provincial había

---

174, quien denuncia que la sentencia resuelve "*haciendo caso omiso de la ley*", aunque la reconoce inspirado su fallo en "*la equidad*".

[760] Destacamos sin cursiva nuestro énfasis.

[761] En el mismo sentido, CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 68.

amparado al marido acogiendo ese argumento. El Tribunal Supremo hace valer los mismos hechos con una distinta calificación, que es la de proponer que fue el abandono del marido -y no su nota- lo que causó la disolución de la sociedad de gananciales -como hecho determinante de una separación de hecho seria y definitiva-, mientras la nota es un documento *liquidatorio* en el que el marido renuncia a su parte en los gananciales, que quedan para su esposa –entre ellos el inmueble litigioso-, sin que además se tratara de una donación, sino de una atribución patrimonial justificada causalmente por responder al deber de alimentar a su familia del esposo renunciante y transmitente.

Quizás la Sala podría haber recurrido a otro expediente, como el de rechazar la pretensión del marido por oponerse a sus actos propios (esto es, actuar en clara contravención a lo expuesto en su nota y hacerlo once años después de haberla entregado), pero con la fórmula escogida por la sentencia se facilitaba también estimar la reconvención de la esposa, que solicitaba que se declarara que el inmueble le pertenecía privativamente, y que se condenara a su esposo a otorgar las escrituras que permitieran formalizar tal transmisión y su reflejo registral[762].

La STS de 11 de octubre de 1999 presenta especial interés por tratarse de una de las primeras resoluciones en las que el Tribunal Supremo trata de conjugar la doctrina de la limitación funcional con el artículo 1393.3º. Siendo ello así, ninguna sentencia posterior del Tribunal Supremo ha reiterado sus términos, en lo que aquí hemos reproducido[763]. Sin embargo, si se analiza la STS de 17 de junio de 1988, la resolución del asunto se construye de una manera prácticamente idéntica.

En efecto, en la STS de 17 de junio de 1988, la Sala dio por válida una *liquidación* de la sociedad de gananciales realizada mediante un documento privado posterior a la mera separación de hecho de los esposos. De hecho, la sentencia de apelación que confirmó el Tribunal Supremo había revocado parcialmente la dictada por el juez *a quo* para añadir que "*la sociedad de gananciales fue liquidada en virtud de escritura pública otorgada por los cónyuges el 27 de junio de 1946*". El Tribunal Supremo, además califica de "*inacogible*" el argumento de la esposa de que "*la sociedad de gananciales perduró hasta la fecha de fallecimiento del marido*". No cabe liquidación sin previa disolución. A la STS de 11 de octubre de 1999 se le reprocha que afirme que la separación de hecho no exige declaración judicial para determinar la extinción *de facto* de la sociedad de gananciales, pero esa es una premisa que, en nuestra opinión y por lo aquí explicado, ya había sentado en sus razonamientos alguna resolución anterior.

[762] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 75, destaca que la curiosa posición doctrinal de la STS de 11 de octubre de 1999 se debe a lo peculiar de sus hechos. Destaca que se trata de un abandono por el marido contra el que reacciona activamente la mujer que es su víctima.

[763] Sí se adhiere a sus fundamentos la STS de 23 de febrero de 2007, pero solo en lo que se refiere al reconocimiento del abandono de hogar como evento determinante de la separación, merecedor de igual trato legal que la ruptura de mutuo acuerdo.

Parece claro, en cualquier caso, en la jurisprudencia del período, que cuando las partes simplemente plantean en juicio la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, a fin de que se consideren ajenas a la sociedad sus ingresos y adquisiciones posteriores al cese de su convivencia, el tribunal puede acordar su estimación si es pertinente, pero sin declarar formalmente la disolución de la sociedad de gananciales[764].

Es evidente que, en algunas situaciones, el pleito se planteará cuando la sociedad ganancial ya se encuentre formalmente disuelta. Por ejemplo, esto sucede cuando el litigio surge después del fallecimiento de uno de los cónyuges[765], o tras su separación o divorcio[766]. En estos casos, la aplicación de la doctrina de la limitación funcional tendrá sentido para resolver conflictos relacionados con la liquidación de la sociedad ganancial, en especial con la inclusión o exclusión de activos obtenidos tras la separación de hecho. Pero esto se decidirá sobre una sociedad ganancial que ya está disuelta, por lo que poco importará que la sentencia no se extienda sobre ese pronunciamiento –por otra parte, además, ya del todo innecesario-.

Cabe plantear, a partir del criterio adoptado por la jurisprudencia de este período, qué sucede en aquellas situaciones en las que los esposos plantean un procedimiento solicitando la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, sin haber disuelto formalmente su sociedad de gananciales, y sin interesar ese pronunciamiento de extinción del consorcio al tribunal. Sobre esto, la guía parece presentarla la STS de 27 de enero de 1998 pero, sobre todo, la STS de 23 de febrero de 2008, en cuanto estima que "*producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales*, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1.393-3º del Código Civil"[767].

La respuesta a nuestra pregunta parece, pues, dada: la sentencia que aplica la doctrina de la limitación funcional no disuelve la sociedad ganancial, pero la parte interesada

[764] Cabría plantearse si, ante la petición de una parte de que se apliquen los efectos de la doctrina de la limitación funcional, ya sea como fundamento de su pretensión actora o como causa de su oposición, el tribunal podría aplicar de oficio el artículo 1393.3º del Código Civil e integrar en el fallo de la sentencia una declaración formal de disolución de la sociedad de gananciales, cuando ésta siga vigente en ese momento. La STS de 4 de mayo de 1998 aplicó de oficio el artículo 1393.3º, pero lo hizo en un supuesto que en nuestra opinión no permite generalización. Se trataba de una demanda de finalización de la sociedad de gananciales planteada por la esposa alegando las causas 2ª y 4ª del artículo 1393. En fase de prueba, la prueba reveló cumplidamente que los cónyuges habían vivido separados de hecho durante un período holgadamente superior a un año antes del inicio del procedimiento. El Tribunal Supremo, incluso expresó su sorpresa en la sentencia ante la decisión procesal de la demandante de no acogerse a dicha causa para motivar su pretensión. Es importante a nuestro juicio lo que precisa esta sentencia en cuanto a que la aplicación del artículo 1393.3º en aquel caso no alteraba la causa de pedir de la demandante, ni causaba indefensión al demandado. De ahí la excepcionalidad de la aplicación *ex officio* del precepto.

[765] Sirvan como ejemplo los supuestos resueltos por las SSTS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, o 21 de febrero de 2008.

[766] Así, las SSTS de 27 de enero de 1998, 11 de octubre de 1999, o 23 de febrero de 2007.

[767] El énfasis es nuestro.

podrá instar *ex post facto* su extinción. Añadimos nosotros –y abundaremos en ello en la cuarta parte de este trabajo- que la sentencia que se pronuncie sobre la aplicación de la doctrina de la limitación funcional debería tener entonces un autorizado valor *prejudicial* si se demanda posteriormente la disolución de la sociedad de gananciales, alegando la causa del supuesto 3º del artículo 1393.

3.2.2.- Mantenimiento de las reglas de la sociedad de gananciales sobre el patrimonio común adquirido antes de la separación de hecho

Sobre esta cuestión, la STS de 27 de enero de 1998 ya advierte que, conforme a la doctrina de la limitación funcional, de producirse una separación de hecho relevante, no puede pretenderse que "*en el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado*". Sin embargo, como es lógico, no se priva de su carácter ganancial "*a los bienes que lo tuvieran antes del inicio de la separación de hecho*".

La jurisprudencia del período es coherente con ese planteamiento al enjuiciar los actos de administración realizados por uno de los esposos sobre el patrimonio ganado en común antes de su separación de hecho, cuando son impugnados por el otro. Esto se aprecia en la STS de 24 de abril de 1999. La esposa había arrendado a terceros un inmueble adquirido por el matrimonio antes de su separación. El esposo impugnó el contrato por haberse convenido sin su consentimiento. La Sala rechaza el motivo porque entiende que "s*on válidos los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren",* aplicando la regla del artículo 1384 del Código Civil. Sobre ello, la sentencia recuerda que "*los arrendamientos de bienes inmuebles, por tiempo que no exceda de seis años y que no sean inscribibles, tienen carácter de actos de administración*", según reiterada doctrina de la Sala.

Por otra parte, la jurisprudencia del período también es coherente con su planteamiento al pronunciarse sobre la naturaleza de los frutos producidos por el patrimonio ganado en común antes de la separación de hecho. De nuevo, sobre ello, puede hacerse remisión a los fundamentos de la STS de 24 de abril de 1999. La sentencia de apelación había considerado privativos de la esposa los rendimientos de la finca ganancial, por el hecho de que había sido ella quien había sufragado los gastos de explotación y mantenimiento a cargo de su patrimonio personal. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación del marido y resuelve que "*los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial (número 3º del artículo 1347 del Código Civil), sin que pueda hacerles perder dicha condición, ni el hecho de que el arrendamiento lo haya concertado uno sólo de los cónyuges (en este caso, la esposa), ni la circunstancia de que la esposa haya venido atendiendo, con su dinero privativo, al pago de los gastos de todo tipo originados por dichos bienes gananciales"*. Corregido lo anterior, la sentencia reconoce a la esposa un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales por los

gastos pagados con su dinero propio en beneficio del patrimonio común, para incluirlo como pasivo en el inventario en las operaciones de liquidación[768].

3.2.3.- Pérdida de derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho

Durante el período que analizamos, el ordenamiento jurídico español introdujo un cambio relevante que afectaba al reconocimiento de derechos sucesorios a favor del cónyuge viudo en las situaciones de separación de hecho. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, ya había modificado el artículo 945 del Código Civil, excluyendo de la relación de parientes en el llamamiento abintestato al cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Con la Ley 15/2005, de 8 de julio, el legislador extendía esa exclusión al cónyuge separado de hecho por cualquier otro motivo y le privaba además de la legítima viudal en la herencia de su consorte.

En este concreto marco legal, el Tribunal Supremo tuvo que resolver –según indicamos anteriormente- algunos asuntos en los que la posible aplicación de la doctrina de la limitación funcional afectaba la posición jurídica de cónyuges que ya habían fallecido. En alguna de esas ocasiones, las partes plantearon el debate sobre la posible repercusión de la separación de hecho en el mantenimiento de los eventuales derechos sucesorios del cónyuge supérstite en la herencia del finado.

Según la tan mencionada STS de 13 de junio de 1986, la libre separación de hecho, mantenida durante más de cuarenta años, excluía el fundamento de los derechos de viudedad. Entre los límites que desborda la pretensión actora, la resolución identifica los que en el orden teleológico correspondería a los "*derechos viudales*" del "*cónyuge supérstite conviviente*".

La STS de 17 de junio de 1988 aborda un pleito en el que la viuda demandada se había adjudicado bienes en pago de su cuota viudal y de su mitad de gananciales en la escritura impugnada por los demandantes. La resolución dispone expresamente que la sociedad de gananciales estaba ya disuelta y liquidada en virtud de una escritura otorgada por los cónyuges en 1947. Este pronunciamiento conlleva la pérdida de derechos de la viuda sobre todos los bienes y derechos adquiridos por su cónyuge desde la fecha del otorgamiento. Sin embargo, la sentencia no se pronuncia sobre la posible pérdida de derechos de la viuda en la sucesión del finado, al no haberse planteado en la demanda tal pretensión.

La STS 23 de diciembre de 1992 también se pronuncia sobre otro conflicto en el que uno de los esposos separados de hecho premurió al litigio. La Audiencia Provincial había resuelto que el matrimonio se había regido por el régimen económico de sociedad de gananciales y, en consecuencia, la viuda tenía derecho a la adjudicación de la mitad de tales bienes. Asimismo, declaró que correspondía a la viuda del causante la cuota

[768] Aunque la sentencia, como cabe apreciar, se refiere también a los frutos de los bienes privativos, debe subrayarse que se trata de un *obiter dicta*, pues los únicos rendimientos de los que se trata en el caso proceden de inmuebles gananciales.

legal usufructuaria en la herencia del marido. El Tribunal Supremo revocó los dos pronunciamientos de la sentencia de apelación que hemos destacado. Ahora bien, la Sala fundamenta su pronunciamiento en la vecindad civil catalana que atribuye al causante, y a la falta de acreditación por la viuda de los presupuestos que requiere el derecho sucesorio aplicable para reconocer su condición de beneficiaria[769].

También resuelve otro conflicto en el que es parte la viuda la STS de 21 de febrero de 2008. Esta intervenía como demandante, en defensa de su propio interés y en el de los demás herederos del finado. En este caso, el Tribunal Supremo aplicó de nuevo la doctrina de la limitación funcional, pero nuevamente sin plantearse sus efectos sobre los eventuales derechos sucesorios de la viuda demandante. Esta omisión se explica porque la demandada no cuestionó en su contestación, ni reconvino, planteando la posible pérdida de derechos sucesorios de la demandante como consecuencia de su separación de hecho del fenecido. La sentencia deja además constancia de la existencia de un testamento ológrafo del causante en el que, ya estando separado de hecho, dejaba a la viuda demandante su usufructo legal y además le asignaba el tercio libre de su herencia. Como vemos, las peculiares circunstancias de este pleito justifican una falta de pronunciamiento sobre la cuestión.

Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Supremo en este período sobre la cuestión que nos ocupa con intervención procesal del cónyuge viudo separado de hecho concluyen con la STS de 6 de mayo de 2015. Atenta al sentido de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la sentencia de apelación confirmó que la viuda no tenía derecho a cuota legitimaria, al haber fallecido el causante en 2008. La decisión de la Audiencia Provincial tuvo en cuenta incluso la existencia de un testamento del finado en el que se reconocía a la viuda su derecho de legítima, pero su sentencia explicó que dicha atribución quedaba vacía de contenido por la reforma legal sobrevenida a la que ya hemos referencia[770]. En el recurso de casación únicamente se discute por el hijo

[769] "*Establecida la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento (…), consecuentemente su sucesión ha de regirse por el Derecho Civil especial de Cataluña, (…), y, por tanto, la pretensión (…) de que se declare el derecho de la viuda a la «cuota usufructuaria», que parece referirse a la establecida en el art. 834 del Código Civil, no podía prosperar, dado que habría de estarse a lo dispuesto en los arts. 147 y siguientes de la Compilación de 21 de julio de 1960, sobre la cuarta marital, en relación a cuya procedencia y requisitos nada se ha alegado por los actores. En conclusión, como el Tribunal a quo declaró indebidamente el derecho a la viuda Luisa al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 del Código Civil), ha de prosperar también este motivo*".

[770] Lo explica la sentencia recurrida en casación, que es la SAP de Madrid de 21 de marzo de 2013, refiriéndose al tenor del artículo 834 del Código Civil: "…*según el mismo, D. (…) instituyó herederos a partes iguales a sus tres hijos, no reconociendo a favor de su mujer más derecho que lo que por legítima estricta le correspondiera. En la fecha del testamento la redacción del citado precepto era otra. Entonces establecía que el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurriese a la herencia con hijos o descendientes, tendría derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Se entendía que se continuaba teniendo derecho al usufructo de ese tercio destinado a mejora, mientras no fuera declarada la separación legal de los cónyuges. Sin embargo, dicho precepto fue modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que entró en vigor el 10 de julio de 2.005. Según su nueva redacción, el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Por tanto, dado que D. (…) sólo le reconoció en testamento a Dña. (…) lo que por legítima estricta pudiere corresponderle, y que al tiempo de morir se encontraban separados de hecho,*

demandado la falta de derechos de la viuda sobre los bienes gananciales obtenidos por el finado tras el cese de su convivencia.

Como vemos, a pesar de que el Tribunal Supremo conoció durante este período sobre numerosos supuestos en los que concurría como parte el cónyuge separado de hecho, únicamente la STS de 13 de junio de 1986 se pronunció expresamente sobre la posibilidad de que la ruptura de su convivencia con el causante determinara la pérdida de los derechos sobre su sucesión; y lo hizo en términos afirmativos. Ninguna sentencia repite su doctrina sobre este concreto aspecto y ninguna la contradice.

3.2.4.- Pérdida de derechos consorciales del cónyuge separado de hecho

El principal efecto que produce la aplicación de la doctrina de la limitación funcional en la jurisprudencia de este período es la privación del derecho a participar en los ingresos obtenidos y en la titularidad de los bienes adquiridos por el otro cónyuge durante la separación de hecho. Esta es, en síntesis, la consecuencia de la aplicación de los artículos 7.1 y 7.2 del Código: la negación del lucro propio que se pretenda obtener sobre los frutos de un esfuerzo exclusivamente ajeno, valiéndose para ello de un título meramente aparente.

La jurisprudencia del período expuso su tesis con diversas expresiones. Algunas de ellas son, en nuestra opinión, especialmente ilustrativas. Así, la STS de 27 de enero de 1998 afirma que "…*la separación de hecho (...) determina (...) que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, (...) siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. (...) no puede pretenderse que en el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado*"; la STS de 24 de abril de 1999 propone que, "*rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen , por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó*"; o, conforme lo explica la STS de 21 de febrero de 2008, "*producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales*". Este planteamiento es lógico corolario de la pérdida de fundamento de la sociedad ganancial y lo vemos materializado en numerosas resoluciones:

- En las SSTS de 13 de junio de 1986, 23 de diciembre de 1992, 27 de enero de 1998, 24 de abril de 1999, 23 de febrero de 2007, se niegan a la parte actora sus derechos consorciales sobre un patrimonio ganado o adquirido por el otro cónyuge durante su separación de hecho, sin su contribución.

---

ningún derecho legitimario le correspondería a su muerte, y en consecuencia, tal y como se declaró en la Sentencia impugnada, debe dejarse sin efecto la atribución del usufructo viudal a favor de Dña. Noelia en el cuaderno particional…".

- En la STS de 17 de junio de 1988, se rechaza que la viuda demandada pueda participar en las ganancias obtenidas por su esposo tras la ruptura de la convivencia.

La jurisprudencia del período también proyecta la pérdida de derechos consorciales validando actos de disposición que, en condiciones normales, habrían contravenido las normas de administración de la sociedad de gananciales. Así:

- En la STS de 26 de noviembre de 1987, se niega a la demandante el ejercicio de sus derechos consorciales con relación a unas operaciones de compraventa realizadas por el marido sobre unos inmuebles que le habían sido adjudicados, por reparto consensual, en un documento privado, durante su separación de hecho. La esposa pretendía la nulidad de las escrituras de compraventa que se habían realizado sin su consuno ni firma sobre las fincas que habían pertenecido en su día a la sociedad ganancial, y se rechazó su petición.

- En la STS de 21 de febrero de 2008, se casa la sentencia de apelación y se rechaza anular unas entregas de dinero realizadas por el marido, ya separado de hecho, a su pareja sentimental, sin la autorización de la esposa demandante.

Por otra parte, en alguna resolución pronunciada en este período –en concreto, la STS de 11 de octubre de 1999-, se condena al cónyuge que actúa de manera abusiva a otorgar escrituras a favor del otro, a fin de formalizar y poder inscribir registralmente a su nombre el carácter privativo de los bienes que se le reconocen como propios. Ha de advertirse, no obstante, que este pronunciamiento solo se incorpora a la parte dispositiva de la sentencia en procedimientos en los que el cónyuge beneficiario lo ha solicitado expresamente así[771].

3.3.- La retroacción de efectos en la doctrina de la limitación funcional

La jurisprudencia del período se fundamenta sobre la idea de que la sociedad de gananciales pierde su fundamento cuando se quiebra la convivencia conyugal. La mala fe y la abusividad que impiden participar en las adquisiciones y ganancias obtenidas por el otro consorte surgen desde el momento en que los cónyuges se separan. Desde esta perspectiva, las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo a lo largo de los años que analizamos limitaron funcionalmente la sociedad de gananciales desde la fecha en que, en cada caso, quedó acreditado en el procedimiento el inicio del cese efectivo de la convivencia conyugal. Así, las consecuencias afectan a los actos patrimoniales realizados por el matrimonio durante su separación de hecho.

[771] El recurso de casación que resuelve la STS de 23 de febrero de 2007 confirma la SAP de Salamanca de 3 de abril de 2000. Ésta hace una interesante reflexión sobre lo que comentamos. Aunque la sentencia desestima la demanda por entender que la esposa actora actuaba con abusividad, le absuelve de pagar las costas porque "*la vivienda litigiosa aparece inscrita con carácter presuntivamente ganancial, lo que debió determinar, en principio, su inclusión en el inventario, lo que hubiera obligado al esposo a promover el oportuno procedimiento para su exclusión, al ser éste quien alegaba su carácter privativo, y no al revés, como de hecho ha ocurrido*".

Es habitual que esta aplicación del Derecho por la jurisprudencia del período afecte a matrimonios cuyos cónyuges vivieron separados durante períodos de tiempo muy prolongados. De hecho, muchas de las sentencias que hemos podido examinar destacan esa nota para constatar el carácter definitivo y consentido de la situación de separación de hecho y la consiguiente pertinencia de aplicar el remedio.

Esta realidad sugiere una reflexión sobre el ajuste a Derecho –o incluso la conveniencia- de una solución jurisprudencial que, *prima facie*, requiere:

1º) Por una parte, el ejercicio de una pretensión procesal –como acción o excepción- por un cónyuge que se alza contra una situación jurídica y un estado de cosas que ha consentido durante largo tiempo. En este sentido, el cónyuge que impetra la aplicación de la doctrina de la limitación funcional desde la fecha del cese efectivo de la convivencia conyugal solicita al Juzgado que, mediante su sentencia, despliegue unos efectos jurídicos que contradicen las reglas que rigen la sociedad de gananciales contra la que no ha promovido acción alguna para obtener su disolución.

2º) Por otra parte, el pronunciamiento de una sentencia que, al estimar esa pretensión, afecta sobrevenidamente a operaciones patrimoniales casi siempre consumadas muchos años atrás.

Desde la perspectiva de la reflexión que estamos realizando, los efectos de la jurisprudencia que examinamos podrían ser cuestionables tomando en consideración la doctrina de los *actos propios*[772] y del *retraso desleal*[773].

Para responder a esa cuestión resulta necesario considerar que nos hallamos ante tres expresiones jurisprudenciales (doctrina de la limitación funcional, doctrina de los *actos propios* y *retraso desleal*) de un mismo principio jurídico (el principio general de buena fe) que, a su vez, se fundamenta en una misma norma y precepto (el artículo 7.1 del Código Civil). Parece imperativo entender, en consecuencia, que la doctrina de la limitación funcional es plenamente compatible con las otras dos expresiones del mismo principio que constituye su fundamento. En efecto, nosotros entendemos que es así.

Según la formulación habitual que realiza la jurisprudencia, la doctrina sobre los "*actos propios*" impone un *"comportamiento futuro coherente"* a quien ha adoptado una conducta que *"objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa*

[772] En este sentido, lo que analizamos es el posible reproche de *actuar contra un acto propio* al cónyuge que discute el carácter común de una adquisición o ganancia obtenida durante la vigencia de una sociedad de gananciales contra la que no promovió disolución.

[773] Lo que sugerimos es el posible reproche de *actuar con retraso desleal* al cónyuge que, tras haber consentido la continuación formal de la sociedad de gananciales, pretende luego que se reconozcan como exclusivamente propios bienes adquiridos durante su vigencia.

coherencia". Es conocido, por su reiteración en numerosas sentencias[774], que para que sea aplicable esa exigencia jurídica resulta necesario que:

1º) Exista una "*contradicción"* entre la conducta anterior y la pretensión posterior.

2º) La primera conducta sea "*objetivamente valorable*" como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica.

La justificación de esta doctrina se encuentra en la "*protección de la confianza*". Una conducta previa genera en la otra parte de la relación la confianza en que la actuación futura será coherente con aquélla. Por ello, la conducta previa induce a la otra parte a obrar en un determinado sentido, o incluso a dejar de hacer algo, sobre la base en la que ha confiado.

Si asumimos el postulado, parece lógico concluir que, al aplicar la doctrina de la limitación funcional, la jurisprudencia considera que el cónyuge que actúa de manera contradictoria con sus actos previos es aquel que acepta vivir separado de hecho, pero luego intenta obtener un beneficio que sólo se justifica en la convivencia. Si los cónyuges, durante la separación, actúan patrimonialmente como si su sociedad de gananciales ya no existe, solicitar posteriormente una resolución judicial que reconozca formalmente esa situación de cese de la ganancialidad, dotándola de plenitud de efectos, no puede considerarse contradictorio, sino coherente.

La propia jurisprudencia ha concretado el sentido de la doctrina de los actos propios apuntando que "*quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real*"[775]. En el caso de los esposos casados en gananciales que se separan de hecho y viven como si no existiera entre ellos la sociedad, la doctrina de los actos propios no toleraría avenirse a un *statu quo* en el que la otra parte construye a sus propias expensas y con su exclusivo esfuerzo un patrimonio como propio, y luego actuar contradictoriamente reclamando en esos bienes una participación.

En lo que atañe a la doctrina sobre el *retraso desleal* en el ejercicio de los derechos (o *verwirkung*), creemos se impone una reflexión similar. Según tiene sentado la jurisprudencia[776], son características de esta situación de retraso desleal: (a) la omisión en el ejercicio de un derecho o acción; (b) la inactividad o el dilatado transcurso del tiempo; y (c) una confianza suscitada en el deudor nacida de actos propios del acreedor.

[774] Se trata de una doctrina sobradamente conocida, por lo que reproducimos los términos en que la recoge la STS de 8 de mayo de 2024.

[775] SSTS de 25 de febrero de 2013 y 18 de diciembre de 2023.

[776] Por todas, STS de 14 de noviembre de 2018.

Como enseña DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[777], "*un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando su titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho.*

La omisión en el ejercicio del derecho durante un cierto período de tiempo es un requisito esencial de la Verwirkung, pero no es suficiente. Es necesario, además, que el ejercicio actual aparezca como desleal e intolerable para el adversario. La deslealtad y la intolerabilidad deben medirse objetivamente, esto es, no es necesario que el titular haya adoptado su actitud pasiva, con el objeto de sorprender posteriormente a su adversario. La Verwirkung se produce cualquiera que haya sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento de que la pretensión le asistía. Basta con que el demandado pudiera contar –por tanto, tampoco que haya efectivamente contado-, en vista de las circunstancias y de una manera objetiva con que el derecho no sería ya ejercitado".

En el contexto que analizamos, ambos cónyuges conocen su propia separación consolidada. El patrimonio que haya generado cada uno de ellos durante la separación habrá sido ganado con su solo esfuerzo. Los cónyuges habrán gestionado la administración de su economía con plena independencia a lo largo de la ruptura. Los esposos no se informarán sobre sus actividades económicas, sobre su trabajo o sobre la percepción de rendimientos de sus bienes fructíferos. Cada cónyuge habrá disfrutado de su vida, personal y económica, con plena autonomía o, al menos, sin mantener los vínculos característicos de quienes comparten una sociedad ganancial. Si esa situación se dilata durante años, parece que la esperanza legítima de cualquiera de los esposos, o de sus causahabientes, debería ser la de que se respete –o, más precisamente, que se siga respetando- ese *statu quo* al liquidarse el consorcio. Lo contrario -pensamos- implicaría el ejercicio de un derecho con *retraso desleal*.

Con todo ello, puede explicarse ese efecto retroactivo característico de la doctrina de la limitación funcional que propicia la jurisprudencia durante el período que examinamos. Entender ajenas a la sociedad de gananciales todas las ganancias y adquisiciones de los esposos durante su separación, o validar sus actos de administración sobre esos bienes como si fueran privativos, tiene su razón de ser en la proclamada *pérdida de fundamento* de la sociedad de gananciales en ausencia de convivencia marital; pero también se sustenta en una *protección de la confianza* que la jurisprudencia concede a cada uno de los esposos ante la situación de separación de hecho en la que viven, dotándoles de una acción o una excepción con las que defender como propio lo que obtengan con su exclusivo esfuerzo desde que se produzca la ruptura de su convivencia. La retroacción garantiza la integridad de las ganancias y

[777] DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 85. También, del mismo autor, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Navarra, 2014.

adquisiciones logradas durante la vida separada. El paso del tiempo en esa situación, en lugar de suponer un incremento del riesgo ante la inactividad procesal, consolida los derechos adquiridos.

4.- LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Interesa realizar un recorrido por las resoluciones pronunciadas por la llamada jurisprudencia menor tras la STS de 13 de junio de 1986. Este ejercicio permite comprobar cómo la doctrina iniciada por aquella resolución tuvo, desde sus inicios, una pronta y favorable recepción por la justicia de instancia, que encontró en ella un recurso útil para modular el rigor de las normas de la sociedad de gananciales en diversas situaciones de crisis matrimonial, que tenían como nexo la existencia de una separación de hecho ya iniciada o aún inminente entre los cónyuges.

Durante el período analizado, recaban nuestro interés algunos supuestos que fueron especialmente recurrentes y debatidos. Su estudio permite concretar en mayor medida cómo se acercó la jurisprudencia menor a esas situaciones, qué elementos valoró para resolverlas en uno u otro sentido y, en algunos casos, cómo respondió el Tribunal Supremo a sus propuestas.

4.1.- El mero acuerdo sobre la fecha de separación

En el ínterin del procedimiento judicial contencioso, las partes pueden alcanzar un acuerdo sobre la fijación de una fecha a la que remontar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, haciéndola coincidir con el momento de su separación de hecho. Durante el período que analizamos, los tribunales admitieron esta práctica, sin perjuicio de terceros.

Las primeras resoluciones que se pronuncian en este sentido se dictan por la jurisprudencia menor del período que examinamos. Cabe traer como ejemplo la SAP de Ciudad Real de 17 de diciembre de 2018. En la primera instancia, los cónyuges habían mantenido pleito de divorcio. Durante su tramitación, las partes habían convenido fijar el 29 de enero de 2018 como fecha de disolución de la sociedad de gananciales, al haberse producido ese día un incidente que dio lugar a la presentación de una denuncia de malos tratos por parte de la esposa, tras la cual había cesado de manera definitiva la convivencia del matrimonio, además, acompañada por una orden de protección.

La sentencia de primera instancia omitió pronunciarse sobre ese detalle, que suplió mediante un auto de aclaración. Esta resolución subsanó el defecto, apuntando que no procedía señalar la fecha de disolución del régimen económico matrimonial solicitada por las partes, dado que ésta se producía como consecuencia de la declaración de divorcio. La esposa recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó su recurso, dando por válida la fecha convenida entre los esposos, *sin perjuicio de terceros*[778],

[778] Lo destacamos nosotros.

atendiendo además a que esa fecha había sido acreditada como el verdadero momento de cese de la convivencia[779].

El criterio ha seguido siendo aplicado en el período posterior, como puede verse en la SAP de Zaragoza de 29 de abril de 2020. Ésta considera de manera expresa que la fijación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es materia dispositiva y acepta, estimando el recurso de apelación formulado contra el criterio contrario del juez *a quo*, fijarla en el momento transigido por las partes en el procedimiento sobre liquidación de gananciales con carácter sobrevenido. En el caso, el marido proponía como fecha de disolución de la sociedad el 16 de noviembre de 2016, que era la de la orden de protección dictada por el Juzgado de Violencia de Género. La esposa se había opuesto a ello, proponiendo estar a la fecha de la sentencia de divorcio, 19 de mayo de 2017. Posteriormente, en el acto de la vista, la demandada aceptó expresamente la fecha que indicaba el actor. El auto de aclaración de la sentencia de primera instancia fijó la disolución en la fecha de la sentencia de divorcio y la Audiencia Provincial corrigió la resolución en el sentido indicado.

Este criterio parece consolidado en la actual doctrina del Tribunal Supremo. Puede verse, por ejemplo, en el ATS de 19 de abril de 2023. La sentencia de apelación había tomado como fecha de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales la que constaba en el convenio regulador de los cónyuges como fecha de su separación de hecho. El recurrente en casación postula que se esté a la fecha de la sentencia de divorcio, denunciando la infracción del artículo 1392 del Código. El Tribunal Supremo inadmite el recurso porque "*carece de interés casacional, además de apartarse de los hechos probados que dan cuentan del valor convencional del convenio regulador a los efectos de determinar la fecha de comienzo de la prolongada separación de hecho que precede al procedimiento de divorcio*" y declara firme la sentencia recurrida, de la que dice que "*atiende (...) a la consignación de la fecha de la separación de hecho en el convenio regulador que rige la propia separación en tanto se produce, después de un prolongado periodo de tiempo, el divorcio*".

[779] La sentencia de segunda instancia resuelve que, si bien es cierto que muchas resoluciones señalan que *"la fecha de la sentencia* -se refiere a la de divorcio- *es también la de la disolución de la sociedad de gananciales, el Tribunal Supremo ha mantenido que la separación de hecho libremente consentida viene a producir la disolución de hecho de la sociedad de gananciales, (...) Es decir, se viene exigiendo para que la fecha de disolución de la sociedad de gananciales coincida con la fecha de separación de hecho, la circunstancia de que la misma sea consentida por ambos (...) el único dato determinante, es la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal (...) y así, en el presente caso, resulta que ambos cónyuges están de acuerdo con que la separación de hecho y el fin de su sociedad de gananciales ha de situarse el 29 de enero de 2018, fecha en que cesó la convivencia (...) e interponiéndose (...) la correspondiente demanda de divorcio. (...) estando ambos cónyuges de acuerdo sobre dicho particular nada obsta a que a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales y sin perjuicio de terceros ajenos a dicho pacto inter partes, se sitúe el inicio de la disolución de la sociedad de gananciales el 29/01/2018*".

4.2.- La separación de mutuo acuerdo o con acuerdos patrimoniales expresos

En el seno de los procedimientos judiciales iniciados durante el período que analizamos, también se recurre a la doctrina de la limitación funcional para retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha convenida por los cónyuges separados de hecho en convenios privados.

La SAP de Zaragoza de 15 de diciembre de 1989 lo hizo en un supuesto en el que los cónyuges habían pactado liquidar la sociedad de gananciales en un documento privado de convenio regulador que se aportaría a una demanda de separación de mutuo acuerdo. Tras la firma del documento y antes de que el Juzgado dictara la sentencia de separación, la esposa dispuso de numerario de una cuenta bancaria común. Advirtiendo la extracción de los importes, el marido presentó demanda contra ella, reclamando su condena al pago de la mitad de la suma retirada. La demandada se opuso a la demanda, argumentando que aquel convenio regulador y el acuerdo verbal que lo había precedido sólo debían producir efecto a partir de la fecha de la sentencia de separación. La sentencia se pronunció a favor del marido demandante. La Sala de apelación aplicó la doctrina de la limitación funcional. Tras reiterar su habitual enunciado, añade que la pretensión de la mujer contraviene la buena fe y que los efectos patrimoniales de la sentencia de separación, *entre los cónyuges*[780], deben retrotraerse a la fecha del convenio regulador.

En otras ocasiones, los pactos privados entre esposos que se tienen en cuenta por la jurisprudencia menor del período para anticipar los efectos de la disolución de la sociedad ganancial ni siquiera son convenios reguladores creados con la finalidad de ser acompañados a una demanda de separación o divorcio.

En este sentido cabe ver, por ejemplo, la SAP de Tarragona de 22 de octubre de 2004. La sentencia se pronuncia en un procedimiento sobre liquidación de sociedad de gananciales en el que los cónyuges habían convenido repartirse los saldos de sus cuentas disponibles a la fecha de su separación de hecho y habían procedido en consecuencia. En el juicio, la esposa defendió que debían incluirse en el activo del inventario los sueldos y salarios del esposo devengados desde la separación de hecho hasta la sentencia de separación, con la única deducción de los importes pagados como pensión alimenticia y cargas del matrimonio desde el auto de medidas. La Sala de apelación confirmó la sentencia de instancia y dio la razón al marido, resolviendo que no debían integrarse más sueldos o salarios en el activo del inventario.

4.3.- La sentencia de separación eclesiástica

La mera existencia de una sentencia canónica de separación constituye un elemento revelador de la voluntad de cesar la vida en común, al menos en uno de los esposos. Es lógico, por tanto, que la jurisdicción civil se haya pronunciado en diversas ocasiones

[780] El énfasis es nuestro.

sobre su posible relevancia como evento determinante de la disolución de la sociedad ganancial.

Para abordar esta materia es necesario tener en cuenta, en primer lugar, la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 diciembre, por el que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial. La breve pero ilustrativa Exposición de Motivos de esta norma explica que los Acuerdos entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos, permiten a los cónyuges acudir a los tribunales eclesiásticos para solicitar la declaración de nulidad o la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. Sin embargo, se advierte que esos acuerdos *"no prevén los supuestos de demanda de separación y las medidas que por tal causa pueden ser adoptadas por los tribunales civiles".* Atendiendo a esta realidad y con carácter de urgencia, el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 diciembre, reguló los aspectos procesales de las demandas de separación, que conocería la jurisdicción civil[781].

La norma marca un antes y un después en torno a los efectos civiles de la separación eclesiástica. Hasta su promulgación, las sentencias canónicas de separación desplegaban efectos civiles y eran ejecutables ante la jurisdicción ordinaria. Tras ella, las sentencias de separación canónica carecen de eficacia civil en el ordenamiento español[782]. En este sentido es conocida la doctrina que sentó la STC de 26 de enero de 1981[783], en cuanto a

[781] Así, con el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 diciembre, se plantea por primera vez que "*la separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se tramitaría y resolvería por los Jueces de Primera Instancia con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo así el carácter prácticamente exclusivo que ostentaban los tribunales eclesiásticos*". Estos términos se recogen de los fundamentos de la SAP de La Coruña de 15 de septiembre de 2010.

[782] Según explica ARRANZ HIERRO, Clara María: "Análisis de la separación canónica y civil en el sistema matrimonial español: revisión de las novedades previstas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y confesiones de notorio arraigo", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pág. 605, "*[e]n lo relativo a la evolución histórica de la regulación de la separación canónica matrimonial, podemos hablar de varios hitos. El CIC de 1917, vigente hasta 1983, establecía que «las causas entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al Juez eclesiástico». Por lo tanto, todos los casos de separaciones de católicos eran conocidos por la jurisdicción eclesiástica, y no por la civil. Con la firma del Concordato de 27 de agosto de 1953 se confirmó la competencia exclusiva de los Tribunales eclesiásticos en las causas matrimoniales, incluidas las de separación. Hasta ese momento, las sentencias eclesiásticas gozaban de efectos civiles directos*". Siendo ello así, resulta importante incidir en que la ejecución de esas sentencias debía instarse ante la jurisdicción civil. En la materia objeto de esta investigación, este requisito procesal se ha presentado relevante en la jurisprudencia para determinar la fecha de disolución de la sociedad ganancial.

[783] "*Desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede (que lleva fecha de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre), sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil, a salvo la transitoriedad contemplada en el ap. 2ª de las transitorias del Acuerdo. Con anterioridad se reconocía una jurisdicción eclesiástica, según lo dispuesto en los artículos 80 a 82 del Código Civil, acomodadas al artículo XXIV del Concordato con la Santa Sede, en orden a las causas de separación y la producción de efectos civiles, lo que no impidió que algunas interpretaciones (recordemos aquí las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1966 y 26 de enero de 1974 y el auto de la misma Sala de fecha 4 de octubre de 1971), permitieran sostener que el Juez es el que determina y regula las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil. Entre la legalidad actual y la regida por*

que, desde el acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, los procesos de separación matrimonial, para que produzcan efectos civiles, deben seguirse ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

La consecuencia lógica de esta trascendente reforma ha sido el descenso de causas de separación eclesiástica hasta su práctica desaparición[784]. Por la misma razón, es lógico que no haya jurisprudencia civil que analice o valore procedimientos de separación eclesiástica posteriores al Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 diciembre.

Los asuntos que analizamos en este ordinal, como vamos a comprobar, aun procediendo ocasionalmente de sentencias civiles dictadas durante el período que analizamos, se remontan a decisiones canónicas de separación pronunciadas en causas comenzadas antes de la vigencia de la referida norma.

Realizada la anterior precisión, los resultados de la investigación en esta materia ponen de manifiesto una cierta diversidad de criterios entre los pronunciamientos estudiados.

Conforme a una primera línea de interpretación jurisprudencial, que parece dominante, la sentencia canónica de separación no determinaba por sí sola efectos anticipativos de la disolución de la sociedad de gananciales. Según estas sentencias, la fecha a considerar era la del auto de la jurisdicción civil que acordaba ejecutar la resolución eclesiástica[785].

---

los artículos 80 al 82 del Código Civil y el artículo XXIV del Concordato, se ha producido un hecho capital, cual es la Constitución, vigente desde el 29 de diciembre de 1978, que proclama, a los efectos que importan en este proceso, la aconfesionalidad (artículo 16.3), y la exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3), principios desde los que tenemos que interpretar las aludidas normas.

Desde el acuerdo con la Santa Sede que hemos dicho, los procesos de separación matrimonial, para que produzcan efectos civiles, tendrán que seguirse ante los jueces ordinarios, siguiendo lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española y el artículo 51 del a Ley de Enjuiciamiento Civil. Se ha incorporado con ello España a lo que era un hecho general, bien por la vía expresa de lo concordado, bien por el contenido implícito respecto a las causas canónicas, acabando con la singularidad que, en este punto, significaba nuestro sistema. Es común ahora que todos los procesos de separación, referidos a los dos tipos o formas del matrimonio, están atribuidos a la jurisdicción estatal, aunque, ciertamente, los casados canónicamente podrán acudir a la Autoridad Eclesiástica para obtener la separación canónica, si bien sin efectos civiles, y sí intraeclesiales". Tras el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: "El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español", *Ius Canonicum*, Universidad de Navarra, 1980, pág. 30, afirmó también que "*no cabe duda que, en adelante, las sentencias canónicas de separación carecerán de relevancia civil. El contraste entre el Concordato del 53 -y los artículos 80, 81 y 82 del Código--- es inequívoco al respecto*".

[784] El descenso del número de causas de separación seguidas ante la jurisdicción eclesiástica en España ha sido destacado por HUGUET ABÍO, Clemente: *La separación matrimonial en España: Subsistencia y Finalidad*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 2012, pág.136, quien señala que "*el año 1988 es el último en que en las estadísticas eclesiales aparece la separación matrimonial. (Tan sólo 20 en toda España en 1988)*". Ya en ese año, hablamos ya de una práctica desaparición de estos procedimientos en nuestro país.

[785] La STS de 1 de julio de 1991 resuelve un supuesto en el que consta entre sus antecedentes que mediante "*sentencia (...), el Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Valencia decretó la separación*

En abierto contraste con esa propuesta interpretativa, otra corriente jurisprudencial entendió que, ante el mero pronunciamiento de una sentencia eclesiástica de separación, su fecha ya debía considerarse acreditativa del cese de la convivencia conyugal en ese momento, con la consiguiente limitación de efectos de la sociedad ganancial[786].

---

conyugal de los referidos esposos por causa de adulterio, sevicias morales y abandono malicioso, declarando cónyuge culpable al esposo e inocente a la esposa. (...) En ejecución de la referida sentencia canónica, solicitada por la esposa, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia (autos núm. 614/78) dictó auto de fecha 27 de abril de 1978, en el que acordó, entre otros extremos, "la disolución de la sociedad de gananciales existente entre los cónyuges'"". La Sala atribuye a esta última fecha los efectos propios de la disolución de la sociedad ganancial, sin anticipación alguna a la fecha de la resolución eclesiástica.

En el mismo sentido, la STS de 17 de febrero de 1992 resuelve una tercería de dominio planteada por un esposo separado de hecho contra el embargo de un bien ganancial instado por un acreedor de su mujer, en ejecución de una deuda contraída personalmente por ella. La Audiencia Provincial había estimado la tercería y el acreedor interpuso recurso de casación. En el motivo segundo, el recurrente denunciaba error de hecho en la apreciación de la prueba. Según el recurrente, la sentencia recurrida no había tenido en cuenta que la sociedad de gananciales de los esposos (separados) D. Gabino y Dª Gabriela no quedó disuelta hasta el 21 de Mayo de 1984, según evidenciaba una fotocopia (compulsada) de la certificación de la inscripción de matrimonio de los referidos esposos. Esta contenía una inscripción marginal en la que parecía leerse que "*El matrimonio a que se refiere esta acta se halla sujeto al régimen de separación absoluta de bienes, según escritura pública de fecha 21 de Mayo de 1984, otorgada ante D. Miguel de Miguel, Notario de Logroño*". El Tribunal Supremo desestimó el motivo porque su prosperabilidad "*requiere que el documento que se cita como evidenciador del supuesto error probatorio denunciado no resulte contradicho por otros elementos probatorios obrantes en el proceso, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso*". Precisamente, el elemento contradictorio al que se refiere la sentencia consistía en que "*la disolución de la sociedad de gananciales de los citados esposos se produjo en ejecución de la sentencia canónica de separación matrimonial (...), en cuya ejecución el Juzgado de Primera Instancia (...) dictó providencia (...), en la que acordó: ".... fórmese el inventario de los bienes correspondientes a la sociedad de gananciales..." (...), cuyo proveído (de evidente finalidad liquidatoria) presupone necesariamente la previa disolución de la expresada sociedad conyugal, que ha de considerarse producida, por tanto, a partir de la fecha del citado proveído, aunque la liquidación no haya llegado a realizarse*". Ello no obstante, la sentencia de casación acordó estimar parcialmente el recurso, en el sentido de que el embargo trabado en el juicio ejecutivo debía entenderse limitado exclusivamente a la cuota abstracta que sobre dicho piso correspondía a la esposa deudora.

Esta tesis la siguen, por ejemplo, la SAP de Madrid de 26 de junio de 2007 y la SAP de Cáceres de 6 de marzo de 2013.

[786] En este sentido, la SAP de Valencia de 12 de noviembre de 1999 afirma que la disolución de la sociedad de gananciales había que considerarla producida, "*como muy tarde, al tiempo en que se dictó la sentencia eclesiástica de separación (...), pues en esa fecha era ya inconcusa la libre separación de hecho de ambos cónyuges*". Ese mismo criterio es el adoptado por la SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2011.

Durante el período que sometemos a examen, el Tribunal Supremo también dictó alguna resolución que sigue la misma tesis. La STS de 23 de enero de 1987 resuelve una tercería dominio. La esposa impugnaba el embargo realizado sobre un inmueble ganancial. Según alegaba, la deuda había sido contraída por el marido en una operación de fecha posterior a la separación canónica del matrimonio (en realidad en autos constan dos sentencias eclesiásticas de separación entre los esposos, una temporal y, la otra, perpetua) y que, por ello, los bienes gananciales no debían responder. Las sentencias de primera instancia y apelación desestimaron la tercería. El Tribunal Supremo da la razón a la esposa tercerista recurrente y resuelve que "*la deuda cuya ejecución pretende el acreedor aquí demandado nace en fecha 3 de octubre de 1977 y la separación de los cónyuges data, de modo ininterrumpido, al menos desde el 28 de abril de 1976, fecha de la primera sentencia canónica de separación, de tal manera que la adquisición del bar, origen de la*

Alguna resolución del mismo período adelantó incluso los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha en que había tenido lugar la presentación de la demanda canónica de separación. En esta línea, puede mencionarse la SAP de Madrid de 10 de febrero de 2009, que resuelve un supuesto de formación de inventario en un procedimiento de liquidación ganancial[787].

Otras resoluciones coetáneas incluso se apartaron de los anteriores criterios y presentaron algún matiz de interpretación peculiar, atribuyendo eficacia a los pronunciamientos de una sentencia canónica de separación -y no a su fecha-, para determinar el inicio del cese de la convivencia conyugal como momento al que retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales[788].

Como vemos, existe durante el período analizado una considerable disparidad de criterios al decidir sobre la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de la sentencia de separación eclesiástica y sobre su valoración como elemento revelador de una separación de hecho irreversible y firme.

4.4.- El abandono del domicilio por uno de los cónyuges

La línea de interpretación que ofreció la STS de 11 de octubre de 1999 ya ha sido mencionada en anteriores referencias de este trabajo. Valorando el resto de circunstancias acreditadas en el proceso que resolvió en casación, esta sentencia consideró que el abandono del hogar por parte del esposo había supuesto *de facto* la disolución de la sociedad de gananciales. La Audiencia Provincial lo había estimado así y el Tribunal Supremo desestimó el recurso que pretendía la revocación de tal criterio. Cabe recordar que, según la sentencia dictada en casación, en el asunto enjuiciado,

---

deuda, contraída para el pago del precio de un traspaso, no puede reputarse sino en interés propio de su único adquirente, el marido, no de la sociedad conyugal".

[787] Según los fundamentos de esta sentencia, "*la convivencia de los hoy también litigantes quedó definitivamente rota desde, al menos, el mes de mayo de 1975, en que el Sr. (…) promovió, ante la jurisdicción eclesiástica, demanda de separación, culminada por sentencia estimatoria de fecha 7 de junio de 1977, que fue ejecutada, en cuanto a sus efectos civiles, por auto dictado, en el año 1978, por el Juzgado de Primera Instancia (…)*".

[788] En este sentido, la SAP de Murcia de 2 de julio de 2019. Esta sentencia abordó un pleito sobre división de herencia. En el pleito, la parte demandada alegó que una sentencia del Tribunal Eclesiástico del Obispado de Albacete de 21 de mayo de 1979, que había declarado la separación del matrimonio formado por los padres causantes de la herencia, había datado el verano de 1962 como fecha en la que se había roto la convivencia conyugal. La demandada, aludiendo a la jurisprudencia que admitía adelantar la extinción del régimen de gananciales al momento de la separación de hecho, propuso excluir del inventario todos los bienes adquiridos por los consortes con posterioridad a esa fecha. La parte actora alegaba, por el contrario, que existían hechos coetáneos y posteriores al año 1962 de los que se podía inferir que la intención de los cónyuges no era extinguir la sociedad ganancial. Apuntaba así al hecho de no haberse solicitado por los cónyuges la separación judicial desde esa fecha, a que en cada una de las escrituras el padre se refiriera expresamente a su condición de casado, o a que el padre permitiera a la madre vivir en uno de los inmuebles adquiridos. La Sala estimó la posición de la demandada y expresó que "*estamos ante una separación de hecho prolongada en el tiempo (desde el año 1962), sin que se haya alegado, siquiera, algún episodio de reconciliación".*

desde el momento del abandono no existía "*ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales".* La fecha de la sentencia justificaba añadir, como se hizo, que el *"abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales*".

En la jurisprudencia menor del período, algunas resoluciones también entendieron que el abandono del hogar podía determinar el momento inicial del cese de efectos de la sociedad de gananciales [789], realizándose también puntualizaciones relevantes al respecto, al añadir que el abandono no puede tener ese efecto anticipativo cuando es cercano al inicio de las actuaciones judiciales relacionadas con los procesos de separación o divorcio, o con sus medidas provisionales[790].

4.5.- El ingreso en prisión de uno de los cónyuges

Uno de los supuestos que aparece con alguna frecuencia durante la jurisprudencia del período, relacionado con los efectos del abandono, es el tratamiento del ingreso en prisión de uno de los esposos durante la vigencia de la sociedad de gananciales. La cuestión, evidentemente, consiste en discernir si ese evento puede determinar el fin de la sociedad ganancial y constituir la fecha a la que remonten los efectos de la disolución.

La jurisprudencia menor ofreció valoraciones discrepantes.

Una posición que parece mayoritaria se inclinó por la respuesta negativa. En este sentido, la SAP de Palencia de 22 de marzo de 2019, califica el planteamiento de "*inatendible y peregrino*". La Sala considera evidente que el ingreso en prisión no supone ni abandono de familia, ni separación de hecho a los efectos del régimen económico entre los esposos, dado que –así lo apunta la sentencia como argumento – "*el ingreso en prisión fue por condena de homicidio en la persona del hijo de los litigantes*". La sentencia añade que el ingreso en prisión no implica abandono del hogar, pues el abandono debe de ser definitivo y voluntario, y el ingreso en prisión es absolutamente forzado por la comisión de un delito y solo temporal. Entiende, en definitiva, la Sala, que ingresar en prisión no implica una voluntad de romper el vínculo matrimonial, ni un motivo personal ni económico para extinguir la sociedad conyugal[791].

---

[789] En este sentido, por ejemplo, lo hacen la SAP de Badajoz de 16 de marzo de 2018 y la SAP de Huesca de 31 de octubre de 2018.

[790] En este sentido, la SAP de Huelva de 27 de julio de 2018. La SAP de Bizkaia de 20 de julio de 2018 restringe en mayor medida el criterio, señalando que el abandono no es relevante a los efectos anticipativos de la disolución de la sociedad ganancial cuando inicia una ruptura que no alcanza el año de duración a la fecha del proceso matrimonial.

[791] Comparte el mismo criterio -con reflexiones similares- la SAP de Madrid de 3 de octubre de 2017. Como explica esta resolución, "*el cese de la convivencia es evidente que se produjo con el ingreso en prisión del demandado, pero ello tampoco es determinante del momento en que se entiende disuelta la sociedad ganancial por cese de convivencia, ya que la situación no obedeció a la libre voluntad de las partes, sino que se produjo por una circunstancia externa y ajena a ambos, cual es el ingreso en prisión del demandado. Así pues, no podemos presumir que desde ese momento cesase la vinculación y la*

Sin embargo, alguna resolución se aparta de esa corriente dominante. En la SAP de Cádiz de 22 de noviembre de 2018, la entrada en prisión del marido determina el momento de la aplicación de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales. No obstante, creemos relevante apuntar que, en el caso que resuelve la sentencia, el cumplimiento de la pena fue consecuencia de varias condenas de violencia contra la mujer y amenazas, siendo la última de ellas la que la esposa entendió definitiva, al no consentir que el acusado regresara al hogar[792]. Muy probablemente, en ese contexto factual el tribunal entendió perfectamente coetáneos ese ingreso en el centro penitenciario con el instante en que inició la separación física de los esposos, unida a la determinación de la esposa de no reemprender una vida común con el reo.

4.6.- La realización de actos procesales y el pronunciamiento de resoluciones judiciales diferentes a la sentencia de separación o divorcio

Los cónyuges que no desean seguir su vida en común -por una decisión meditada y compartida, por la dificultad de su convivencia, por la frustración de su proyecto común, por la incompatibilidad de sus caracteres, porque se han producido entre ellos situaciones tan graves como la violencia, o por cualquier otro motivo- recurren a los tribunales para solucionar su crisis. El ejercicio de las acciones dirigidas a obtener pronunciamientos judiciales que reglamentarán los términos de la separación definitiva de la pareja es altamente expresivo de una voluntad de no querer seguir con la relación matrimonial. Resulta difícil concebir que un cónyuge que acude a la justicia para recabar el amparo de un tribunal contra el otro, iniciando un proceso de separación o divorcio, una solicitud de medidas provisionales o provisionalísimas, no tenga la voluntad de poner fin al matrimonio. La mayor demostración de pérdida de la *affectio*

---

comunicación, a los efectos de la toma de decisiones que afectaban a bienes gananciales, por el solo hecho de que él hubiese ingresado en prisión. Realmente, la demanda de divorcio no se interpone hasta (…) más de siete meses después, siendo éste el único acto externo que permite concluir de manera clara y definitiva que ya existe una ruptura de vínculos entre ambas partes". También, la SAP de Madrid de 4 de julio de 2017. Según ésta, "*en modo alguno la fecha de ingreso en prisión del demandado (…) se puede considerar como la del cese de la convivencia de modo libre, y no se necesitan de mayores argumentos para afirmar que en modo alguno se ha consensuado el cese de la convivencia, en razón de la ineludible obligación del demandado de cumplir con la sanción penal impuesta (…) y, por ende, el cese unilateral, e impuesto, de la convivencia con la demandante, lo cual no responde al criterio doctrinal y jurisprudencial (…) en relación al cese efectivo de la convivencia, de modo libre (…)*".

[792] Según consta en la sentencia: "*Consta por los autos que es a partir del 28 de diciembre de 2006 que entra en prisión (…), que existe una ruptura definitiva y total del vinculo consorcial por lo que ha de ser dicha fecha y no la de la sentencia de divorcio de 6 de noviembre de 2008 la que debamos de tener en cuenta como fecha de disolución de la sociedad de gananciales. Podría haberse considerado otra anterior más como se establece en la declaración de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal (…), pese a la condena de (…)por un delito de violencia domestica habitual y otro de amenazas con una pena de 8 y seis meses de prisión, respectivamente, y la imposición de dos penas de prohibición de aproximarse a su esposa durante un año y cuatro meses, a pesar de ello, (…) en el mes de octubre de 2006 consintió que el acusado volviera al domicilio familiar, (…), por lo que ha de entenderse que aún pervivía, renovada, hasta el segundo episodio de 28 de diciembre de 2006 la voluntad de continuar la sociedad consorcial. Siendo que con el ingreso en prisión el 28 de diciembre de 2006 como quebró definitivamente la convivencia y el consorcio económico matrimonial*".

maritalis quizás se encuentre en el ejercicio de esas acciones. En circunstancias normales, eso mismo podría afirmarse sobre la esposa que recurre al Juzgado de Violencia contra Mujer para pedir una orden de protección.

Surge con ello la pregunta de cómo inciden en la sociedad de gananciales esas iniciativas procesales o las resoluciones que le dan respuesta, diferentes a la sentencia de divorcio o separación.

Durante el período que analizamos, la jurisprudencia menor se pronunció sobre esta cuestión. Vamos a referirnos a ello a continuación.

4.6.1.- El auto de medidas provisionales

El Código Civil contempla la separación de los cónyuges como una situación casi inevitable al iniciarse el procedimiento matrimonial. Consciente de las circunstancias que llevan al inicio de ese tipo de proceso, el legislador prevé que los esposos rompan el hogar familiar incluso antes de solicitar su separación judicial o divorcio.

Por una parte, el artículo 105 del Código dispone que no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y, en el plazo de treinta días, presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores, que son los artículos 102, 103 y 104[793]. El precepto, aunque puede aceptarse que tiene un papel poco significante tras la *descausalización* del régimen de separación y divorcio[794], contempla el abandono del hogar común ante la inminencia del proceso matrimonial como una decisión legítima de quien la adopta, dando lugar a una situación de separación de hecho.

En ese entorno, el artículo 104 del Código regula también la posibilidad de que cualquiera de los esposos, antes de presentar la demanda de nulidad, divorcio o separación, solicite la adopción de las medidas más urgentes requeridas por su la crisis matrimonial que se desencadena.

Junto a las anteriores, el Código prevé la adopción de otras medidas que se acuerdan cuando la demanda iniciadora del procedimiento matrimonial ya ha sido admitida a trámite. Se trata de las previstas en los artículos 102 y 103. Cabe comprobar cómo el primero de esos preceptos previene como efecto *ope legis* que, con la admisión de la demanda, los cónyuges "*podrán vivir separados*" e, incluso, que "*cesa la presunción de convivencia conyugal*". Podría decirse que, en realidad, este cese de la convivencia que presume el legislador al iniciarse el proceso matrimonial es el presupuesto que motiva la

[793] SOLETO MUÑOZ, Helena: *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tesis doctoral, Director de tesis: MORENO CATENA, Víctor, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pág. 148.

[794] CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: "Comentario al artículo 105 del Código Civil", *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2009, pág. 504.

necesidad y pertinencia del resto de medidas previstas[795]. Todas ellas se adoptan formalmente por el juzgado que conoce del procedimiento matrimonial mediante una resolución, que es el auto de medidas provisionales.

Atendiendo a todo lo anterior, existió durante el período analizado cierta práctica judicial de anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha del auto de medidas provisionales[796].

La postura mayoritaria de la jurisprudencia menor fue, sin embargo, contraria al anterior criterio[797]. Básicamente, la tesis negativa se fundamentó en que el auto de medidas no podía equipararse con la voluntad seria e inequívoca de una separación de hecho plena, tanto en la faceta personal como en la económica. Las sentencias que siguieron ese criterio entendieron patente que dicho auto:

1ª) No era producto de la libre voluntad de ambos cónyuges.

2º) Tenía carácter provisional.

[795] Atendiendo por su orden a las que constan en el artículo 103 del Código Civil: la patria potestad y la guarda y custodia deben reordenarse ante la ruptura de la pareja que las ha asumido conjuntamente hasta ese momento; la vivienda familiar y sus pertenencias y enseres básicos deben reasignarse, ante el abandono del hogar familiar por uno de los cónyuges; la separación de las cuentas de los esposos que cesan la vida en común obliga a reglamentar el reparto de las cargas familiares; la administración de los bienes gananciales o comunes -incluso los privativos afectos al levantamiento de las cargas familiares-, las reglas para su disposición y para las rendiciones de cuenta deben readaptarse para ser cumplidas por los socios que ya no forman una misma unidad.

[796] *Vid* REYES GALLUR, Juan José: *Separación de hecho y disolución de la sociedad de gananciales*. 12 de junio de 2019. Disponible en https://icamalaga1.rssing.com/chan-26661747/latest-article23.php (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2024). Puede verse en este sentido la SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2007. También, la SAP de Pontevedra de 1 de abril de 2004, que aplica ese criterio, aunque subrayando una más que probable separación de hecho efectiva entre los cónyuges ya anterior al auto de medidas, que la hace definitiva: "*Pretende la parte apelante, aduciendo que el régimen económico del matrimonio se disuelve con la sentencia de separación y no con el auto de medidas provisionales (…), que se considere que, tras el mencionado auto, tanto los saldos de las cuentas del esposo como el préstamo concertado por la aquí recurrente para la adquisición de un vehículo son gananciales, con la consecuencia de incluir esas dos partidas (…) en el inventario. Pues bien (…) el auto de medidas implica, además de la separación provisional de los cónyuges, una suspensión de la sociedad de gananciales; (…) el préstamo para la adquisición del vehículo fue solicitado y contratado por la propia apelante con posterioridad al precitado auto (reconociendo, a mayores, ser ella la que utiliza dicho vehículo y abona el préstamo); (…) la propia compra del turismo por la Sra. (…) revela una real independencia económica respecto de su esposo que resulta indiciaria de una efectiva ruptura de la convivencia matrimonial muy anterior al inicio de los trámites de separación de los cónyuges (…), lo que lleva a considerar que la desvinculación económica de los cónyuges se produjo definitivamente con la resolución de medidas provisionales, no podemos sino confirmar en este punto la sentencia impugnada al entenderla ajustada a derecho*"; o la SAP de Madrid de 8 de junio de 2004.

[797] Entre otras, la SAP de Asturias de 29 de abril de 2002; la SAP de Jaén de 11 de julio de 2002; la SAP de Madrid de 10 de junio de 2003; la SAP de Guadalajara de 28 de abril de 2004; la SAP de Castellón de la Plana de 14 de septiembre de 2004; el AAP de Salamanca de 15 de julio de 2005; la SAP de Almería de 5 de mayo de 2006; la SAP de Granada de 16 de septiembre de 2011; la SAP de Gipuzkoade 11 de octubre de 2011; o la SAP de Granada de 1 de junio de 2012.

3º) La voluntad legislativa, a pesar de su pronunciamiento, se entendía que era favorable a la permanencia y continuidad de la sociedad de gananciales, al prever el artículo 103 un pronunciamiento sobre las medidas necesarias para la "*contribución a las cargas del matrimonio*" y la "*administración y disposición de los bienes gananciales*", lo cual evidenciaba su subsistencia hasta la disolución de pleno derecho por la sentencia de divorcio o separación.

Este último criterio fue finalmente ratificado por el Tribunal Supremo[798]. Como veremos más adelante, el giro doctrinal hacia su actual jurisprudencia, que restringe la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, se inicia precisamente con una sentencia en la que se incide en que el auto de medidas no puede determinar el inicio de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales.

4.6.2- La presentación de la demanda de divorcio o separación

La presentación de la demanda de divorcio o separación es, sin duda, un acto necesariamente inspirado por la pérdida de la *affectio maritalis*, que se realiza con la inequívoca finalidad de cesar el matrimonio. De suyo, la estimación de la demanda comporta, desde el orden legal y por imperativo de los artículos 95 y 1392 del Código Civil, la disolución necesaria de la sociedad de gananciales.

Algunas resoluciones pronunciadas durante el período que analizamos concedieron a la mera presentación de la demanda de divorcio la eficacia de anticipar los efectos de la disolución del consorcio.

Así, la SAP de Lugo de 23 de noviembre de 2017 entendió procedente "*retrotraer (…) la disolución ganancial a (…) la (…) fecha en que se interpuso la demanda de divorcio (…) que (…) pone de manifiesto, ya sin atisbo de duda posible, un cese de la convivencia excluyente del fundamento de la comunidad ganancial, con trascendencia disolutoria al obedecer a una realidad fáctica seria, prolongada y demostrada por los actos simultáneos de formalización judicial (…)*".

Algunas resoluciones han ofrecido una elaborada argumentación para sostener la pertinencia de esta solución, como consecuencia de la reforma que trajo la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. En este sentido, resultan de interés los fundamentos de la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2006[799]. Esta resolución, aunque en el caso confirma que la fecha a considerar para la disolución de la sociedad ganancial es la de la sentencia firme de separación, incide en que esa decisión habría sido distinta en caso de haberse tramitado el litigio bajo las normas de la nueva ley procesal civil.

Lo que exponía esta sentencia era que, en los supuestos en que los cónyuges mantenían, con anterioridad a la sentencia de divorcio o separación, una situación de

[798] STS de 27 de febrero de 2007.

[799] Puede leerse también en las SSAP de Madrid de 8 de junio de 2004, 21 de enero de 2005 y 4 de noviembre de 2005. Asimismo, la SAP de Lugo de 23 de noviembre de 2017.

separación de hecho libremente consentida, la jurisprudencia retrotraía la efectividad de la disolución societaria al momento del cese de la convivencia. Más allá de eso, la sentencia explicaba que, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la extinción del régimen matrimonial coincidía con la firmeza de la sentencia dictada en la *litis* matrimonial y que, si ésta era recurrida, ninguno de sus pronunciamientos alcanzaba dicho efecto jurídico hasta el agotamiento de los posibles recursos. La Ley 1/2000 había venido a modificar ese régimen, aunque de modo poco sistemático. El discurso jurídico de esta sentencia puede resumirse en las tres siguientes ideas:

1º) El artículo 774.5 permite la firmeza del pronunciamiento que decreta la nulidad, separación o divorcio, si solo se recurren las demás medidas. La sociedad económica está indisolublemente unida a la vigencia del matrimonio y no puede pervivir una vez que el vínculo conyugal queda definitivamente afectado por tal pronunciamiento principal.

2º) Por otra parte, en la regulación del procedimiento liquidatorio del régimen económico, el artículo 808 permite que el inventario pueda solicitarse y realizarse una vez sea admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio. El inventario ha de comprender el activo y pasivo existente en ese momento aún incipiente del proceso –entiende la sentencia- sin poderse incrementar, o disminuir, con bienes o deudas generados con posterioridad. Así, el legislador ha acabado por retrotraer la efectividad de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial, por más que su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad.

3º) El nuevo sistema conlleva una modificación tácita de los artículos 95 y 1392 del Código. Supone una consagración de la doctrina que venía considerando que la sociedad económico-matrimonial debía, al menos, quedar en suspenso desde el momento en que se planteaba la *litis* matrimonial.

Como veremos, la jurisprudencia actual no ha avalado esta interpretación y, en lógica consecuencia, la jurisprudencia menor ha adaptado su criterio a la línea fijada por el Tribunal Supremo[800].

4.6.3.- La orden de protección

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, contempla en el punto primero de su exposición de motivos:

"La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos.

[800] Pueden verse, por ejemplo, la SAP de Jaén de 13 de mayo de 2021 y la SAP de Madrid de 30 de junio de 2021.

La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía.

Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad".

De acuerdo con ello, el punto segundo del preámbulo añade lo siguiente:

"La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador".

Así, la orden de protección constituye una resolución judicial que dispone a favor de la víctima de violencia un elenco de medidas de distinta naturaleza, tanto en el ámbito penal como en el civil.

Entre las medidas de naturaleza penal, el Juez puede adoptar todas las prevenidas en el artículo 544 ter 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como las contempladas en los artículos 64 y 67 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Destacan la prisión provisional, la prohibición al agresor de residir en determinado lugar, de acudir a determinados lugares, o de aproximarse o comunicarse, entre otras personas, con la víctima, así como la expulsión del agresor del domicilio familiar y la retirada de armas u otros objetos peligrosos.

Entre las medidas de orden civil, sin perjuicio de las contenidas en el artículo 158 del Código, se pueden adoptar por el Juez las contempladas en el artículo 544 ter 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Conforme dispone este precepto, estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o

guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Con carácter muy generalizado, las Audiencias Provinciales entendieron que la mera existencia de una orden de protección implicaba un impacto en la convivencia del matrimonio, susceptible provocar la disolución de la sociedad de gananciales.

La SAP de Pontevedra de 24 de junio de 2009 explica que "*si el fundamento de la sociedad de gananciales radica en la convivencia mantenida entre los cónyuges, (…) con la orden de protección (…) ha tenido lugar de hecho la ruptura de dicha convivencia por mor, precisamente, de la obligación del entonces esposo de abandonar la vivienda familiar, (…) Cierto es que la jurisprudencia (…) viene refiriéndose a supuestos de libre separación de hecho prolongada en el tiempo, pero estimamos que ello no es óbice para un supuesto como el presente, en el que tampoco nos encontramos ante una libre separación de hecho al uso, consentida por los cónyuges, sino ante una ruptura de la convivencia impuesta judicialmente con el dictado de la orden de protección y la adopción de las consiguientes medidas, tanto penales como civiles, la cual, reiteramos, devino irreversible y definitiva, tanto en la esfera personal como patrimonial, al incoarse -por instancia de la esposa- el procedimiento de divorcio y resolverse de modo definitivo y firme la disolución del vínculo matrimonial*". En ese mismo sentido, la SAP de Madrid de 9 de febrero de 2010, considera que "*no se ofrece razón lógica alguna para mantener la subsistencia de todos los efectos de dicho régimen cuando el cese convivencial obedece a una resolución judicial, como sucede (…) al dictarse(…) auto acordando una Orden de Protección (…) con prohibición a su esposo de acercarse a la misma a una distancia inferior a los 500 metros, máxime cuando (…) no se ha reanudado posteriormente la convivencia de los esposos".* Como señalamos, numerosas resoluciones se alinearon durante el período examinado en esa misma tesis[801], algunas de ellas anticipando incluso el efecto a la fecha de la solicitud[802].

Otras resoluciones se pronunciaron en sentido contrario, negando por tanto que la orden de protección con medida de alejamiento implicara una anticipación de efectos a la disolución de la sociedad ganancial formalmente declarada con posterioridad[803].

[801] SAP de Sevilla de 4 de febrero de 2013; SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2014; SAP de Gipuzkoa de 4 de junio de 2015; SAP de Madrid de 13 de mayo de 2016; SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2016; o SAP de Córdoba de 13 de diciembre de 2016.

[802] SAP de Huesca de 30 de abril de 2019.

[803] SAP de Ciudad Real de 15 de mayo de 2008; SAP de Cáceres de 12 de septiembre de 2013; SAP de Ciudad Real de 26 de septiembre de 2013; SAP de Toledo de 20 de septiembre de 2016; o SAP de Lugo de 23 de noviembre de 2017.

La STS de 2 de marzo de 2020 se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión y niega que la orden de protección excluya, *per se*, la ganancialidad de las rentas obtenidas por los cónyuges con su trabajo. La tesis que mantiene esta resolución ya se reconoce por la Sala como tendencia actual de interpretación, según resulta del posterior auto del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2021. Este último inadmite un recurso de casación en cuyo motivo primero "*se justifica el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales cuando se ha dictado una orden de protección". El* Tribunal Supremo considera inexistente dicha contradicción, pues *"ha sido superada por la STS 136/2020, de 2 de marzo".*

Las resoluciones de la jurisprudencia menor más recientes ya aplican la nueva doctrina del Tribunal Supremo. En consecuencia, niegan generalmente la antelación de efectos disolutorios de la sociedad de gananciales a la orden de protección[804].

IV.- LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL PERÍODO ACTUAL

Desde la pionera STS de 13 de junio de 1986, los tribunales españoles han aplicado en sus resoluciones la doctrina de la limitación funcional de manera muy habitual y extendida. Hemos podido comprobar cómo, a lo largo del período hasta aquí analizado, la construcción jurídica de esa tesis ha sido interpretada de distintas maneras. En numerosas ocasiones, los tribunales recurrieron a ese remedio para entender concluida la sociedad de gananciales en situaciones de separación de hecho ordinarias, mientras en otras se reservó para supuestos más específicos. En este último sentido, la jurisprudencia más restrictiva limitó el ámbito de la doctrina de la limitación funcional a rupturas de la convivencia conyugal en las que se podía constatar, sobre todo, y de manera muy definida: el consenso en la ruptura; su voluntariedad; su carácter definitivo; su duración considerable en el tiempo antes de la fecha de la disolución formal de la sociedad de gananciales; o su carácter absoluto, en el sentido de implicar el fin de relaciones económicas entre esposos.

Según hemos podido ver, esas diferentes corrientes interpretativas de la jurisprudencia llevaron a los tribunales a discutir, no sólo sobre su posible aplicación a cada concreta situación de separación de hecho, atendiendo a sus propias circunstancias, sino a su eventual proyección sobre ámbitos conflictuales recurrentes y concretos, como eran, por ejemplo, las separaciones fácticas derivadas de la presentación de la demanda de separación o divorcio, del pronunciamiento del auto de medidas provisionales o de la orden de protección.

Ese es el contexto que, en líneas generales, enfrentaba la jurisprudencia en 2019. Aquel año, el Tribunal Supremo dictó resoluciones relevantes que han contribuido de manera decisiva a la orientación de su actual doctrina.

[804] SAP de Córdoba de 21 de julio de 2020; SAP de Granada de 31 de julio de 2020; o SAP de Albacete de 18 de mayo de 2021.

1.- LAS SSTS DE 28 DE MAYO Y 27 DE SEPTIEMBRE DE 2019: EL ORIGEN DEL NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL

1.1.- Asuntos debatidos en los procedimientos que resuelven las sentencias

Dos sentencias de 2019 marcan la nueva línea jurisprudencial de interpretación de la doctrina de la limitación funcional que llega hasta nuestros días. La primera resolución a la que hacemos referencia es la STS de 28 de mayo de 2019. La segunda es la STS de 27 de septiembre de 2019.

Ambas resoluciones entran a conocer sobre dos asuntos que, en realidad, no presentan aspectos fácticos especialmente novedosos; de hecho, se pronuncian sobre cuestiones que ya habían llegado en términos muy similares al propio Tribunal Supremo.

La STS de 28 de mayo de 2019 vuelve a pronunciarse sobre la posible anticipación de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al auto de medidas provisionales[805]. El objeto del procedimiento de origen era una formación y aprobación de inventario para la liquidación del régimen económico de gananciales, que había sido precedido del pronunciamiento de una sentencia de divorcio. Las partes discrepaban sobre el momento en el que debía entenderse producida la extinción de la sociedad. El marido proponía la fecha en la que había abandonado definitivamente el domicilio familiar, pocos días después de presentar la demanda de divorcio. La esposa pretendía los efectos de la disolución en la fecha de la firmeza de la sentencia firme de divorcio. Juzgado y Audiencia Provincial resolvieron el conflicto fijando como fecha la del auto de medidas provisionales, al entender que esta resolución implicaba *"el cese de la relación de convivencia conyugal, lo que excluye el fundamento de la comunidad ganancial, que es la convivencia efectiva; y la razón de ser de aquella, aunque la sociedad de gananciales formalmente se disuelve con la sentencia de divorcio"*. La esposa interpuso recurso de casación, denunciando la infracción de los artículos 95 y 1392 del Código[806]. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

Quizás podría haber bastado a la Sala remitirse a los fundamentos de la STS de 27 de febrero de 2007 para justificar la casación. Sin embargo, la sentencia presenta una argumentación extensa y ordenada que, por su posterior relevancia, entendemos necesario reproducir *ad literam*:

"*A) Conforme al art. 1392.1.° CC , "la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio" y, conforme al art. 95 CC , "la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen*

[805] La STS de 27 de febrero de 2007 ya se había pronunciado, negando su procedencia, sobre la posible retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento del dictado del auto de medidas provisionales.

[806] Aunque el recurso cita erróneamente –sin consecuencias- el artículo 1346 como norma vulnerada al encabezar el motivo.

económico matrimonial" (en la redacción literal vigente hasta la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio).

De manera coherente con la idea de que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta que se extingue por sentencia firme, el art. 103.4.ª CC (y art. 773 LEC) contempla la posibilidad de que una vez admitida la demanda el juez adopte medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos "los que adquieran en lo sucesivo", lo que presupone que el régimen no se ha extinguido.

Resulta especialmente relevante que la ley, que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados (art. 102 CC), no establezca como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. La ley tampoco prevé la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada.

El que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC) solo supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar, pues se dirige a determinar y asegurar el caudal partible, como muestra que al final del inventario (que en todo caso debe hacerse conforme a la legislación civil, según reclamen los arts. 806, 807, 808.2, 809.1 LEC), el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809 LEC). Con ello hay que admitir que si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales.

B) La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (arts. 1393.3 .º y 1394 CC).

C) La jurisprudencia de esta sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3. º, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC).

D) Nada de esto sucede en el caso.

Como dijo la sentencia 179/2007[807]*, de 27 de febrero, para rechazar la pretensión del recurrente de que se considerara extinguida la sociedad de gananciales desde el auto de medidas: "La fecha de la liquidación del régimen en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según lo establecido en el artículo 95 CC y por tanto esta Sala debe estar de acuerdo con la Sala sentenciadora que así lo determinó. Sin embargo, el recurrente opone dos argumentos a esta sentencia: "1.º El primer argumento se funda en que el auto de medidas provisionales extinguió el régimen, en virtud de lo establecido en los artículos 103 y 104 CC y estas afirmaciones no pueden ser admitidas por esta Sala. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación: 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda de separación, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 CC que "el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores". Entre estas, el artículo 103.4 CC permite al Juez "señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo". Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más.*

"2.º La jurisprudencia contenida en las sentencias que el recurrente considera infringidas, es decir las de 17 junio 1988, 23 diciembre 1992 y 27 enero 1998, a las que debe añadirse la de 11 octubre 1999, está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales. Pero también en este caso, la extinción debe ser declarada por el Juez (artículo 1393,3º CC) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida.

"En el presente litigio no ha ocurrido ninguno de los supuestos previstos por la ley para que deba tenerse como fecha de la extinción del régimen un momento distinto del establecido en el artículo 95.1 CC, es decir, no ha existido una separación libremente consentida por los cónyuges, porque se ha iniciado el procedimiento contencioso, cuyas consecuencias sobre la liquidación del régimen ahora se ventilan, y tampoco se ha

[807] La referencia correcta es 1179/2007.

determinado cuál ha sido el contenido del auto de medidas provisionales que a tenor de lo dispuesto en el artículo 103.4º CC, no estableció esta cesación, ya que fue la sentencia de separación de 16 de junio de 1997 la que determinó la extinción del régimen matrimonial y se remitió a la ejecución de la sentencia para la liquidación".

E) Es decir, que la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge, matizando el tenor del art. 1393.3.º CC, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 CC) ni con el dictado de las consiguientes medidas provisionales (arts. 103 CC y 773 LEC).

La duración del proceso judicial desde que se admite la demanda o se dictan las medidas provisionales hasta que se dicta la sentencia es ajena a la voluntad de las partes. Esa dilación no puede ser la razón por la que se amplíe la doctrina jurisprudencial sobre la separación de hecho, basada en el rechazo del ejercicio de un derecho contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho.

Por todo lo anterior, esta sala considera que la sentencia recurrida debe ser casada en el sentido de modificar su pronunciamiento referido a la fecha en que se produjo la disolución de gananciales y, a los efectos de proceder a su liquidación, fijar como momento en el que concluyó la sociedad de gananciales de los litigantes el de la fecha en que se decretó el divorcio por sentencia firme, de conformidad con lo previsto en los arts. 95 y 1392 CC y art. 774.5. º LEC".

Como puede comprobarse, la STS de 28 de mayo de 2019 no presenta sus fundamentos como un cambio de orientación jurisprudencial. De hecho, la casación se concede por infringirse los artículos 95 y 1392, en su interpretación conforme a la doctrina de la Sala, que se entiende que el tribunal *a quo* ha desconocido al anticipar la disolución de la sociedad ganancial a un momento anterior a la sentencia de divorcio. Sin embargo, esta conclusión no es correcta, atendiendo a lo que resolvería poco después la STS de 27 de septiembre de 2019.

Los antecedentes relevantes para el análisis de la STS de 27 de septiembre de 2019 son simples. La esposa había presentado demanda de divorcio solicitando, entre otros extremos, que se declarara como fecha de extinción de la sociedad de gananciales la de su abandono del hogar familiar. El Juzgado estimó su solicitud. La Audiencia Provincial revocó ese pronunciamiento y resolvió, según lo interesado por el marido, que la disolución de la sociedad de gananciales debía entenderse producida desde la fecha de la sentencia de divorcio. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la esposa. Como puede comprobarse, los antecedentes del asunto no integran ningún elemento excepcional o novedoso para el Tribunal Supremo en las causas resueltas anteriormente sobre la materia.

Volviendo sobre el recurso de casación que resuelve la sentencia, la recurrente consideraba que "*la doctrina de la sala ha interpretado de modo muy flexible tales*

causas (las de disolución de la sociedad ganancial) *declarando que la extinción se produce por el cese de la convivencia*".

La resolución hace directa referencia a la STS de 28 de mayo de 2019, de la que se trae síntesis de sus argumentos.

La sentencia rechaza que el supuesto de autos pueda identificarse con los de las sentencias en que se fundamentaba el interés casacional del recurso[808] y precisa que "*el abandono del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando la demanda de divorcio el 18 de octubre siguiente*, sin que se haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencias de la buena fe, como requiere la doctrina de la sala recientemente manifestada en la sentencia núm. 297/2019[809]".

En base a estos razonamientos el Tribunal Supremo considera que, en el supuesto de estudiado, no procede anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a ningún momento previo a la sentencia de divorcio.

1.2.- La fijación de una nueva norma jurisprudencial

Según hemos podido ver, los asuntos que resuelven las STS de 28 de mayo de 2019 y la STS de 27 de septiembre de 2019 no presentan circunstancias fácticas o controversias jurídicas excepcionales que pudieran justificar una reflexión innovadora en la jurisprudencia ya ampliamente aplicada sobre la cuestión sometida al escrutinio de la Sala. Podemos añadir que ninguno de los recursos de casación que dan lugar a las referidas sentencias planteó la necesidad de una reorientación doctrinal para obtener la casación, o para adecuar la tesis del Tribunal Supremo a emergentes exigencias de la sociedad civil[810]. La aplicación de las mismas reglas ya reiteradas en las resoluciones que siguieron a la sentencia de STS de 13 de junio de 1986 podría haber dado respuesta a los recursos de casación en un sentido idéntico. De hecho, eso es lo que también se afirma en las STS de 28 de mayo de 2019 y 27 de septiembre de 2019; la primera estima el recurso por haberse contravenido la jurisprudencia –anterior- del Tribunal Supremo y la segunda lo desestima por entender que la Sala *a quo* sí se había atenido a la misma.

Ello no obstante, la STS de 27 de septiembre de 2019 contiene un inciso trascendental, llamativo y singular. La sentencia no condena a la recurrente al pago de las costas de la casación a pesar de su íntegra desestimación y esto lo justifica indicando

[808] STS de 23 febrero de 2007 y STS de 21 febrero de 2008.

[809] El énfasis es nuestro.

[810] Como advierte BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: "Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2009", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil,* Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Volumen 3, 2009, págs. 843, "*los cambios de criterio jurisprudencial que obedecen a la evolución de la sociedad no sólo están justificados en sí mismos, sino exigidos por el artículo 3-1 C.C*".

que "*el recurso de casación se desestima con fundamento en una doctrina jurisprudencial* posterior –destacamos nosotros el término- *a la fecha de formulación del recurso*".

El anterior inciso recomienda realizar una apreciación. La sentencia recurrida en casación fue la SAP de Bizkaia de 20 de julio de 2018. El recurso de casación contra ella se interpuso, obviamente, después de esa fecha. De este modo, la STS de 27 de septiembre de 2019 no solo afirma, sino que trata de fijar con claridad, que la STS de 28 de mayo de 2019 conforma –junto a ella misma- una nueva jurisprudencia sobre la doctrina de la limitación funcional[811].

Aparte de esa manifestación expresa –por sí solo concluyente- de la 27 de septiembre de 2019, la decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo de establecer una nueva jurisprudencia se ha hecho visible en los fundamentos de sus posteriores sentencias[812], que han dejado de referirse prácticamente a las resoluciones sobre la materia anteriores a la STS de 28 de mayo de 2019[813], y sólo reproducen la construcción doctrinal que se elabora en ésta y en las que la han sucedido, aun con alguna formulación –como veremos después- ya ensayada durante el período anterior.

1.3.- Tesis que elaboran las sentencias. El cambio de orientación jurisprudencial

La construcción jurídica de la STS de 28 de mayo de 2019 incorpora, en realidad, argumentos en su mayoría ya contemplados en la jurisprudencia anterior[814]. Quizás sea destacable la integración que hace de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en concreto, a sus artículos 773 y 806 y siguientes), principalmente con el objeto de subrayar que la posibilidad de pedir la formación del inventario de la sociedad de gananciales desde la mera presentación de la demanda de separación o divorcio es una medida de tipo cautelar, que no contradice lo propugnado por los artículos 95 y 1392 del Código Civil ni impide, además, que se incorporen nuevas partidas al mismo hasta que tenga lugar la disolución efectiva del consorcio[815].

---

[811] Además, la sentencia que comentamos afirma, así, afectar con su nueva doctrina a una situación jurídica nacida con anterioridad al cambio de criterio, lo que entraña una aplicación retroactiva de la norma jurisprudencial, según explica BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: "Eficacia retroactiva…, cit., pág. 848-849. Como subraya el autor citado, "*el Tribunal Constitucional ha mantenido la constitucionalidad de este mínimo efecto retroactivo*".

[812] SSTS de 2 de marzo de 2020, 5 de abril de 2022, 6 de junio de 2022, 29 de mayo de 2023, 3 de julio de 2024 o 7 de noviembre de 2024.

[813] La excepción la constituye la STS de 6 de mayo de 2015 que, como hemos podido comprobar, se integra en el nuevo *corpus* jurisprudencial simplemente en cuanto advierte que la doctrina de la limitación funcional no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso.

[814] Ver, por ejemplo, la STS de 27 de febrero de 2007.

[815] Probablemente, con esa parte del discurso el Tribunal Supremo sale al paso de la línea interpretativa que venía imponiéndose en alguna Audiencia Provincial, en sentido contrario. Había sido incisiva en ese planteamiento la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), según hemos explicado ya.

Con todo, esa ordenación del discurso jurídico del que forman parte, principalmente, los artículos 95, 102, 103.4, 1392, 1393 y 1394 del Código Civil, y los ya citados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no justifica por sí sola un cambio de orientación jurisprudencial.

Con la referencia a la STS de 6 de mayo de 2015, en cuanto advierte que la limitación de efectos de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso, se está realizando un énfasis claro en su carácter excepcional frente a la norma general que fijan los artículos 95 y 1392 del Código. En cierto modo, esto no era algo extraño a la jurisprudencia anterior. En nuestra opinión, lo que realmente caracteriza y diferencia la construcción jurídica actual es que "*sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe".* La norma jurisprudencial presenta una propuesta que puede entenderse innovadora, según la cual, la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido puede ser, por sí misma, abusiva o legítima. Dicho de otro modo, la jurisprudencia ahora declara como potencialmente legítimo reclamar derechos sobre bienes a cuya adquisición no se ha contribuido. Esto se considera ajustado a las normas generales. Lo que debe verificar el juzgador es la eventual abusividad de la reclamación de la participación en ese beneficio obtenido sin contribución de quien lo solicita; y esto es lo que deberá escudriñarse, caso por caso, obviamente teniendo en cuenta otras circunstancias ajenas y adicionales a la propia falta de colaboración de quien solicita su derecho como partícipe.

2.- CUESTIONES PROCESALES

2.1.- Procedimientos en los que se plantea la cuestión

En los asuntos que han llegado hasta el Tribunal Supremo por la vía de los recursos extraordinarios durante el período que analizamos, la controversia sobre la posible anticipación de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento de la separación de hecho entre los cónyuges se concentra en el ámbito del procedimiento matrimonial.

Principalmente, los cónyuges reservan la discusión sobre el carácter privativo o común de sus activos tras el cese de su convivencia en el ámbito del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, en particular en la formación del inventario[816]. En alguna ocasión, ese procedimiento se entiende entre causahabientes, al haber fallecido los esposos sin liquidar la sociedad[817].

[816] SSTS de 28 de mayo de 2019, 2 de marzo de 2020, 5 de abril de 2022, 6 de junio de 2022, 29 de mayo de 2023 y 7 de noviembre de 2024.

[817] STS de 3 de julio de 2024.

Con carácter más excepcional, concurre un único supuesto en el que un cónyuge acumuló a su demanda de divorcio una pretensión declarativa para que reconociera una fecha de disolución de la sociedad de gananciales anterior a la de la sentencia que extinguiría su matrimonio[818].

2.2.- Procedimiento adecuado para plantear la cuestión

La sentencia que concluye el procedimiento matrimonial produce la disolución de la sociedad de gananciales. Desde ese momento la sociedad de gananciales se extingue, dando lugar a la comunidad postganancial y, cuando lo insten los interesados, a la liquidación de la masa común.

Precisamente, la liquidación de la sociedad de gananciales que se extingue como consecuencia del procedimiento matrimonial se lleva a cabo mediante otro procedimiento distinto, en el que se distinguen dos fases –aunque se trata, en puridad, de dos procedimientos diferentes-: la formación del inventario y la propia liquidación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite a los cónyuges solicitar la formación del inventario desde el mero comienzo del procedimiento matrimonial, esto es, antes de disponer de la sentencia que extingue la sociedad ganancial[819]. El cónyuge que decida instar dicho derecho deberá adjuntar una propuesta de inventario a su solicitud[820]. Cuando concluya la operación de inventario –que obviamente es contradictoria[821]- y ya se disponga de la sentencia que haya extinguido la sociedad ganancial, cualquiera de los cónyuges podrá iniciar el nuevo procedimiento en el que deberán abordarse las operaciones propias de la liquidación.

Ante la decisión normativa de tratar en dos procedimientos diferentes la disolución de la sociedad de gananciales y la formación de su inventario, surge la duda sobre cuál de ellos es el adecuado para plantear la existencia de hechos y causas que podrían justificar excluir de la sociedad de gananciales bienes adquiridos por los cónyuges antes de su disolución, como consecuencia de su separación de hecho.

La cuestión ha llegado a plantearse mediante un recurso extraordinario por infracción procesal durante el período que analizamos. Lo aborda la STS de 6 de junio de 2022. A nuestro juicio, la duda no ha sido clarificada.

La sentencia se dictó en un procedimiento sobre formación de inventario, que había sido precedido de un juicio de divorcio, cuya sentencia había dispuesto la disolución de la sociedad de gananciales. La Sala *a quo*[822] había entendido probado que, el 1 de

[818] STS de 29 de septiembre de 2019.

[819] Artículo 808.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[820] Artículo 808.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[821] Artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[822] SAP de Madrid de 3 de septiembre de 2018.

septiembre de 2013, la esposa había pasado a residir en un piso alquilado, rompiendo definitivamente la convivencia matrimonial. La sentencia de apelación concluía, por ello, que la disolución del régimen económico producida por la firmeza de la sentencia de divorcio debía matizarse, de tal manera que debían incluirse en el activo de la sociedad los saldos de las cuentas y depósitos a fecha de 1 de septiembre de 2013.

Contra ese pronunciamiento, la esposa planteó diversos motivos de recurso por infracción procesal en los que –en lo aquí relevante- denunciaba infringido su derecho a la tutela judicial efectiva; el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales; el principio de congruencia; y el principio de cosa juzgada material. En todas las denuncias se planteaba en realidad una misma cuestión, que era la inamovilidad de la fecha de la sentencia de divorcio como momento en que debía considerarse disuelta la sociedad de gananciales.

Asimismo, la esposa planteaba un motivo de casación en el que denunciaba la infracción de los artículos 95, 1392, 1393.3º y 1394 del Código. La recurrente argumentaba que la disolución del régimen económico se produjo con la firmeza de la sentencia de divorcio, al no darse en el supuesto una separación larga y prolongada que permitiera retrotraer los efectos de la disolución del régimen económico.

Los términos en que venía planteado el recurso habrían permitido al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la cuestión que analizamos. Sin embargo, la Sala no lo hizo expresamente así.

La sentencia desestimó todos los motivos del recurso por infracción procesal. Se afirma que el procedimiento de divorcio no había tenido por objeto ninguna petición de disolución judicial de la sociedad de gananciales por alguna causa legal[823] y que, por tanto, la sentencia de divorcio simplemente la había declarado, "*con arreglo a los artículos 95 y 1392 del Código Civil*". Sentado lo anterior, la sentencia añade que es "*cuestión diferente*" que, "*a efectos de la liquidación, de acuerdo con la doctrina de la sala, pudiera entenderse que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo determinados bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, no se integran en la comunidad bienes*". A juicio de la Sala, "*esa no es una cuestión procesal denunciable en el recurso por infracción procesal, sino una cuestión jurídica material, de fondo, propia del recurso de casación, y la propia recurrente así la plantea en el motivo único de su recurso de casación*"[824].

[823] "El procedimiento anterior seguido entre las partes no tuvo por objeto petición de alguno de los cónyuges dirigida a que se decretara judicialmente la disolución judicial de la sociedad de gananciales por alguna de las causas previstas en la ley (artículos 1392 y 1394 del Código Civil), y la sentencia de divorcio lo que hizo sencillamente fue declarar, con arreglo a los artículos 95 y 1392 del Código Civil, la disolución del régimen económico matrimonial".

[824] Lo que debatían las partes era si el dinero de determinados depósitos y cuentas corrientes de los que había dispuesto la recurrente tras la separación de hecho debían incluirse en el activo de la sociedad. La Sala lo resuelve en el recurso de casación. Se estima el motivo planteado por la recurrente, afirmando que no procede retrotraer la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, pero sí reconocer un crédito a

Lo que puede deducirse cabalmente del pronunciamiento es, en nuestra opinión, que conforme a la reflexión del Tribunal Supremo:

1º) En principio, el procedimiento de formación de inventario es un cauce adecuado para plantear, en tiempo y forma, la exclusión de activos por haberse obtenido tras la separación de hecho de los esposos casados en gananciales[825]; y

2º) La regla anterior ni siquiera queda condicionada por el hecho de que ya se haya pronunciado una sentencia de divorcio (separación o nulidad)[826] que, por imperativo de la ley, habrá disuelto necesariamente la sociedad de gananciales.

Creemos que la actual jurisprudencia tiene pendiente clarificar si:

1º) El procedimiento de divorcio, separación o nulidad es adecuado para plantear, en tiempo y forma, una pretensión declarativa de la disolución de la sociedad de gananciales desde el momento de la separación de hecho[827]; y

2º) De ser lo anterior posible, ello determina que todas las cuestiones relativas a los efectos de la separación de hecho entre los cónyuges como consecuencia de su separación de hecho deban debatirse necesariamente en el mismo procedimiento, so pena de sufrir la pérdida de la oportunidad procesal por preclusión[828].

De esta relevante cuestión nos ocuparemos más adelante.

---

favor de la sociedad contra la esposa por el importe de las extracciones de líquido que hubiera realizado durante ese período y que no constaran como destinadas al levantamiento de las cargas familiares.

[825] Esta regla parece sustentarse también en la reiterada resolución de asuntos durante el período que analizamos, en los que el Tribunal Supremo se ha ocupado de conocer sentencias dictadas en procedimientos de formación de inventario, sin plantear óbices ni realizar observación crítica alguna.

[826] Puede verse además que, en el supuesto resuelto por la STS de 29 de mayo de 2023, la recurrente en casación también denunció en el procedimiento sobre formación de inventario que la sentencia de divorcio había disuelto la sociedad de gananciales sin que nadie peticionara ese pronunciamiento como consecuencia de la separación de hecho. El Tribunal Supremo hace caso omiso de esa circunstancia y confirma el criterio de la Audiencia Provincial, que fue el de anticipar los efectos de la disolución a la fecha de la separación de hecho.

[827] Nosotros entendemos que sí y parece que el Tribunal Supremo admite esta posibilidad. En la STS de 27 de septiembre de 2019, la recurrente planteó un recurso extraordinario por infracción procesal. El motivo denunciaba el error patente en que había incurrido la sentencia de apelación al afirmar que la demandante no había solicitado en su demanda la declaración de que el régimen de gananciales había quedado extinguido en fecha 23 de marzo de 2016, cuando sí lo había hecho. La sentencia da la razón a la recurrente en este extremo. Aunque desestima el motivo por resultar intrascendente -a la vista de lo que se resuelve sobre el fondo del asunto-, la Sala no realiza reproche de inadecuación, con el que también podría haber rechazado el mismo.

[828] Tiene sentido proponer que, si una de las partes plantea en el procedimiento matrimonial la cuestión de anticipar la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales a la de la previa separación de hecho entre los cónyuges, el juez deba pronunciarse sobre esa cuestión en la sentencia, que producirá efecto de cosa juzgada. De ocurrir así, el procedimiento de liquidación debería someterse a ese pronunciamiento, sin poder plantear ya las partes la exclusión de partidas en el inventario a causa de la ruptura.

3.- CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO

3.1.- Presupuestos para la aplicación de la nueva norma jurisprudencial

3.1.1.- Matrimonio casado en régimen de gananciales y separado de hecho

Durante la etapa anterior, el primer presupuesto de la norma jurisprudencial lo constituía, según nuestra explicación, el matrimonio casado en régimen de gananciales. Sus cónyuges eran los sujetos a quienes considerábamos destinada la norma jurisprudencial, que integraba su supuesto de hecho con otro elemento, que constituía su separación de hecho[829]. Ante la convergencia de ambos elementos, la jurisprudencia desplegaba una consecuencia jurídica, que era la enervación de las reglas rectoras de la sociedad ganancial.

Parece que la nueva norma jurisprudencial exige otros requisitos. Los destinatarios de la norma serían los cónyuges separados de hecho que están casados en régimen de gananciales. Un segundo elemento sería el carácter abusivo, o contrario a la buena fe, de la reclamación de derechos sobre bienes a cuya adquisición no se ha contribuido.

La norma jurisprudencial vigente a lo largo del período anterior venía a establecer que la separación de hecho entre esposos casados en gananciales excluía el fundamento de la sociedad de gananciales; por tanto, en esa situación, se enervaban efectos que le eran propios.

La regla jurisprudencial vigente en el período actual vendría a establecer que sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge casado en gananciales que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido durante su separación de hecho cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe.

Creemos que esta novedosa formulación pretende enfatizar el carácter general e imperativo de unas normas —los artículos 95 y 1392 del Código Civil— que preservan la sociedad de gananciales durante el pleito matrimonial hasta la fecha de la firmeza del pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio, sin importar en principio –y éste es el aparente punto de inflexión- que los esposos, antes y durante el proceso, se encuentren separados de hecho. Conforme queda configurada la vigente norma jurisprudencial, sólo se permitirán soluciones extraordinarias –esto es, contrarias a las normas generales- para aquellos supuestos en los que la reclamación pueda calificarse de abusiva y contraria a la buena fe.

Resulta relevante, por tanto, determinar qué debe entenderse como ejercicio abusivo del derecho, o de mala fe, en el contexto de una norma jurisprudencial que lo exige pero no lo concreta.

[829] No entraremos aquí a detallar nuevamente las particularidades que la jurisprudencia del período anterior requería a aquella situación jurídica para considerarla subsumible en el supuesto de hecho de la norma.

3.1.2.- El carácter abusivo de la reclamación

La nueva regla jurisprudencial presume *iuris tantum* que, vigente la sociedad de gananciales, el cónyuge separado de hecho no actúa abusivamente cuando reclama participar en el patrimonio generado por su consorte sin su contribución. La separación de hecho no permite anticipar *a priori* los efectos extintivos que disponen los artículos 95, 1392, 1393 y 1394 del Código Civil y, en consecuencia, no abusará quien simplemente solicite que se aplique lo que dispone la ley.

Si se acepta que la sociedad de gananciales también despliega sus normales efectos tras la ruptura de la convivencia de los esposos, entonces el abuso y la mala fe que puedan impedir su normal funcionamiento deberán colegirse de elementos accidentales diferentes al propio hecho de la separación. Las circunstancias en que se produjo la ruptura, su carácter consensuado o tolerado, su duración, los actos y omisiones realizados durante la misma por los esposos, los términos en que se ejercite la pretensión o su posible finalidad subrepticia serán, entre otros, los factores decisivos para valorar la admisibilidad de la pretensión. El ejercicio de reflexión y análisis que la nueva norma jurisprudencial obliga a realizar al jurista tiene un elevado componente casuístico, que exige analizar las concretas circunstancias de cada supuesto, pero desde la perspectiva de una norma que no veta por principio el enriquecimiento de un cónyuge sobre la ganancia obtenida por el otro sin su contribución.

Concretar qué debe entenderse por abusivo o contrario a la buena fe en la nueva formulación de la jurisprudencia no es una tarea fácil. Lo que sin duda resultará inspirador y, si es reiterado, también válido como precedente, será atender a las valoraciones que vaya realizando la propia jurisprudencia. Hasta la fecha, pueden compendiarse algunos supuestos que ofrecen una aproximación a la noción de lo que deberemos entender por abusivo o contrario a la buena fe en el ámbito de la nueva norma jurisprudencial.

3.1.2.1.- Reclamaciones no abusivas

Al reformular su jurisprudencia, el Tribunal Supremo expresó su propósito de limitar las excepciones a lo previsto por los artículos 95 y 1392 del Código Civil, que incorporan, como regla general, que la separación de hecho se disuelve con la firmeza de la sentencia que declara la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio. De hecho, la nueva norma jurisprudencial procede de dos sentencias que rechazaron entender como abusiva la reclamación de participación del cónyuge separado de hecho en los bienes obtenidos, aun sin su participación, hasta la fecha de la sentencia de divorcio. Las dos referidas sentencias fueron seguidas por una tercera que se pronunció en el mismo sentido.

Disponemos ya, por tanto, en el período que analizamos, de tres pronunciamientos que ofrecen supuestos en los que el Tribunal Supremo ha afirmado que no abusa quien solicita que se incluyan para su reparto en el inventario de la sociedad de gananciales bienes que no ha contribuido a obtener.

Dos de los supuestos analizados por la jurisprudencia del período ya habían sido resueltos en ese mismo sentido por la jurisprudencia anterior y, por tanto, se consolidan desde la nueva perspectiva. En efecto, la STS de 28 de mayo de 2019 resuelve que no abusa el cónyuge que pretende que se incluyan para su reparto en el inventario de la sociedad de gananciales los bienes que se hayan obtenido por la otra parte tras la admisión a trámite de la demanda de divorcio y tras el dictado del auto de medidas provisionales; y la STS de 2 de marzo de 2019 declara que tampoco abusa el cónyuge que pretende que se incluyan para su reparto en el inventario de la sociedad de gananciales los bienes obtenidos por la otra parte tras el dictado de un auto que acuerda la orden de protección.

Debe concluirse, por tanto, que no contraviene la buena fe quien, al plantear la liquidación de la sociedad de gananciales, lo hace sin conceder relevancia a esos actos y resoluciones procesales. Quizás su concurrencia no sea absolutamente inocua cuando vaya precedida, acompañada o seguida de otras circunstancias, pero en tal caso deberá acreditarlo quien pretenda defender el carácter abusivo de la reclamación.

Por otra parte, la STS de 27 de septiembre de 2019 concluye que no abusa el marido que pretende que se incluyan para su reparto en el inventario de la sociedad de gananciales los bienes obtenidos por la esposa tras haber abandonado ésta el domicilio familiar y haber presentado –siete meses después- una demanda de divorcio, sin solicitud judicial de extinción de la sociedad de gananciales. La sentencia no es muy precisa al definir qué justifica exactamente la buena fe del marido, si bien resulta claro que, según los hechos probados, se trata de una separación aparentemente unilateral, el beneficiario de la decisión judicial es el cónyuge "abandonado", la separación de hecho es inferior a un año de duración y la demanda de divorcio se plantea por el otro cónyuge sin pedir la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de su salida del hogar.

3.1.2.2.- Reclamaciones abusivas

La STS de 5 de abril de 2022 ofrece el primer supuesto de reclamación que se considera abusiva con la aplicación de la nueva norma jurisprudencial. La resolución desestima el recurso de casación interpuesto por una esposa que pretendía la disolución de la sociedad ganancial con la sentencia de divorcio, contra una sentencia de apelación que había anticipado esos efectos desde la fecha en que el marido había abandonado el hogar familiar.

El Tribunal Supremo considera acertado el criterio de la Sala de apelación porque, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, comprobó la presencia de actos "*propios, libres, palmarios y efectivos*" de ambos cónyuges que evidenciaban su "*voluntad separativa personal y patrimonial*" desde la fecha de salida del esposo del domicilio común. Estos actos revelan, según el criterio del tribunal de casación, una "*desvinculación patrimonial libremente consentida*" entre los consortes. Aparte de la

separación física que produjo el propio abandono de hogar familiar, se valoran tres hechos coetáneos relevantes:

1º) La prohibición de acceso al domicilio familiar impuesta por la esposa al marido tras su salida.

2º) La separación de cuentas bancarias.

3º) La revocación por la esposa de la donación del usufructo de la hasta entonces vivienda familiar al marido.

La sentencia, por todo ello, entiende acreditada en el caso una "*previa y significativa separación fáctica con desvinculación personal y patrimonial que hace de difícil justificación con arreglo a criterios éticos y de buena fe la reclamación por parte de la esposa de derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido*".

La STS de 29 de mayo de 2023 también considera abusiva la pretensión de la esposa que solicita mantener la vigencia de la sociedad de gananciales hasta su disolución por la sentencia de divorcio (13 de junio de 2018). En el caso, los cónyuges habían firmado un documento privado de convenio regulador (fechado a 1 de diciembre de 1997) que incluía compromisos económicos a cargo del esposo respecto de las hijas comunes, la atribución del uso de la vivienda ganancial, así como el pago de una pensión compensatoria a favor de la esposa, aunque también consta que disponía una cláusula en la que las partes expresaban que "*[s]considera prudente no adoptar ninguna decisión que implique liquidación o alteración de la sociedad económica conyugal*".

El convenio regulador nunca se presentó para su homologación judicial. Ello no obstante, la firma del documento había sido seguida de una separación efectiva entre los cónyuges. De hecho, en 1999, el marido había tenido una hija con otra pareja. Constan en autos escrituras otorgadas por el esposo, posteriores al antedicho convenio regulador, en las que consta que se adquiere con carácter presuntivamente ganancial.

La sentencia de apelación declaró extinguida la sociedad de gananciales desde la fecha del convenio regulador, como momento de la efectiva separación conyugal. El Tribunal Supremo entiende que, en las circunstancias aquí descritas, procede confirmar la sentencia de apelación. Llama la atención que en esta sentencia no se declara expresamente que la esposa actuó con abuso de derecho o mala fe, pero sí que la sentencia de apelación no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A mayor concreción, se considera que el convenio regulador resulta "*revelador de una voluntad de separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida, lo que permite tomarlo en consideración a la hora de la liquidación de gananciales*".

Es significativo también en este caso el breve lapso de apenas 6 meses que existe entre la fecha de separación de hecho que se admite a efectos de retroacción de la disolución de la sociedad ganancial y la firmeza de la sentencia de divorcio.

De todo ello, creemos que puede concluirse que, en la nueva norma jurisprudencial, las reclamaciones de participar en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge tras una *"separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida"* es uno de los supuestos catalogables como de mala fe o ejercicio abusivo del derecho[830].

En el caso de la STS de 3 de julio de 2024, se resuelve sobre los efectos de una separación de hecho entre personas ya fallecidas. Litigan sus hijas para obtener la partición judicial de la herencia y plantean la discusión para la formación del inventario de la sociedad ganancial. La disputa es relevante porque la madre falleció intestada, siendo por tanto el derecho a su sucesión igual para ambas hijas, pero una de las hijas disponía de mejor derecho sobre la herencia del padre.

Los finados habían tenido un matrimonio abrupto. En 1979 habían obtenido una sentencia de separación de un tribunal eclesiástico, en cuyos fundamentos se reconocía una situación de separación de hecho entre los esposos desde el verano de 1962. La Audiencia Provincial había entendido que la disolución de la sociedad de gananciales debía remontarse, en consecuencia, a esta última fecha. La recurrente solicitaba la casación de la sentencia, interesando que se resolviera como fecha efectiva de ruptura la de la propia sentencia de separación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma el criterio de la Sala *a quo* al conceder valor a los siguientes datos:

1º) La sentencia de separación afirmó que los cónyuges vivían separados desde 1962.

2º) Hubo dos intentos recíprocos entre los esposos de conseguir la condena penal del otro por abandono de familia.

3º) Ambos cónyuges dieron por buena su separación, no intentaron reanudar su convivencia y no comunicaron entre sí.

Asimismo, la sentencia precisa que no expresan la voluntad de mantener vigente la relación conyugal personal y económica:

1º) El envío de dinero por el marido a la mujer, separados ya de hecho, pues se considera necesario para la obligada manutención de las hijas.

2º) El uso de un inmueble propiedad del marido por la esposa y las hijas, que se entiende también justificado por el cumplimiento de un deber de alimentar a la familia.

3º) El otorgamiento de escritura de compra por parte del esposo en las que se hacía constar la condición de casado, reiterándose al respecto el criterio ya expuesto por la Sala en la STS de 29 de mayo de 2023.

[830] Induce a esta reflexión también la STS de 28 de mayo de 2019, que se refiere a "*la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge, matizando el tenor del art. 1393.3.º CC…*".

Al admitir que "*cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro*", la sentencia de apelación, según el Tribunal Supremo, no vulnera su jurisprudencia[831].

Un supuesto más nos lo ofrece la STS de 7 de noviembre de 2024. En este asunto, las partes discutían sobre la calificación, ganancial o privativa, de una indemnización por despido que había sido percibida por la esposa el 20 de junio de 2014, tras el cese de su convivencia conyugal (noviembre de 2013), pero antes de la sentencia de divorcio que obtendría posteriormente (22 de julio de 2014). La sentencia de apelación consideró que se trataba de un bien ganancial, porque entre la separación de hecho y el divorcio había transcurrido poco tiempo y, además, los cónyuges habían mantenido relaciones económicas que impedían tener por cesada la sociedad de gananciales como consecuencia de la ruptura de la convivencia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que interpone la esposa, por aplicación errónea del artículo 1393.3º del Código Civil y vulneración de la jurisprudencia.

En este caso, los elementos que el Tribunal Supremo considera relevantes para su valoración son:

1º) En noviembre de 2013 el esposo había salido del domicilio familiar.

2º) Cada cónyuge controlaba la gestión de sus propios ingresos.

3º) Las relaciones económicas mantenidas por los esposos tras esa ruptura no evidenciaban una voluntad de mantener la sociedad de gananciales, porque el pago por el marido de 800 euros al mes para mantenimiento de las hijas que vivían con la madre y de 500 euros para la hipoteca es, de hecho, expresivo de la separación o desvinculación económica, pues da a entender que se realizan para limitarse a atender necesidades específicas de la familia.

4º) Hubo "acuerdos" entre los esposos sobre el cobro de ciertos alquileres, que revelan que se consensuaron las consecuencias de la separación económica.

En este caso, la sentencia sí es concluyente al afirmar que "carece de justificación con arreglo a criterios éticos y de buena fe la pretensión de incluir dicha indemnización en el activo de la sociedad de gananciales".

[831] Nuevamente, cabe ver en esta sentencia que el enunciado de la regla que aplica responde a la norma jurisprudencial acuñada durante el período anterior.

3.2.- Consecuencias de la aplicación de la nueva norma jurisprudencial

3.2.1.- La falta de disolución de la sociedad de gananciales

Al analizar la jurisprudencia pronunciada durante la etapa anterior, indicamos que, en algunas situaciones, el pleito en el que se plantea la aplicación de la doctrina de la limitación funcional tiene lugar cuando la sociedad ganancial ya se encuentra formalmente disuelta. Poníamos como ejemplo que esto era lo que sucedía cuando el litigio principiaba después del fallecimiento de uno de los cónyuges o tras su separación o divorcio. En estos casos, dijimos, la aplicación de la doctrina de la limitación funcional tenía sentido para resolver conflictos sobre la inclusión o exclusión de activos obtenidos tras la separación de hecho relacionados en el inventario a realizar para la liquidación de la sociedad. Restábamos por ello importancia al hecho de que la sentencia que tomara esas medidas no entrara a disolver formalmente el consorcio desde la fecha en que hubiera tenido lugar la contingencia.

La referencia a esas ideas resume lo que, en nuestra opinión, cabe apuntar también sobre la jurisprudencia de este período. Los asuntos que llegan hasta casación provienen de procedimientos de liquidación de la sociedad de gananciales en los que ya se ha pronunciado sentencia de divorcio, algunos de ellos entre herederos de cónyuges fallecidos. En algún caso, la cuestión se planteó en la demanda de divorcio, pero el recurso de casación se plantea únicamente sobre la cuestión de la anticipación de la fecha de la disolución del consorcio, por lo que el pronunciamiento de divorcio ya era también firme.

Es posible que esta realidad no sea incompatible con la casi segura existencia, en este momento, de parejas casadas en gananciales que, durante su separación de hecho, sigan generando ingresos propios y gestionando patrimonios privativos o comunes fructíferos sobre los que, en un futuro, se desate el tradicional conflicto. La problemática de la eventual pervivencia formal de una sociedad de gananciales entre dos cónyuges a los que se haya aplicado en juicio la doctrina de la limitación funcional sigue sin resolver.

Hasta la fecha, todo aboca a pensar que, mientras no se conceda una respuesta normativa -legal o jurisprudencial- al problema, la sociedad ganancial afectada por esa circunstancia queda, entre los cónyuges, en una situación claudicante[832] y, ante terceros de buena fe, probablemente como una realidad ajena a las eventualidades del cese de la convivencia matrimonial[833].

[832] No hay ingresos comunes, hay vidas independientes, no hay flujo de información, no hay administración conjunta de bienes y hay, *de facto*, una responsabilidad patrimonial propia de cada esposo frente a los terceros con quienes interactúan.

[833] Apuntamos esto como una mera probabilidad porque, como veremos de inmediato, en ocasiones la separación de hecho acreditada entre esposos casados en gananciales evita el embargo de los ingresos del cónyuge no deudor por las deudas posteriores al cese de la convivencia.

3.2.2.- Exclusión de las ganancias y adquisiciones posteriores a la separación de hecho del inventario de la sociedad de gananciales

Las sentencias dictadas en este período que consideran de mala fe o abusiva la solicitud de participar en los bienes obtenidos exclusivamente por el esfuerzo del otro cónyuge después de la separación de hecho, tienen como efecto principal el excluir del inventario del patrimonio ganancial las ganancias y adquisiciones obtenidas tras dicha separación.

3.2.3.- Reconocimiento de reembolso a cargo del cónyuge que haya dispuesto de fondos comunes para fines distintos de la satisfacción de cargas familiares

El propósito de la nueva norma jurisprudencial es evitar que la norma general establecida por los artículos 95 y 1392 de Código Civil sea tratada como una verdadera excepción en situaciones de separación de hecho. Sin embargo, eso no significa que la jurisprudencia identifique el mantenimiento de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho como una salvaguarda a los abusos que puedan producirse durante esa situación. La STS de 6 de junio de 2022 constituye un ejemplo visible.

En el asunto de procedencia, los cónyuges habían obtenido la sentencia de divorcio el 19 de septiembre de 2024, pero la sentencia de apelación, al acreditarse que la esposa había vivido desde el 1 de septiembre de 2013 en otro piso sin reanudar la convivencia, concluyó que la disolución de la sociedad por la sentencia de divorcio debía matizarse, fijándose en esa fecha los saldos de las cuentas y depósitos.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la esposa y declaró que la fecha de disolución de la sociedad de gananciales era la de firmeza de la sentencia de divorcio. Ello no obstante, la sentencia añade que, sólo por ello, la esposa no podía retener íntegramente todo el dinero ganancial del que había dispuesto antes de la disolución de la sociedad de gananciales. En consecuencia, se reconoció un crédito a favor de la sociedad de gananciales[834] por el importe de los fondos conjuntos que la esposa hubiera retirado sin acreditar su destino a la satisfacción de cargas familiares desde la separación de hecho.

V.- LA JURISPRUDENCIA DE OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES Y LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Los conflictos jurídicos que se producen en torno al posible cese de efectos de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho se dirimen principalmente ante los tribunales del orden jurisdiccional civil. Aun así, existen algunas situaciones en las que la pretensión de reservarse como propio lo ganado durante la separación de hecho en el seno del matrimonio sujeto a la sociedad de gananciales se plantea en otro tipo de relación jurídica, en la que forma parte un ente público. De resolver estos conflictos –menos habituales, aunque algunos de ellos sí se

[834] Conforme a los artículos 1390 y 1397.2 del Código Civil.

han producido de manera algo recurrente- se han ocupado principalmente las jurisdicciones contencioso-administrativa y social, aunque también, en su propio ámbito de competencia, la Administración Pública a través de la dirección general de la que dependen los Registros de la Propiedad.

1.- JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.1.- El embargo de sueldos y salarios obtenidos por el cónyuge casado con el deudor en régimen de gananciales durante la separación de hecho

Los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se han tenido que pronunciar principalmente sobre los efectos de la separación de hecho en la sociedad de gananciales al resolver recursos contra diligencias de embargo practicadas por una Administración Pública en un procedimiento ejecutivo.

La situación litigiosa que se presenta más controvertida es la del embargo de sueldos y salarios del cónyuge casado en régimen de gananciales con el deudor frente al que se dirige la ejecución, cuando ambos viven separados hecho. En estos casos, la Administración realiza la traba de la cuenta del cónyuge y éste se opone al embargo alegando que sus salarios no se integran en una masa ganancial en la que participa el deudor, al haber sido ganados en situación de separación de hecho y, por ende, sin su colaboración.

Los tribunales del orden contencioso-administrativo han abordado esta cuestión con criterios divergentes.

Algunas sentencias han rechazado los recursos y confirmado los embargos, al entender que la mera separación de hecho no disuelve la sociedad ganancial y, en consecuencia, los ingresos siguen siendo comunes a pesar de la ruptura de la convivencia. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2016. Esta resolución incide en que, para terceros de buena fe, la fecha de disolución de la sociedad debe venir dada por unas capitulaciones matrimoniales, o por una sentencia[835].

Otras resoluciones sí han considerado ajenas al deudor las cantidades percibidas por su cónyuge casado en gananciales durante la separación de hecho. En estos casos, se han dejado sin efecto los embargos practicados. Lo entiende así, por ejemplo, la STSJ

[835] Según esta sentencia, "*[e]n cuanto a la fecha de efectos para terceros de buena fe de la disolución del régimen de gananciales, no constando con anterioridad entre el matrimonio capitulaciones matrimoniales que modificasen el régimen legal de propiedad de los bienes, debe referirse a la fecha en que consta la sentencia judicial de separación matrimonial, siendo a partir de la firmeza de la misma cuando se disuelve el régimen económico matrimonial*". Aplica el mismo criterio, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 3 de diciembre de 2001.

de Castilla y León de 28 de julio de 2005. La sentencia enfatiza la oponibilidad frente a terceros de la separación de hecho[836].

Cabe destacar que algunos tribunales de lo contencioso-administrativo han aplicado criterios flexibles que actualmente no comparte la jurisprudencia civil. Por ejemplo:

- La SJCA de Toledo de 24 de abril de 2018 considera disuelta la sociedad de gananciales como consecuencia de una sentencia que imponía al marido permanecer alejado un mínimo de 300 metros de su mujer, por la comisión de un delito de maltrato de obra en el ámbito doméstico.

- La SJCA de Toledo de 17 de abril de 2018 entiende que, en el momento de producirse el devengo de la deuda con la Seguridad Social, los cónyuges llevaban separados de hecho casi un año, por existir un auto de medidas provisionales coetáneas a una demanda de divorcio que fueron posteriormente confirmadas en la correspondiente sentencia. El Juzgado lo concluye así simplemente porque en el auto de medidas se disponía, conforme al artículo 102 del Código Civil, que "*los cónyuges podrán vivir separados, cesa la presunción de convivencia conyugal y quedan revocados todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*".

Llama la atención cómo, según lo que propugnan estas resoluciones, la separación de hecho produciría una limitación funcional en la sociedad de gananciales oponible frente a terceros.

1.2.- La titulación de bienes adquiridos durante la sociedad de gananciales por el cónyuge separado de hecho

En ocasiones, un cónyuge casado en régimen de gananciales pretende hacer valer frente a la Administración el carácter privativo de una adquisición por haberla realizado tras su separación de hecho, con el objeto de que dicha exclusividad sea reconocida formalmente en el título que se debe expedir por un ente público.

El conflicto se plantea y resuelve en la STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014. La Consejería de Transportes, Infraestructura y Vivienda de la Comunidad de Madrid

[836] La sentencia explica que "… *la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, por lo que una vez rota no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no se contribuyó pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, ello debe obedecer a una separación fáctica, seria, prolongada y acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. En el presente caso, no solamente se produce una separación de hecho libremente admitida por los cónyuges, sino que además las deudas (…) se contraen entre cuatro y cinco años después de producida la ruptura matrimonial, siendo de aplicación esta tesis a los casos en que sean terceros los que pretendan cobrar créditos contraídos por uno de los cónyuges cuando ya se había producido la ruptura de hecho y queda constancia clara y demostrada de esta situación*".

había desestimado una solicitud de cambio de titularidad presentada por la esposa, que interesaba que se le reconocieran como privativos unos inmuebles que, en su día, habían sido adjudicados a ésta y a su marido como bienes gananciales. La esposa pretendía que la Administración modificara el título de adjudicación de dichos bienes, indicando que le pertenecían como privativos, al haberlos adquirido tras su separación de hecho de su marido. El tribunal confirmó la resolución recurrida, indicando que se trataba de bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales y no se aportaba la documentación acreditativa de su liquidación, o una escritura de renuncia a la vivienda del marido. La sentencia añade que las cuestiones relativas al valor probatorio de los documentos presentados por la esposa para acreditar el carácter privativo de los inmuebles, "*por ser de índole civil, deberán ser ventiladas ante los Tribunales Ordinarios de la Jurisdicción civil*".

2.- JURISPRUDENCIA SOCIAL

El orden jurisdiccional social ha tratado sobre esta cuestión al resolver sobre reclamaciones relativas a prestaciones. Con carácter general, puede afirmarse que, a esos efectos, la separación de hecho no ha sido considerada como causa de disolución ni de limitación funcional de la sociedad de gananciales por sus tribunales.

La cuestión fue abordada por la STS de 15 de junio de 2011. La resolución se pronunció en un recurso sobre unificación de doctrina. Como es característico de este recurso, la parte recurrente presentaba para su contraste con la sentencia recurrida otra resolución de distinto signo, afín a su pretensión revocatoria.

La sentencia recurrida había sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. En el asunto de procedencia, la Administración había computado la unidad económica formada por la actora y su esposo, no teniendo ella ingresos propios y encontrándose separada de hecho desde hace años. La sentencia recurrida sostenía que, al estar casados en gananciales, cada cónyuge debía computar como propios la mitad de los ingresos del otro. Se disponía que si la demandante no tenía regularizada su situación matrimonial de separación, regía la presunción legal de convivencia y había de atribuírsele la mitad de los gananciales.

En la sentencia que se presentaba para su contraste, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León había resuelto que, no constando que la actora hubiere reclamado o se estuviere beneficiando de ninguna prestación alimenticia a cargo del marido separado de hecho, no cabía computar los ingresos de éste en orden a determinar las rentas de la unidad económica de convivencia.

El Tribunal Supremo, aunque reconoce que, según la jurisprudencia civil, la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, priva de toda trascendencia la separación de hecho entre la solicitante de la prestación y su esposo, porque:

1º) La ruptura matrimonial de hecho no aparta a los cónyuges de su deber de contribuir a las cargas del matrimonio, que es una obligación compartida de orden público y no disponible.

2º) La doctrina que permite entender disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho opera solamente para la exclusión de bienes comunes en el futuro, sujetos a la normativa consorcial.

3º) Dicha doctrina juega en el orden interno de la relación pero no frente a terceros, como la entidad gestora, que no puede quedar expuesta a posibles pactos secretos de los cónyuges.

La STS de 29 de abril de 2015 reiteró la misma jurisprudencia[837].

3.- DOCTRINA ADMINISTRATIVA

La cuestión que motiva esta investigación ha sido también analizada por algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado[838]. La doctrina de este reconocido organismo también se ha ajustado habitualmente a la letra de los artículos 1392 y 1393 del Código Civil.

Las resoluciones que se han pronunciado sobre la cuestión inciden en que es competencia exclusiva de la autoridad judicial decidir sobre los efectos que la separación de hecho pueda desplegar sobre la vigencia de la sociedad de gananciales. En tanto no se disponga de una sentencia que determine la extinción de la sociedad de gananciales, o atribuya el bien como privativo al cónyuge que presenta el título a inscripción, o no se acredite que ha tenido lugar alguno de los eventos previstos en el artículo 1392 del Código Civil, el Registrador debe estar y pasar por la presunción de ganancialidad, acatando su artículo 1361[839].

---

[837] GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jose Antonio: "La necesidad económica como requisito imprescindible en las pensiones no contributivas: se computan los ingresos del cónyuge en caso de separación de hecho", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Número Extra 1, 2016, págs. 307-313, comenta dicha sentencia, que considera "*bastante razonable*".

[838] Actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

[839] En este sentido, la Resolución de 11 de octubre de 2006 lo expresó así, denegando la solicitud de un adquirente casado en gananciales en estado de separación de hecho, de inscribir un inmueble a su nombre como privativo. El centro aplica la presunción de ganancialidad: "*El artículo 1393.3.º del Código Civil contempla entre las causas que determinan la disolución de la sociedad de gananciales, «el llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar», pero (…) necesitan para producir ese efecto, «de una decisión judicial a petición de uno de los cónyuges», de ahí que cualquiera que sean las pruebas que para justificar esa separación de hecho se presentaran (…), no corresponde al Registrador en su función calificadora valorarlas, sino a la autoridad judicial en procedimiento entablado por la esposa compradora, pues no siendo así subsiste la sociedad de gananciales, entrando en juego la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 del Código Civil. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para inscribir como privativo un bien adquirido por persona casada, ha de acreditarse por prueba documental pública (artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 95.2 del Reglamento Hipotecario), todas las circunstancias que con arreglo a los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, y según las hipótesis, determinen aquel carácter. En este supuesto, no puede*

VI.- RECAPITULACIÓN CRÍTICA

1.- UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE UN VACÍO DEL ORDENAMIENTO

La existencia de una comunidad de vida entre esposos es el fundamento de la sociedad de gananciales. Convivencia y cooperación son medulares en la concepción de este régimen económico. Con la aportación al matrimonio de su trabajo y rendimientos, cada cónyuge justifica su participación en los que aporta el otro.

Quebrada la colaboración entre los cónyuges, la sociedad de gananciales pierde su razón de ser. Una sociedad de gananciales sin convivencia colaborativa entre ambos esposos sólo permanece formalmente. Vacía de contenido y sin fundamento, la sociedad se transmuta incluso en un posible instrumento de abuso y fraude, en tanto permite a una persona que no coopera con otra apropiarse de los frutos de su rendimiento personal.

Aun con ello, la separación de hecho no es una de las causas de disolución de la sociedad de gananciales previstas en el artículo 1392 del Código Civil. Sí consta entre las reconocidas por el artículo 1393, en su ordinal 3º, pero este precepto exige una declaración judicial a instancia de parte, acreditando además que la ruptura se ha prolongado durante más de un año y que ésta se ha producido por mutuo acuerdo o por abandono del hogar.

Ante una separación de hecho prolongada y definitiva, obviar la trascendencia de esa situación por el solo motivo de que los esposos no han instado la intervención de la autoridad judicial para formalizar su ruptura no parece una respuesta convincente. El Código Civil no ofrece una solución clara, satisfactoria e inmediata a los cónyuges casados en gananciales que se separan de hecho, cuando las circunstancias no les han permitido o aconsejado acudir a ninguno de los remedios previstos en los artículos 1392 y 1393. Aparentemente, sus normas se limitan a permitirles instar la disolución de la sociedad ganancial ante la autoridad judicial, o a pactarla en capitulaciones, y a concederles acción para obtener el auxilio del juez en la administración de los bienes[840].

---

estimarse como suficientemente probado que dichas circunstancias se cumplan. Reiterando la necesidad de una prueba pública y concluyente y no bastando los meros indicios para inscribir dicho bien como privativo, ha de concluirse que la inscripción en esas circunstancias ha de verificarse como presuntivamente ganancial (artículo 94 del Reglamento Hipotecario)". En muy similares términos cabe hacer referencia a las Resoluciones de 11 de septiembre de 2006 y 23 de julio 2001.

[840] VARA GONZÁLEZ, Jose Manuel: *Retroacción de la disolución a la separación de hecho.* 19 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/liquidacion-del-regimen-economico-de-gananciales-jurisprudencia-de-derecho-de-familia/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024) entiende que "*la compleja situación actual se remonta a la falta de coordinación entre los trabajos legislativos de lo que terminaron siendo las leyes de 13 de Mayo (reforma del REM) y de 7 de Julio (separación y divorcio) de 1981. Por entonces eran frecuentes los casos en que las separaciones de cuerpos, a veces de larguísima duración, permanecían sin documentar ni regular jurídicamente, pudiendo tales situaciones incluso ser constitutivas de delito de abandono de familia. Durante los trabajos parlamentarios de la reforma del régimen matrimonial se presentaron varias*

El Código también se preocupa de proteger a los acreedores consorciales frente a esa incidencia.

La jurisprudencia ha salido habitualmente al paso de esa situación, habilitando algunos remedios de mayor o menor intensidad, dependiendo de las imposiciones legales, sociales y morales de cada etapa de la historia. Así, en un momento inicial, el Tribunal Supremo coadyuvó a sobrellevar el problema a los esposos que vivían separados de hecho liberando los frutos parafernales de su entrega al marido, permitiendo con ello su disfrute a la esposa, que de este modo podía disponer de algunos recursos para sí en ese escenario problemático. Más adelante -tras rectificar el Derecho común el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial-, la jurisprudencia empezó a corregir las disfunciones de la sociedad de gananciales durante las situaciones de separación de hecho mediante la aplicación de una doctrina que, elaborada en torno a la proscripción del abuso de derecho y el principio general de buena fe, limita funcionalmente el consorcio. El fundamento de la doctrina de la limitación funcional lo constituyen los artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil.

En lo principal, con la doctrina de la limitación funcional, la jurisprudencia protege las adquisiciones que cada cónyuge obtiene tras la ruptura de la convivencia con su exclusivo esfuerzo, tratándolos frente al otro como si se tratara de bienes privativos. La aplicación de esa doctrina llevó también a producir la pérdida de los derechos de viudedad sobre la herencia del otro esposo, aunque este último efecto ya ha encontrado rúbrica legal tanto en el ámbito de la legítima, como en el de la sucesión intestada.

De este modo, la jurisprudencia ha permitido corregir parte de las injusticias que genera la aplicación acrítica y automática de las normas que regulan la sociedad de gananciales durante la separación de hecho.

2.- EL CARÁCTER INCOMPLETO DE LA SOLUCIÓN

Aun así, la solución que ofrece la doctrina de la limitación funcional presenta, en nuestra opinión, algunos problemas relevantes:

a) No resuelve la disolución de la sociedad de gananciales entre los esposos. Cuando se apela a esta doctrina, sus efectos se suelen limitar a negar la participación de uno de los esposos en algunas adquisiciones y beneficios obtenidos por el otro durante la separación de hecho. La propia jurisprudencia ha subrayado en alguna ocasión que, al aplicar la doctrina de la limitación funcional, no pretende acometer la disolución de la

---

enmiendas al proyecto del Gobierno ampliando los efectos de la separación de hecho como causa de la disolución del régimen, si bien el definitivo p. 3º del 1393 solo contempló como causa "llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de familia", motivo cuya operatividad se vio restringida por la exigencia de sentencia civil que lo declare, y por tanto, con eficacia desde la fecha de su firmeza y no anterior (...). La inmediata Ley del divorcio de 1981, ignorando aquella laguna, no reguló expresamente la situación, ni siquiera en sede de medidas provisionales, vinculando rígidamente la disolución del régimen con la sentencia de estado".

sociedad de gananciales. Es cierto que esta doctrina se aplica cada vez de manera más acusada en procedimientos de liquidación de la sociedad ganancial, en los que obviamente el consorcio ya se ha extinguido por otro motivo y, en consecuencia, el problema al que apuntamos se difumina. Aun con ello, es obvio que no lo resuelve.

b) Es una solución de carácter fragmentario. Cuando la jurisprudencia aplica la doctrina de la limitación funcional, lo hace casi siempre, como se ha dicho, para negar la participación de uno de los esposos en las adquisiciones y beneficios obtenidos por el otro durante la separación de hecho. Sin embargo, no resuelve otros aspectos importantes que afectarían a la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, como, por ejemplo, cómo debe llevarse a cabo la administración de los bienes gananciales anteriores a la ruptura y, en su caso, a los adquiridos por cada cónyuge tras la separación; el destino y gestión de los frutos de sus bienes privativos; o hasta dónde alcanza el derecho de los esposos a poder administrar los ingresos y bienes que obtienen y adquieren tras el cese de su convivencia conyugal.

c) Conforme viene formulada en la actualidad, la doctrina de la limitación funcional exige que se acredite que la pretensión de participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el otro cónyuge durante la separación de hecho se realiza de mala fe o con abusividad. La jurisprudencia presume así que la reclamación de ese objeto es, en principio, legítima y, por tanto, sólo cabe su rechazo si se acredita que, por circunstancias periféricas o de orden contextual, se plantea ilegítimamente.

d) Como consecuencia directa de lo anterior, el actual sistema genera a los cónyuges una cierta incertidumbre en torno a cualquier futura decisión judicial que pueda pronunciarse sobre las adquisiciones obtenidas durante el período de ruptura. Es difícil vaticinar con certeza si éstas van a ser respetadas como exclusivamente propias, o si surgirá la obligación de compartirlas. La decisión dependerá de la valoración judicial sobre una serie de elementos periféricos que no se han tasado con exactitud. La doctrina de la limitación funcional presenta así un grado relevante de inseguridad jurídica.

3.- LA IDEA DE UNA DISOLUCIÓN *DE FACTO* DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EXCLUSIVAMENTE ENTRE CÓNYUGES

La STS de 11 de octubre de 1999 vino a realizar la controvertida afirmación de que el abandono del hogar por parte de uno de los cónyuges había supuesto *de facto* la disolución de la sociedad de gananciales. Ciertamente, la separación de hecho no puede disolver por sí sola y de manera automática la sociedad de gananciales al margen de lo previsto en el artículo 1393 y a los mismos efectos. Pero parece que la STS de 11 de octubre de 1999 no dice exactamente eso. La resolución se refiere a una disolución *de facto*, y esa apreciación invita a realizar una reflexión.

En el caso resuelto por la sentencia que comentamos, el abandono del hogar por el marido fue el acto inicial inequívoco de una separación de hecho definitiva en el matrimonio. Dicho acto habría supuesto la extinción *de facto* de la sociedad de gananciales. La idea es coherente con el hecho de que, a partir de ese momento, los

cónyuges vivieron de forma separada, con economías independientes y en hogares distintos, sin informarse sobre sus decisiones patrimoniales, sin mantener la comunicación y, obviamente, sin compartir las cosas. Así se mantuvieron durante años En el caso, además, la ruptura se acompañó de un documento en el que se venía a liquidar el patrimonio común por una propuesta del esposo, a la que la mujer se aquietó.

Si la disolución *de facto* de la que habla la sentencia se contrae exclusivamente a la relación interna de la sociedad ganancial, esto es, a los meros efectos patrimoniales entre los esposos, podría entenderse entonces que, desde el inicio de la separación de hecho, la sociedad ganancial cesó *ad intra* entre los cónyuges y que, en consecuencia, esto permitió incluso validar *internamente* la división *sui generis* de sus bienes comunes, e iniciar dos vidas completamente independientes, en las que no se produjo ninguna otra comunicación patrimonial. Este planteamiento permitiría ir más allá en la solución del problema que limitarse a rechazar atribuciones concretas sobre alguna ganancia o activo adquirido con posterioridad a la separación de hecho. El fundamento de esta tesis, que podría incardinarse en los mismos artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil, creemos que también encontraría su razón jurídica en otros preceptos y principios rectores de la sociedad de gananciales, como explicaremos después.

4.- LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL

Por lo demás, la doctrina de la limitación funcional requiere la acreditación de un presupuesto que la jurisprudencia más reciente identifica con el abuso de derecho o mala fe de quien pretenda participar en lo obtenido por el otro consorte ganancial durante la separación de hecho. El Tribunal Supremo entiende así, como regla general, que quien solicita participar en los beneficios obtenidos por su socio ganancial, aun llevando vidas separadas, actúa legítimamente. La mala fe o el abuso que pueden enervar el normal funcionamiento de la sociedad ganancial dependerán de las circunstancias que acompañen a la separación de hecho y a la propia solicitud. De este modo, la jurisprudencia ha querido clarificar que cualquier limitación funcional de la sociedad de gananciales debe justificarse como un remedio de carácter excepcional, suficientemente motivado, y que no puede concederse por existir una mera ruptura de la convivencia entre los cónyuges.

Mediante decisiones casuísticas, vamos conociendo la orientación de la nueva norma jurisprudencial. No cabe anticipar la disolución de la sociedad de gananciales –o limitar funcionalmente el consorcio- al dictado de la orden de protección, a la presentación de la demanda de divorcio o al pronunciamiento del auto de medidas. Por el contrario, la doctrina de la limitación funcional se aplica de forma decidida ante rupturas definitivas de la convivencia conyugal, que dan lugar al disfrute de vidas independientes y con economías separadas. En estos casos, aunque la jurisprudencia no sanciona formalmente que la separación de hecho sea causa de disolución de la sociedad, creemos que, cuando aplica la doctrina de la limitación funcional, produce unos efectos patrimoniales entre los cónyuges que son propios y característicos de la disolución. En nuestra opinión,

realizar un esfuerzo interpretativo de las normas del Código Civil armonizador de ambos estatutos, al menos en lo posible, cobra pleno sentido.

5.- REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA DOCTRINA DE LA LIMITACIÓN FUNCIONAL

El examen de las cuestiones que nos trae hasta aquí invita a realizar una reflexión, a modo de epílogo.

La vigente jurisprudencia, que propugna una aplicación restrictiva de la doctrina de la limitación funcional, fundamenta su planteamiento a partir de una interpretación de los artículos 7, 95, 102, 103.4, 104, 1368, 1388, 1392, 1393, 1394 del Código Civil, y 771 a 774, 806, 807, 808.2, 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La exposición literal del planteamiento la ofrece la STS de 28 de mayo de 2019, en términos que procede recordar en lo pertinente:

"A) Conforme al art. 1392.1.° CC, "la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio" y, conforme al art. 95 CC, "la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial" (...).

De manera coherente con la idea de que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta que se extingue por sentencia firme, el art. 103.4.ª CC (y art. 773 LEC) contempla la posibilidad de que una vez admitida la demanda el juez adopte medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos "los que adquieran en lo sucesivo", lo que presupone que el régimen no se ha extinguido.

Resulta especialmente relevante que la ley, que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados (art. 102 CC), no establezca como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. La ley tampoco prevé la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada.

El que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC) solo supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar, pues se dirige a determinar y asegurar el caudal partible, como muestra que al final del inventario (que en todo caso debe hacerse conforme a la legislación civil, según reclamen los arts. 806, 807, 808.2, 809.1 LEC), el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809 LEC). Con ello hay que admitir que si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales.

B) La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (arts. 1393.3 .º y 1394 CC).

C) La jurisprudencia de esta sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC).

D) Nada de esto sucede en el caso.

Como dijo la sentencia 179/2007, de 27 de febrero, para rechazar la pretensión del recurrente de que se considerara extinguida la sociedad de gananciales desde el auto de medidas: La fecha de la liquidación del régimen en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según lo establecido en el artículo 95 CC y por tanto esta Sala debe estar de acuerdo con la Sala sentenciadora que así lo determinó. Sin embargo, el recurrente opone dos argumentos a esta sentencia: "1.º El primer argumento se funda en que el auto de medidas provisionales extinguió el régimen, en virtud de lo establecido en los artículos 103 y 104 CC y estas afirmaciones no pueden ser admitidas por esta Sala. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación: 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda de separación, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 CC que "el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores". Entre estas, el artículo 103.4 CC permite al Juez "señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo". Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su

continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más.

2.º La jurisprudencia (...), está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales. Pero también en este caso, la extinción debe ser declarada por el Juez (artículo 1393,3º CC) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida. (...)".

Tras lo que ha quedado expuesto, creemos conveniente comentar este planteamiento con alguna aportación crítica.

En el razonamiento por el que la actual jurisprudencia entiende que la doctrina de la limitación funcional debe ser aplicada con carácter restrictivo confluyen, a nuestro modo de ver, una serie de normas que se pueden sistematizar conforme al siguiente orden:

1º) Normas que presuponen que la sociedad de gananciales continúa vigente tras la demanda de divorcio, nulidad o separación (principalmente, los artículos 102, 103.4ª y 104 del Código Civil y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2º) Normas que determinan que la posibilidad de solicitar la formación de inventario tras la mera admisión de la demanda de divorcio, nulidad o separación es sólo una facultad de tipo cautelar, que ni siquiera condiciona la definitiva composición del inventario a liquidar (sobre ello se mencionan los artículos 806, 807, 808.2, 809.1 de la Ley procesal).

3º) Normas que disponen que la extinción de la sociedad de gananciales tiene lugar con la sentencia firme que concluye el proceso matrimonial de divorcio, nulidad o separación (artículos 95 y 1392 del Código Civil y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4º) Normas que presuponen que la sociedad de gananciales continúa tras la separación de hecho (artículos 1368, 1388, 1393 del Código Civil).

5º) Normas que determinan que la separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil).

6º) Norma que determina que sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (artículo 7 del Código sustantivo).

La interpretación de ese conjunto de normas que realiza el Tribunal Supremo se presta a alguna observación crítica:

1ª) La actual construcción dogmática se realiza desde una concreta perspectiva, que es la del procedimiento matrimonial de divorcio, nulidad o separación. Esto condiciona todo el razonamiento.

En efecto, cuando la jurisprudencia insiste en que el ordenamiento contiene normas que (i) presuponen que la sociedad de gananciales continúa vigente tras la demanda de divorcio, nulidad o separación; (ii) contemplan la posibilidad de solicitar la formación de inventario tras la mera admisión de esas demandas únicamente como una mera medida de tipo cautelar; y (iii) disponen que la extinción de la sociedad de gananciales solo tiene lugar con la sentencia firme que concluye el proceso matrimonial de divorcio, nulidad o separación, pretende destacar en realidad una sola evidencia: el inicio y la pendencia del proceso matrimonial no determinan la disolución de la sociedad de gananciales; este efecto solo lo propicia la sentencia que lo finaliza.

La anterior reflexión es rigurosa, pero incompleta. Lo que afirma la jurisprudencia como presupuesto de su planteamiento es lo que ocurre cuando, en el procedimiento matrimonial, ninguna de las partes ejercita la pretensión que se reconoce a los cónyuges separados de hecho en los artículos 1393.3º y 1394 del Código, esto es, solicitar que la sentencia declare disuelta la sociedad de gananciales desde una fecha anterior a la de su pronunciamiento, atendiendo al momento en que quede acreditado que tuvo lugar la ruptura de la convivencia alegada. Si esto sí se solicita, la sentencia que concluya el pleito matrimonial será, en realidad, la decisión judicial prevista en los artículos 1393.3º y 1394 del Código, y podrá entonces declarar extinguida la sociedad de gananciales en una fecha precisamente coincidente con la de la separación de hecho. Lógicamente, cuando la propia Ley exige que para que esa declaración tenga lugar es necesaria la instancia de parte -pues en caso contrario la disolución de la sociedad de gananciales se producirá *ipso iure* con la sentencia que resuelva sobre el estado civil-, cobra pleno sentido que todas las normas que reglamentan el procedimiento matrimonial presupongan la continuidad del consorcio durante su tramitación. Pero ello, de nuevo, no obsta a que si el proceso concluye con una sentencia que acoja la pretensión deducida por uno de los esposos al amparo de los artículos 1393.3º y 1394 del Código, la sociedad de gananciales se tendrá por extinguida antes de la sentencia, e incluso muy probablemente antes del propio inicio del pleito matrimonial, si la separación de hecho ha precedido a ambos hitos.

Adicionalmente, cabe apuntar que la dicción del artículo 103.4 del Código no implica necesariamente lo que entiende la jurisprudencia que comentamos. Este artículo expone que, admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: "*Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas*

sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo". La referencia a los *bienes comunes que adquieran en lo sucesivo* no implica presumir que todos los que adquieran los cónyuges tras la admisión de la demanda deban ser gananciales conforme a las reglas que se aplican a la sociedad durante la convivencia; si se entendiera que la separación de hecho puede determinar entre los esposos el cese de la sociedad ganancial, con los *bienes comunes que adquieran en lo sucesivo* la norma podría entenderse en unos términos más restringidos, y así referida, por ejemplo, a los frutos producidos por los bienes gananciales adquiridos antes de la ruptura de la convivencia, o a los que se adquirieran con dinero ganancial ahorrado o a cargo de otros activos obtenidos antes de la separación, o a los procedentes de un derecho de adquisición preferente que ya fuera ganancial previamente a la ruptura[841].

2ª) Idéntica observación puede realizarse en torno a las normas sustantivas que el Código dispone para regular ciertos efectos de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, en particular sus artículos 1368 y 1388. Ambos preceptos contienen previsiones idóneas para regular tanto el régimen de responsabilidad del consorcio como las reglas para la administración de sus bienes durante la separación de hecho entre los esposos. Ello no obstante, esas normas no impiden, una vez más, que, precisamente porque así lo autorizan los artículos 1393.3º y 1394 del Código, cualquiera de los esposos pueda impetrar al juez a que declare disuelta la sociedad de gananciales con efectos desde la fecha en que inicia la separación de hecho que es, a su vez, presupuesto de aplicación de los mismos artículos 1368 y 1388. Así, la fecha efectiva de disolución de la sociedad de gananciales puede ser, por paradójico que parezca, la misma desde la que se autoriza a adoptar las medidas de administración y responsabilidad contempladas en los artículos 1368 y 1388. De nuevo, como vemos, la separación de hecho determinaría un fin efectivo de la sociedad de gananciales entre las partes anterior al inicio de las medidas dispuestas artículos 1368 y 1388 del Código Civil.

3ª) El razonamiento jurisprudencial hoy en boga se rubrica con una última máxima, según la cual sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe. Se apela con ello a la cláusula del artículo 7.2 del Código sustantivo, pero se hace desde una perspectiva condicionada por todo el hilo del discurso.

El abuso de derecho quedó recogido en nuestro Código Civil con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionaba con fuerza de Ley el texto articulado de su título preliminar. Sin embargo, la figura ya había sido introducida antes en nuestro sistema por la jurisprudencia. Existe una general coincidencia en atribuir a una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 su reconocimiento original. En uno de sus asertos, la referida sentencia advertía que "*incurre en responsabilidad el que -no obstante obrar al amparo de una legalidad*

[841] En este sentido, VARA GONZÁLEZ, Jose Manuel: ibid.

externa y de un aparente ejercicio de su derecho- traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad". Más en concreto, en cuanto al abuso de derecho, la resolución incidía en sus posibles formas de manifestación, a saber, "*en forma subjetiva (cuando el derecho se actúe con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)*". Ambas expresiones -subjetiva y objetiva- del abuso de derecho son referidas en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 cuando advierte que la situación de abuso "*puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente –que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil– como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes*". Su expresa sanción se produce con la introducción del artículo 7.2 del Código Civil, aún vigente, que identifica la figura como todo acto u omisión que "por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice" sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero.

De este modo, según ANGULO RODRÍGUEZ[842], se apunta "*al juez o a su intérprete que una conducta puede ser abusiva en razón al objeto de la misma o circunstancias que la rodeen*", sin necesidad de atender a la intencionalidad del sujeto que la realiza. En términos similares GÓMEZ LAPLAZA [843] explica que el abuso puede existir, "*sencillamente, por un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, por apurar demasiado las ventajas que aquél es susceptible de proporcionar*", ilustrando su afirmación con el ejemplo extraído de la sentencia 14 febrero 1944, de "*por sacar demasiada arena de la playa, hasta el punto de dejar sin protección la central eléctrica*". Resulta, en suma, que el artículo 7.2 del Código Civil incorpora expresamente la posibilidad de que exista un acto u omisión que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, "*por su objeto o por las circunstancias en que se realice*".

Según el planteamiento que proponemos, de lo que se trata no es de colegir, a la luz de la figura del abuso de derecho, si la pretensión de participar en los beneficios obtenidos por el otro cónyuge durante la separación de hecho debe ser reprobada por su ánimo espurio, o por las circunstancias en que se postula. Creemos que la cuestión se presta a un análisis más conciso. Como propone ROCA JUAN[844], para que pueda apreciarse el abuso en su vertiente objetiva, habrá de producirse "*una contraposición entre las consecuencias del acto y la función asignada a la situación de la que el derecho deriva o se incluye. La contraposición rompe la necesaria correspondencia*

[842] ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel (de): op. cit., pág. 47.

[843] GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: "Abuso de derecho", *Revista de Derecho Privado*, Mes 6, 2006, pág. 36.

[844] ROCA JUAN, Juan: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1974*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 393.

que debe de existir entre la esfera de poder concreto atribuida al sujeto, el para qué se le atribuye y el resultado del acto de ejercicio de ese poder".

Si se acepta generalmente que el fundamento propio de la comunicación ganancial es la convivencia colaborativa entre los esposos, el juicio de abusividad sobre las reclamaciones que se realicen entre ellos debería constreñirse a verificar la existencia de la separación de hecho, como cuestión meramente objetiva.

Quien reclama derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido realiza un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe. Beneficiarse del título jurídico de socio ganancial exige como presupuestos necesarios tanto la condición de cónyuge como la de conviviente. En ausencia de este segundo presupuesto, el ejercicio del derecho deviene per se ilegítimo, salvo que se acredite que concurren en el caso circunstancias específicas que legitimen la reclamación.

En definitiva, la jurisprudencia plantea una interpretación del ordenamiento que considera más acorde a las previsiones del Código Civil. Quiere evitar que la doctrina de la limitación funcional se convierta en norma y que regrese a sus orígenes, como excepción. Aun con ello, la Sala Primera del Tribunal Supremo no oculta que la separación de hecho implica el quebranto de la base en que se fundamenta la sociedad ganancial.

Por todo ello, creemos que la actual propuesta de restringir la aplicación de la doctrina de la limitación funcional merece quedar abierta a la reflexión de la comunidad jurídica[845].

[845] El debate que ha generado el giro de la jurisprudencia, de hecho, ya es patente. Por ejemplo, a favor del nuevo criterio, puede leerse MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: "Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho", *Actualidad civil*, Número 3, 2020, pág. 10, en cuanto indica que "*las últimas sentencias del TS han colocado en su sitio la cuestión y han determinado de manera correcta el sentido de las anteriores. Porque, en nuestra opinión, dichas resoluciones judiciales no permitían una abolición o, cuando menos, inaplicación, del art. 1393.3º, sino que las mismas establecían una solución que trascendía a dicho precepto en aquellos casos en que la realidad fáctica, determinada por el transcurso del tiempo, permitía sostener la disolución, con el fin de evitar efectos no deseados realmente por las partes. Claro está, una doctrina tan agresiva y audaz debe ser aplicada en estrictos términos. De ahí, que las sentencias de 2015 y 2019 merezcan un juicio positivo, por cuanto establecen de forma clara los límites de una solución que por su «alegalidad» no admite su aplicación generalizada o indiscriminada*". VARA GONZÁLEZ, Jose Manuel: ibid., critica sin embargo abiertamente este nuevo posicionamiento de la jurisprudencia. El autor se refiere a la STS de 28 de mayo de 2019 y apunta: "*Esta sentencia, en la que resuenan claramente opiniones académicas particulares, ha sido criticada en la medida en que contraría el fundamento último de la sociedad de gananciales (…). Que las medidas provisionales del 103 y 104 CC impliquen, como insinúa la sentencia, que el REM subsiste, implica confundir "disolución" con "extinción" de la sociedad de gananciales (…). El auto de medidas provisionales puede -y debe- tener la consecuencia disolutoria -puramente declarativa y no extintiva- al menos al efecto de que "quedan cegadas las fuentes de la ganancialidad" entre quienes ni viven juntos ni cooperan de hecho en el levantamiento de las cargas familiares, pudiendo defenderse con no pocos tribunales inferiores que, incluso a falta de expreso respaldo legal, el auto no incurre en extralimitación si declara la explícitamente la "disolución" del régimen, a expensas del procedimiento de liquidación que concluirá con la extinción. Las medidas de aseguramiento patrimonial del 103.4 CC, cuando mencionan bienes "gananciales", contemplan los integrados en la comunidad "posganancial", disuelta pero no liquidada, pero en modo alguno a los que pudieran adquirirse después de la separación de cuerpos, como resulta de esta sentencia, los cuales*

difícilmente pueden ser intervenidos en una fase procesal tan preliminar. Que la regulación procesal de las medidas provisionales – recogidas en el CC por causa de la gestación política de la ley del divorcio del 81- no contemple la declaración de disolución del REM como contenido propio del auto de medidas provisionales se explica por la descoordinación entre las leyes de 13 de Mayo y de 7 de Julio de 1981 (…) Su dislocación resulta más acusada tras la reforma de 2005 (…). La tesis de esta sentencia bloquea las más importantes decisiones económicas (comprarse otra casa) a quien se está divorciando, y con ello entorpece de modo antisocial la formación de nuevas familias durante todo el consabido retraso de los tribunales, (…) consolidando así un indeseable instrumento de chantaje procesal al servicio del cónyuge reticente. (…) el frustrado Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio de 10/07/2013 recogía como criterio legal el contrario a esta tesis de la Sala I".

CAPÍTULO TERCERO.- LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD GANANCIAL. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

I.- INTRODUCCIÓN

A lo largo de los capítulos anteriores hemos querido exponer el marco general en el que se desarrolla este trabajo. A tal fin, hemos dedicado el capítulo primero a exponer los elementos más relevantes de las dos figuras que concentran este estudio a los efectos que se pretenden alcanzar en la investigación y a explicar cuál ha sido la evolución del tratamiento de la separación de hecho en el ordenamiento jurídico español y cómo ha interferido en el funcionamiento de la sociedad de gananciales. La exposición ha integrado el actual estado de cosas en el Derecho español, tanto común como autonómico, y en el Derecho comparado. Hemos hecho referencia también a las propuestas más relevantes realizadas hasta la fecha en la materia, tanto en el ámbito académico como en el normativo. Completar esa visión panorámica previa del entorno en el que se concentra la investigación requería dedicar un capítulo adicional al tratamiento del problema que nos ocupa en la jurisprudencia. La fase inicial del trabajo exigía exponer, en concreto, qué es la doctrina de la limitación funcional, cuáles son su origen y fundamento, cómo se ha ido perfilando por el Tribunal Supremo y cuál es su función actual.

El objeto de la doctrina de la limitación funcional es enervar los efectos de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, negando el carácter común de ciertas ganancias y adquisiciones obtenidas por los cónyuges durante ese período. Según hemos podido concluir, esto mitiga la problemática que genera la continuidad de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, si bien no la soluciona.

Ese es el punto de partida del capítulo que iniciamos aquí. La investigación avanza ahora hacia su objeto propositivo. Lo que proponemos a continuación es retomar los principales planteamientos doctrinales que se han realizado en la comunidad jurídica para responder a la cuestión de cuál es la interacción de la separación de hecho en el funcionamiento de la sociedad de gananciales. A partir de su exposición y análisis crítico ofreceremos las posibles soluciones que, a nuestro juicio, cabe proporcionar desde la normativa actual, atribuyendo la importancia que concedemos a que la sociedad de gananciales tenga su fundamento en la convivencia colaborativa entre los cónyuges. Conscientes de la crítica que puede merecer alguno de los planteamientos que abordamos, el capítulo incluye algunas sugerencias que podrían valorarse de *lege ferenda* para futuras reformas en la materia objeto de nuestra investigación.

II.- POSICIONAMIENTOS DOCTRINALES

El debate sobre los efectos que puede producir la separación de hecho en la sociedad de gananciales cuando los cónyuges aún no han formalizado su disolución permanece vigente entre la comunidad jurídica. La materia se presta a una considerable diversidad de interpretaciones posibles, que se manifiestan tanto en las obras de doctrina científica, como en las resoluciones de los tribunales. Un ejemplo paradigmático del dinamismo de esta cuestión lo constituye la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Su

análisis evidencia un permanente estado de revisión y modulación de las convicciones propias de este órgano jurisdiccional al respecto.

A nuestro juicio, los posicionamientos doctrinales sobre esta cuestión pueden agruparse en cuatro tipos de propuestas:

1ª) Una primera postura es la de negar a la mera separación de hecho entre los cónyuges cualquier virtualidad como evento trascendente en la vigencia de su sociedad de gananciales.

2ª) Una segunda línea interpretativa vendría a matizar la anterior. Para sus defensores, la mera separación de hecho no afectaría a la vigencia de la sociedad de gananciales en tanto no se procediera a su disolución formal, pero esta regla podría prestarse a salvedades en situaciones excepcionales, para evitar el éxito de pretensiones claramente constitutivas de abuso de derecho o de mala fe, sobre todo por la existencia de una separación consentida por ambos cónyuges, que se revele seria, prolongada y definitiva. Sólo en tales casos, según este planteamiento, podría negarse a un cónyuge el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante el cese de la convivencia.

3ª) Para otro sector doctrinal, la separación de hecho tampoco disolvería la sociedad de gananciales, aunque la ruptura de la convivencia conyugal entre los cónyuges casados en gananciales determinaría como efecto la suspensión de la sociedad.

4ª) Una última postura sería la de admitir que la separación de hecho es causa de disolución de la sociedad de gananciales.

Para un mejor conocimiento del contexto, interesa exponer con mayor detalle las razones que sostienen los valedores de cada uno de los anteriores planteamientos, con alguna reflexión crítica.

1.- LA MERA SEPARACIÓN DE HECHO NO PUEDE AFECTAR A LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Hasta finales del siglo pasado –cabría precisar que hasta el actual período constitucional-, la postura más generalizada en nuestra doctrina y jurisprudencia fue la de negar a la separación de hecho cualquier producción de efectos sobre la vigencia de la sociedad ganancial entre los cónyuges.

La fuerza de esta tesis era lógica en un ordenamiento que concebía el matrimonio como una institución prácticamente indisoluble hasta el fallecimiento de uno de los esposos, en el que, además, el régimen económico matrimonial era inmutable después de celebradas las nupcias, salvo que la autoridad judicial resolviera la separación de bienes por alguna de las causas previstas por la Ley.

Por otra parte, cabe recordar que el deber de convivencia fue mucho más en su momento que una mera manifestación característica del vínculo entre cónyuges. Su

cumplimiento constituía un deber legal y ético. De ahí el recelo con que la ley y las autoridades observaron las situaciones de separación de hecho –siempre desde la reprobación moral y en ocasiones hasta el punto de su criminalización- y su resistencia a reconocerle efectos civiles.

En esa tesitura, los autores patrios negaron generalmente, tanto antes de la promulgación del Código Civil [846] como después [847], que la mera ruptura de la convivencia en el matrimonio por parte de uno de los cónyuges, o incluso la convenida entre ambos, pudiera producir efectos en el régimen económico del matrimonio.

La jurisprudencia también sostuvo esta tesis de manera reiterada, desde fechas anteriores a la de promulgación del Código Civil y hasta los primeros años de la década de 1980 [848]. Durante el período al que hacemos referencia, cabe comprobar cómo llegaron hasta el Tribunal Supremo varios recursos de casación planteados sobre la cuestión que nos ocupa. En todos se desestimó la pretensión del cónyuge que pretendió la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho.

Parte de la doctrina entiende que esta tesis es aún la más adecuada y coherente con nuestra actual normativa. De hecho, el planteamiento lo defienden algunos autores que han realizado destacados estudios sobre la materia[849].

En la base de razonamiento de esta propuesta se encuentra el sólido argumento de que las causas de disolución de la sociedad de gananciales son únicamente las que se detallan en los artículos 1373, 1392 y 1393 del Código Civil.

---

[846] ABELLA, Joaquín: op. cit., pág. 389; o PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: op. cit., pág. 13.

[847] MANRESA Y NAVARRO, Jose María: op. cit., pág. 641.

[848] En este sentido, pueden citarse las SSTS de 26 de junio de 1876, 19 de diciembre de 1932, 31 de marzo de 1964 y 7 de marzo de 1980.

[849] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., págs. 76 a 79. Debemos puntualizar que la autora parte en esta obra de un posicionamiento ecléctico, al explicar (op. cit., págs. 61-62) que "*se pueden ofrecer tres soluciones distintas. Por un lado, puede defenderse la ausencia total de efectos de la separación de hecho sobre el régimen económico de gananciales (…). Por otro lado, podría negarse la posibilidad de nuevos gananciales y considerar privativos los bienes adquiridos por el cónyuge separado, con todas sus consecuencias civiles y registrales; esto es, podría defenderse la disolución de la sociedad de ganancias como consecuencia de esta situación. Por último, podría optarse por una solución intermedia; concretamente, podría hablarse de la suspensión de determinados efectos del régimen de gananciales, que es algo muy diferente a la disolución*", y apuntando que "*en mi opinión, la elección de cualquiera de las alternativas expuestas dependerá de las circunstancias concretas de la separación de hecho ante la que nos encontremos*". No obstante, creemos que la tesis que prefiere es la de carencia de producción de efectos, pues parece que solo considera admisible adoptar soluciones más flexibles para aquellas situaciones en las que las separaciones fueron prolongadas en el tiempo y se sufrieron en un momento legislativo en que los cónyuges no disponían de alternativas para finalizar formalmente su sociedad ganancial (op.cit., págs. 76-77). Las argumentaciones que se exponen a continuación en el texto se compendian por esta misma autora en su citada obra.

Si se atiende al contenido de los anteriores preceptos, entre las causas de disolución que operan *de pleno derecho* solo se reconoce la separación *legal* de los cónyuges. Por otra parte, la separación *de hecho* solo se reconoce como causa de disolución de la sociedad de gananciales *por decisión judicial*, a instancia de uno de los cónyuges, cuando se prolongue durante más de un año, ya sea por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. Por tanto –se concluye-, la mera separación de hecho no constituye causa de disolución de la sociedad de ganancias.

En defensa de esta tesis también se aducen otras razones hermenéuticas, entre ellas, la existencia de los artículos 1368 y 1388 del Código Civil. Según sus seguidores, estos preceptos, al regular aspectos del funcionamiento de la sociedad de gananciales en situaciones de separación de hecho, vendrían a despejar cualquier posible duda en cuanto a que la ruptura de la convivencia entre esposos no determina su conclusión.

Esta tesis considera además que el abandono del hogar por uno de los cónyuges no debería reportarle el beneficio de poder quebrar a su mero antojo el consorcio conyugal.

Los valedores de esta postura también reconocen que el fundamento de la sociedad de gananciales se encuentra en la comunidad de vida del matrimonio, pero matizan que los remedios al alcance de los cónyuges para poner fin a la sociedad de gananciales como consecuencia de la ruptura de la convivencia de su relación son, en la actualidad, numerosos y accesibles. Así, los esposos pueden otorgar capitulaciones matrimoniales finiquitando el régimen ganancial, pueden separarse o divorciarse obteniendo la consecuente disolución de su régimen económico, pueden instar judicialmente la acción del artículo 1393.3º del Código Civil, o incluso realizar algunos de los pactos patrimoniales privados que estén permitidos por el ordenamiento. Si, a pesar de ello, los cónyuges toleran la continuidad de su sociedad ganancial, la separación de hecho no debe afectar su vigencia.

Desde este sector de la doctrina se ha indicado que la jurisprudencia que aplica la doctrina de la limitación funcional fue articulada para dar respuesta a situaciones muy concretas, en las que la mitigación del rigor normativo sobre las causas de disolución de la sociedad de gananciales se justificaba por tratarse de rupturas definitivas y prolongadas que habían sucedido cuando el ordenamiento no concedía a los esposos los actuales remedios[850]. En consecuencia, consideran inadecuado aplicar esta misma solución en el momento actual.

[850] CRESPO MORA, María del Carmen: op.cit., pág. 70: "… *el Tribunal Supremo ha afirmado que la reclamación de los gananciales iría en contra de la buena fe con manifiesto abuso de Derecho en casos muy concretos: en separaciones de hecho de larga duración producidas con anterioridad a las reformas que sufre nuestro Derecho de familia. Esto es, se trata de casos en los que los separados de hecho no pudieron evitar las consecuencias negativas derivadas de la aplicación estricta de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, puesto que el Ordenamiento no les permitía sustituir el régimen de gananciales por otro más adecuado (debido a la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial), ni pudieron solicitar la disolución judicial del consorcio conyugal, ya que tal posibilidad (que fue incorporada a nuestro Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981) no aparecía prevista en las leyes entonces vigentes*".

El planteamiento también reivindica a su favor criterios de seguridad jurídica, no solo para los esposos y la familia que respalda su consorcio económico, sino también para el tráfico económico. Se plantea el riesgo que podría presentar para terceros una mutación del régimen económico de un matrimonio que fuera producida de manera tan atípica, carente además de publicidad ninguna y susceptible de afectar el régimen legal de responsabilidad.

En nuestra opinión, cabe compartir en buena parte las reflexiones de los autores que adoptan este posicionamiento. La mera separación de hecho no constituye causa legal de disolución automática de la sociedad de ganancias, ni siquiera en aquellas situaciones en las que se ha prolongado durante décadas. También entendemos acertadas las apreciaciones que se vierten en torno a la existencia de suficientes remedios en el ordenamiento vigente que, a diferencia de lo que sucedía antaño, evitan a los esposos mantener una vinculación ganancial no deseada. Es cierto, asimismo, que las sentencias que introdujeron la doctrina de la limitación funcional pretendieron corregir situaciones en las que los esposos no pudieron recurrir a soluciones de ese tipo. Asimismo, compartimos con quienes defienden este postulado la preocupación por la protección efectiva de los distintos intereses que orbitan alrededor de la sociedad de gananciales (esposos, familia y terceros). Exigir el efectivo pronunciamiento de una sentencia o el otorgamiento de una escritura pública de capitulaciones para poder modificar el régimen de gananciales como consecuencia de la separación de hecho ofrecería, además, una solución clara al problema, tanto para los esposos afectados por la situación como para cualquier tercero ajeno al matrimonio.

Aun con todo lo anterior, el posicionamiento doctrinal que ahora nos ocupa se presta a alguna observación crítica.

En nuestra opinión, este planteamiento enfrenta en el momento actual un orden jurídico y social muy diferente al de la época en la que hunde sus raíces. El contraste es notable en varios aspectos.

En primer lugar, el abandono de la idea de la inmutabilidad del régimen económico de la pareja una vez celebrado el matrimonio con la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, es un hito relevante. El dogma de la inmutabilidad constituía un límite infranqueable para el intérprete de la norma que hoy ya no impide plantear exégesis más flexibles[851]. El matrimonio, del que depende la existencia del propio régimen económico, es hoy además un vínculo susceptible de ser disuelto incluso unilateralmente, a instancia de cualquiera de los esposos.

Respecto al deber de convivencia, aunque sigue configurando el contenido de la relación matrimonial (artículo 68 del Código Civil), hoy día no se plantean discusiones sobre su inexigibilidad coercitiva. La separación de hecho es un fenómeno habitual, extendido y aceptado socialmente; incluso, el propio ordenamiento le ha conferido una

[851] Autores que se alinean en la posición que ahora comentamos son conscientes de esa reforma legal, aunque no la consideran concluyente. Por ejemplo, CRESPO MORA, María del Carmen: op.cit., pág. 47.

muy considerable amplitud de efectos, principalmente en el orden de las relaciones civiles entre cónyuges[852].

Una aproximación actual a la cuestión objeto de nuestro examen se puede realizar, en consecuencia, desde esta nueva perspectiva.

En nuestra opinión, cuando los defensores de la tesis que comentamos argumentan que los artículos 1373, 1392 y 1393 del Código Civil recogen todas las posibles causas de disolución de la sociedad de gananciales y que la separación de hecho solo está contemplada como tal en caso de que se declare por decisión judicial, realizan una afirmación cierta, pero incompleta. Es verdad que la disolución de la sociedad de gananciales a consecuencia de la separación de hecho exige el pronunciamiento de un tribunal, pero debe añadirse también que los efectos de esa extinción pueden ser retroactivos, alcanzando al momento en que inició la ruptura de la convivencia, si se entiende así lo que dispone el artículo 1394 ("*desde la fecha en que se acuerde*"). En consecuencia, la sentencia que declare extinguida la sociedad ganancial puede desplegar efectos desde el momento en que se produjo el cese efectivo de la convivencia. Esto también lo permite el ordenamiento.

Aunque la anterior apreciación pueda discutirse, la jurisprudencia ya viene recurriendo desde hace décadas[853] al expediente de la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad ganancial al momento del inicio de la separación, al menos en lo que afecta a la relación interna entre los cónyuges separados de hecho. Precisamente, el posible impacto de la separación de hecho en el ámbito meramente interno de la relación de los cónyuges como socios gananciales sería otro de los aspectos sobre los que la interpretación doctrinal que comentamos no parece detenerse.

La existencia de remedios jurídicos que permiten ahora a los esposos separados de hecho disolver su sociedad de gananciales es una observación atinada para contrastar su situación con la que antes sufrían otros a quienes, enfrentados a esa misma realidad, el ordenamiento no ofrecía soluciones. Ahora bien, pensamos que esta circunstancia no autoriza omitir la existencia de algunas razones del todo legítimas que, a pesar de los consabidos remedios legales que ofrece el ordenamiento actual, pueden seguir justificando la inacción de los esposos. Las motivaciones de distinto orden -económicas, familiares, personales, sociales, religiosas, morales o incluso de temor a la incertidumbre sobre el sentido de un eventual fallo- que induzcan a los esposos a no avanzar hacia un conflicto con trascendencia legal inmediata no pueden ser desprovistas de legitimidad y posible tutela judicial, bajo el primario argumento de que, si existe algún remedio legal previsto, el ordenamiento repugna cualquier otra solución posible[854]. De hecho, la posible decisión de los esposos de no ejercitar acciones

[852] Nos remitimos a lo ya extensamente analizado sobre este particular en la primera parte del trabajo.

[853] En concreto, a partir de la STS de 13 de junio de 1986.

[854] La SAP de Badajoz de 1 de septiembre de 2017 recuerda una máxima que se ha reiterado en nuestra jurisprudencia: "*El Derecho puede exigir cuidado, previsión y prevención al ciudadano, pero no*

inmediatas ante el cese efectivo de su convivencia matrimonial no es sólo, en nuestra opinión, absolutamente legítima atendiendo a valores relevantes pero ajenos a la legalidad; la ley reconoce a los cónyuges separados de hecho el derecho a accionar la disolución de su sociedad de gananciales en el momento en que tengan por más conveniente tras la ruptura de su relación, pudiendo solicitar entonces la retroacción de efectos que consideren adecuada a sus concretas circunstancias. Los artículos 1393 y 1394 del Código Civil no plantean dificultad al respecto, siempre que la actuación de los esposos se ajuste obviamente a lo que exige la buena fe, por imperativo del artículo 7.1 del Código. De este modo, la solución que ofrecen los artículos 1393 y 1394 del Código Civil a la problemática que enfrentan los cónyuges separados de hecho está tan prevista y amparada en nuestro ordenamiento como las de otorgar capítulos, demandar o convenir el divorcio o la separación legal, instar la nulidad del matrimonio, o plantear la disolución judicial de la sociedad de gananciales de manera más apresurada.

La tesis que analizamos, además, incorpora a su exposición la existencia de los artículos 1368 y 1388 del Código Civil, como pretendida evidencia de que la sociedad de gananciales sobrevive a la separación de hecho. Abordaremos este argumento más adelante, aunque cabe anticipar que lo consideramos cuestionable.

Asumimos también que cualquier solución al conflicto jurídico que estudiamos en este trabajo debe observar los legítimos derechos de terceros. Compartimos esta premisa con quienes propugnan la tesis que analizamos. Ello no obstante, entendemos que el abrigo de esos intereses ha de conseguirse a través de las herramientas con las que el ordenamiento ya ha dotado al sistema, con la introducción de la normativa vigente: la irretroactividad y la inoponibilidad a terceros de las alteraciones no publicitadas del régimen económico matrimonial y la exigencia de publicidad notarial y registral de las mismas, como más adelante apuntaremos.

No compartimos, tampoco, la posición crítica que se realiza desde este planteamiento con relación al beneficio patrimonial que puede obtener el cónyuge que fuerza, contra la voluntad del otro, la ruptura de la sociedad de gananciales. Entendemos el rechazo que tal consecuencia pueda merecer desde una perspectiva moral o personal, pero éste no puede justificarse en el actual entorno normativo. Si la ley permite a cada cónyuge poner fin al propio matrimonio de manera unilateral y lo hace con todas las consecuencias, es innegable que el sistema auspicia el posible fin de la sociedad de gananciales a instancia de uno solo de los esposos. De hecho, tal fin sobreviene de manera automática e inevitable con el dictado de la sentencia de divorcio (artículos 95 y

---

heroicidades. Las hazañas o gestas están reservadas para otros órdenes". Esta sentencia, por ejemplo, realiza la reflexión sobre un conflicto de responsabilidad civil; otras -*vig* la STS de 4 de marzo de 2015 - lo han hecho en el ámbito de los contratos con consumidores. Como principio general, la misma inexigibilidad cabe propugnarla en las relaciones entre esposos, máxime cuando la falta de acción o reacción inmediatas a una problemática legal pueden ser perfectamente excusables, en la medida en que pueden venir justificadas por un temor legítimo que se pretende evitar, en defensa de derechos e intereses propios y de terceros, e incluso en aras de proteger a la familia, que es una institución amparada por el artículo 39 de la Constitución.

1392 del Código Civil) en cualquier proceso eventual impulsado por uno solo de los consortes contra la expresa voluntad del otro.

Con todo, del planteamiento que venimos analizando resulta un efecto legal que ni siquiera sus valedores consideran satisfactorio y deseable en Derecho: asignar derechos a favor de quien no ha contribuido a su obtención, sin causa legítima que lo justifique, en perjuicio de quien los obtuvo mediante su exclusivo esfuerzo. La rigidez del planteamiento lleva a tal consecuencia indeseada[855].

2.- LA SEPARACIÓN DE HECHO NO AFECTA A LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES HASTA SU DISOLUCIÓN FORMAL, SALVO EN SITUACIONES EXCEPCIONALES

Adoptando un posicionamiento deliberadamente pétreo, el legislador evitó durante años prestar la debida atención a la problemática grave y habitual que planteaba a los esposos mantener su sociedad de gananciales durante su separación de hecho. Son ampliamente reconocidos, en concreto, tanto la posición de especial debilidad en que quedaba la esposa que enfrentaba esa situación como la carga que compartían ambos cónyuges de no poder desvincular sus patrimonios para recuperar sus respectivas vidas independientes. La aplicación inexorable de la tesis restrictiva implicaba asumir consecuencias no deseadas.

Tras decaer el principio de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio y reconocerse a la separación de hecho ciertos efectos de orden civil en las reformas del Derecho de familia de 1981, surge la doctrina de la limitación funcional en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a la que ya hemos dedicado atención. El propósito de esta tendencia jurisprudencial es precisamente corregir ciertos excesos a los que conducía aplicar con todo su rigor las tesis más restrictivas. La realización del valor *justicia* que inspira su planteamiento se hace patente en la formulación de esta propuesta jurisprudencial, sobre todo en sus primeras expresiones. En este sentido, como hemos podido comprobar, la STS de 13 de junio de 1986 subrayó que la petición de la viuda demandante de participar en beneficios obtenidos por su esposo tras la separación de hecho se ajustaba al dictado literal de la ley. El rechazo a su pretensión se fundamentó en que su solicitud era contraria a la buena fe porque, rota, con su consentimiento, la convivencia conyugal durante más de cuarenta años con acuerdo amistoso de alimentos y entrega del hijo único al marido, sin haber intentado acción efectiva que manifestara su disconformidad, no era aceptable conceder el derecho legal a obtener unos bienes a cuya adquisición no había contribuido en

[855] CRESPO MORA, María del Carmen: op.cit., pág. 77, reconoce por ejemplo que "*la aplicación estricta de la ley desencadenará resultados indeseables*", que aun así se justifica por la existencia de remedios legales, que considera al alcance del perjudicado. Aun con ello, la autora no desdeña totalmente la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, al afirmar (ibid., nota al pie 63) que "*[c]omo excepción, tal vez puedan citarse los ingresos o bienes obtenidos durante la tramitación judicial de la separación o divorcio, periodo en el que, como ya hemos indicado anteriormente, de lege lata (ex artículo 1392.3° Ce), continúa subsistiendo la sociedad de gananciales*".

absoluto. En su motivación, esta sentencia recurre principalmente al expediente de la buena fe, a la falta de equidad y al rechazo al ejercicio anormal de un derecho sólo aparente (protección del matrimonio conviviente) más allá de sus límites éticos, teleológicos y sociales.

Desde la STS de 17 de junio de 1988, el Tribunal Supremo introdujo la formulación literal de que "*la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges*", que se mantiene con reiteración en las sentencias que fue dictando durante los años sucesivos.

En el momento actual, esa tesis ha sido reconducida a situaciones excepcionales y concretas, como hemos explicado ya.

El elaborado discurso doctrinal que fue recogido en los postulados iniciales de la doctrina de la limitación funcional en la jurisprudencia y que, en la actualidad, constituye –aun entendida de manera restrictiva- la postura asumida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, merece jurídicamente un amplio reconocimiento positivo.

La detallada elaboración de este discurso permite comprender cuál es el fundamento de la sociedad de gananciales y cómo la separación de hecho afecta a su normal funcionamiento. Entendemos que esta reflexión es imprescindible para comprender la tesis que proponemos y, por tanto, la compartimos en su integridad.

También resulta especialmente acertada, a nuestro juicio, la apreciación de que la exigencia de la buena fe y la proscripción del abuso de derecho constituyen límites intrínsecos al ejercicio del derecho que corresponde a los esposos casados en régimen de gananciales. Ambos parámetros se desbordan cuando, al amparo de la vigencia formal de tal régimen económico, se pretende participar en los beneficios obtenidos por el otro cónyuge sin haberle prestado efectiva colaboración durante la separación de hecho.

Por otra parte, se ha criticado a este planteamiento jurisprudencial que las soluciones que se postulan desde la doctrina de la limitación funcional son incompletas. Éstas suelen centrarse en corregir el problema de la comunicación ganancial, dejando al margen de su propuesta el análisis de otros aspectos de la sociedad de gananciales que también exigirían solución si, como se dice, lo que se produce en esas situaciones excepcionales es una disolución anticipada entre las partes del consorcio económico matrimonial[856]. Creemos que esta observación no resulta inadecuada ni es caprichosa. De hecho invita a realizar otra reflexión.

[856] Como hace ver CRESPO MORA, María del Carmen: op.cit., págs. 77-78, "*la doctrina perfilada por el Tribunal Supremo se centra en un aspecto muy concreto: la suspensión de la comunicación de ganancias cuando los ingresos obtenidos deriven del trabajo desempeñado durante la separación de hecho; pero deja sin resolver lo que ocurre con otra clase de ingresos igualmente encuadrables en el primer apartado del artículo 1347 Ce: por ejemplo, rentas por trabajo de carácter extraordinario, pensiones, indemnizaciones por despido, etc.*" o "*sobre la vigencia del resto de efectos o consecuencias inherentes a*

Generalmente, la aplicación de la tesis que comentamos suele tener lugar en situaciones de conflicto en las que el demandado defiende su derecho a mantener como exclusivamente propio lo que obtuvo durante la separación de hecho, sin la consiguiente colaboración del cónyuge demandante. Así, podría decirse que, en realidad, la construcción jurídica que nos ocupa ha sido concebida en el ámbito procesal a modo de excepción de fondo. Con carácter general, la oposición de la separación de hecho suele operar como la alegación de un hecho extintivo, con el que se anula la eficacia jurídica de la sociedad ganancial que el demandante reivindica como título habilitante de su pretensión a participar en las ganancias de su consorte.

Creemos que, en efecto, esta tesis merece un mayor desarrollo que, en todo caso, deberá presentar soluciones válidas en Derecho y coherentes con lo que constituye la base de su razonamiento.

Con todo lo anterior, la principal objeción que puede realizarse al planteamiento que analizamos es la nota de excepcionalidad con la que trata de resolver el conflicto entre cónyuges separados de hecho, al negar la participación del demandante en las ganancias obtenidas por el demandado durante el período de ruptura.

3.- LA SEPARACIÓN DE HECHO DETERMINA LA SUSPENSIÓN DE LA SOCIEDAD GANANCIAL

Un tercer posicionamiento ante el problema que es objeto de esta investigación es la de quienes afirman que la separación de hecho determina la suspensión de la sociedad ganancial[857].

La suspensión de la sociedad de gananciales como elaboración doctrinal ya se aprecia en la obra de algunos autores anteriores a la promulgación del Código Civil. En este sentido, se hacía la observación de que la separación legal entre esposos no disolvía la sociedad de gananciales. La sociedad perduraba mientras siguiera existiendo el matrimonio, pero la separación legal concedida a los esposos producía el efecto de suspender su vigencia[858].

Un planteamiento similar es el que se plantea actualmente por algún sector de la doctrina para explicar los efectos que produce sobre la sociedad ganancial la separación de hecho.

---

la sociedad legal de gananciales", entre las que la autora destaca especialmente (nota al pie 65) las ganancias obtenidas con el juego.

[857] Advertimos, siguiendo a ALGARRA PRATS, Esther: "Capítulo V: Del régimen de participación", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial),* VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 746, que esta misma propuesta, es decir, la suspensión de la comunicación de ganancias durante la separación de hecho, se ha realizado sobre el régimen de participación.

[858] NAVARRO AMANDI, Mario: op. cit., pág.179.

La propuesta a la que ahora hacemos referencia comparte dos premisas con las anteriormente expuestas. Junto a aquéllas, reconoce que el fundamento de la sociedad de gananciales es la existencia de la comunidad de vida entre los cónyuges y que la separación de hecho no disuelve, por sí misma, la sociedad ganancial.

Aun con ello, la tesis que analizamos propone que la separación de hecho produce un efecto relevante en la vigencia de la sociedad ganancial, que es su suspensión.

La doctrina que defiende esta idea acepta que la redacción del Código Civil no dispone expresamente la suspensión de la sociedad de gananciales en caso de separación de hecho. No obstante, se argumenta que sus preceptos sí apuntan en esa dirección. En particular, los autores que proponen esta postura atienden a la existencia y contenido del artículo 1368. El argumento que se construye sobre este precepto plantea su necesaria compatibilidad con los artículos 1362.1 y 1365.1 del mismo Código Civil ¿Qué sentido tendría el artículo 1368 si fuera cierto que la sociedad de gananciales continúa con plena vigencia a pesar de la separación de hecho? Este último sería innecesario y redundante. De ahí que se proponga que el Código Civil parte de la consideración de que la separación de hecho suspende la sociedad de gananciales, "*quedando reducidos los conceptos de carga del matrimonio y de potestad doméstica al de alimentos de los hijos que convivan con uno u otro cónyuge*".

En definitiva, los defensores de este planteamiento concluyen que, con carácter "*independiente de la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales cuando haya transcurrido un año desde el comienzo de la separación de hecho (art.1393.3 CC), los jueces pueden estimar también que existe suspensión de la vigencia de la sociedad de gananciales en caso de separación de hecho*"[859].

La aportación de esta tesis es valiosa en cuanto atribuye sin ambages a la separación de hecho, como situación jurídica derivada de la mera ruptura de la convivencia entre esposos, la virtualidad de interferir en el normal funcionamiento de la sociedad de gananciales, interrumpiendo la comunicación ganancial. Su propuesta parte de la hipótesis que compartimos, que es la de concebir la sociedad de gananciales como un régimen económico matrimonial cuyo normal funcionamiento y consecuencias exige la convivencia y colaboración entre esposos. Aparte, debe reconocerse a esta construcción que, con la solución que propone, permite corregir las consecuencias no deseadas de las tesis más restrictivas, sin incurrir en el encorsetamiento excesivo que -en nuestra opinión- ofrece como alternativa única la tesis correctora que auspicia la actual jurisprudencia.

Aun con ello, creemos que cabe compartir alguna objeción contra el planteamiento de la suspensión de efectos.

[859] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: "La sociedad… cit., pág. 733.

Se ha criticado esta tesis por su carácter fragmentario[860]. Sus críticos, por tanto, consideran que no da respuesta a la totalidad de cuestiones que demandarían tratamiento en caso de paralizarse *de facto* la sociedad ganancial.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico no contempla la *suspensión* como figura jurídica reconocida en la reglamentación de los regímenes económicos matrimoniales. Resolver un conflicto jurídico a través de una categoría inexistente es problemático[861].

4.- LA SEPARACIÓN DE HECHO ES CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El planteamiento que analizamos ahora concedería la respuesta más categórica a la problemática situación de las parejas casadas en gananciales que cesan su relación de convivencia. El fundamento de esta propuesta se encontraría en la desaparición de la razón de ser de la sociedad de gananciales tras la ruptura de la convivencia conyugal y con el seguimiento de vidas independientes por los esposos.

---

[860] Citamos nuevamente a CRESPO MORA, María del Carmen: op.cit., pág.65, en cuanto denuncia que "*los que afirman que la separación de hecho tiene la fuerza suficiente para suspender la comunicación de ganancias propia de este régimen matrimonial silencian la repercusión de esta clase de separación sobre otras consecuencias derivadas del régimen de gananciales. Si defendemos tal opinión, parece que lo más coherente sería considerar suspendidos todos aquellos efectos legales…*".

[861] REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: "Comentario al artículo 1393", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, T.VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9824. La cuestionable admisibilidad de ese concepto lo han advertido también algunas resoluciones de modo expreso. Así, la SAP de Madrid de 5 de octubre de 2001, afirma que la sentencia recurrida "*eleva a definitiva la suspensión de la sociedad de gananciales, acordada en el punto segundo del auto de medidas provisionales, pero aunque la suspensión de dicha sociedad puede conllevar alguna ventaja práctica carece de apoyatura legal por lo que dicha declaración no es adecuada jurídicamente. Efectivamente la legalidad vigente emanada del Código Civil, no admite, respecto de la sociedad de gananciales, otras situaciones jurídicas que las de plena vigencia, a partir del momento de la celebración del matrimonio o su pacto en capitulaciones matrimoniales (artículo 1345 del Código Civil), y su extinción disolutoria por alguna de las causas reguladas en los artículos 1392 y 1393 del referido texto legal, lo que, en el supuesto enjuiciado, se concreta en el momento en que la presente sentencia gane firmeza*". En términos similares, la misma Sala dictó otra sentencia de 10 de junio de 2003, dedicando a este particular un discurso más extendido: "… *existen corrientes de interpretación judicial que sostienen que la sociedad ganancial pierde todo sentido, y ha de quedar, al menos, en suspenso una vez iniciada la litis de constitución del nuevo estado civil; y en tal dirección parece inclusive apuntar el artículo 808 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al permitir la formación de inventario una vez admitida a trámite la demanda de separación, divorcio o nulidad, sin esperar a la culminación de dicho proceso. Pero es lo cierto que dichas novedades procesales no han ido acompañadas, como hubiere sido preciso, de una modificación de los preceptos sustantivos reguladores de la disolución de la sociedad, que siguen situando el momento de tal extinción en la firmeza de la sentencia de la litis principal (artículo 95). Esta misma Sala viene manteniendo que, sin perjuicio de dicho tímido apunte de la nueva normativa procesal, nuestra legalidad positiva no admite, respecto de la comunidad ganancial, otras situaciones jurídicas que la de plena vigencia, a partir del momento de la celebración del matrimonio o su pacto en capitulaciones matrimoniales (artículo 1345 C.C.), y su extinción por alguna de las causas reguladas en los artículos 1392 y 1393 del referido texto legal, lo que, en supuestos como el presente, se concreta en el momento en que la sentencia de la litis matrimonial gana firmeza. Por lo cual, si bien podría considerarse avanzada, y de un carácter eminentemente lógico y práctico, la medida que en algunos supuestos se adopta judicialmente de suspender la citada sociedad económica, en el auto al que se refiere el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de concluirse que tal posible decisión no tiene apoyo legal alguno*".

La influencia de la doctrina de la limitación funcional propugnada por la jurisprudencia durante las últimas décadas ha sido determinante para la formalización de algunas propuestas en este sentido. Cabe referirse especialmente a la realizada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de febrero de 2014, en la que este órgano constitucional proponía modificar el artículo 1392 del Código Civil.

Conforme explicaba el órgano consultivo, la reforma era una buena oportunidad para establecer una modificación legal, consistente en adelantar la disolución de la sociedad de gananciales al momento del cese efectivo de la convivencia. A juicio del Consejo General del Poder Judicial, el cese efectivo de la convivencia se entendía acreditado con la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, al evidenciar esos hitos la ruptura de la *affectio maritalis*, desvirtuando la comunicación ganancial. Además se proponía introducir un nuevo apartado para entender disuelta la sociedad de gananciales ante situaciones de separación de hecho, sin constancia jurisdiccional. Para éstas, el informe al que hacemos referencia sugería la exigencia de una "*acreditación fehaciente*", proponiendo algunas medidas en ese sentido como la manifestación o el requerimiento notarial. En concreto, el informe proponía incluir en el artículo 1392 del Código un apartado que estableciera que la sociedad de gananciales *"concluirá de pleno derecho (…) 4º. Desde que se acredite fehacientemente la separación de hecho de los cónyuges".*

En el ámbito jurisprudencial, se ha considerado un posible paradigma de esta postura la STS de 11 de octubre de 1999. En esta resolución, se sugirió que el abandono del hogar por el marido "*supuso* de facto *la disolución de la sociedad de gananciales*" y, en consecuencia, ambas partes podían disponer a partir de ese preciso momento de la "cuota" de lo que ya sería una masa patrimonial en liquidación. Cabría traer aquí también el razonamiento que realizó la STS de 26 de abril de 2000, valorando la propia doctrina de la Sala, en cuanto afirmó que "*la separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar, extramatrimonial, por uno de los cónyuges separados sea precisamente una de las situaciones que esta Sala ha considerado como de efectiva conclusión de la sociedad de gananciales sin previa separación judicialmente acordada*". Los términos jurídicos que emplearon estas sentencias han concitado críticas[862].

En la jurisprudencia menor, esa idea también ha sido inspiradora de soluciones prácticas en operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, como la de

[862] CRESPO MORA, María del Carmen: op. cit., pág. 75, destaca la "*sorprendente*" circunstancia de que la STS de 11 de octubre de 1999 declare rotundamente la extinción de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho -aunque lo hace subrayando las peculiares características del asunto resuelto en la misma-. Respecto a la STS de 26 de abril de 2000, GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: "Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho. Ausencia de voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 54, 2000, pág. 1219 advierte que "*en esta sentencia se razona en términos de una nueva causa de disolución de la sociedad de gananciales*".

imputar al pasivo el importe de las cuotas de una hipoteca contratada durante el matrimonio, pagadas por cada uno de los esposos tras la fecha de inicio de la separación de hecho[863]; la de excluir del activo los salarios ganados[864] o las aportaciones realizadas por los cónyuges a sus respectivos planes de pensiones tras la fecha de la ruptura[865]; o la de incluir en el activo un derecho de crédito contra uno de los esposos, por retirar dinero de una cuenta común para fines propios después de la quiebra de la convivencia[866].

La tesis que comentamos tiene su fundamento en la compartida convicción de que la separación de hecho, al implicar la ruptura de la convivencia y colaboración entre esposos, priva de fundamento la posible continuidad de la sociedad de gananciales.

Ello no obstante, el principal problema que puede causar esta solución es su impacto sobre los derechos adquiridos de terceros y su falta de publicidad. Como hace ver MORALEJO IMBERNÓN [867], si la separación de hecho disolviera de manera automática la sociedad de gananciales, entonces deberían contemplarse los medios de divulgación a terceros de esta situación, pues determina para ellos consecuencias "*tan importantes como la modificación de las reglas de administración y disposición*".

Aparte, la aceptación de la mera separación de hecho como causa de disolución efectiva de la sociedad de gananciales pugna con el tenor del artículo 1393.3º del Código Civil.

III.- EL FUNDAMENTO DE LA COMUNICACIÓN GANANCIAL COMO ELEMENTO RELEVANTE DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA

Conocer la finalidad de las instituciones jurídicas y de los preceptos que las desarrollan constituye un aspecto necesario para su análisis. El propio ordenamiento incide de manera específica sobre este aspecto, al instruir al jurista sobre la necesidad de atender a la teleología de las normas en su proceso de interpretación[868].

Nuestro ordenamiento ha concedido un lugar preeminente a la sociedad de gananciales como régimen económico del matrimonio, atendiendo a razones de justicia

[863] Lo hacen, por ejemplo, la SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2014, la SAP de Almería de 12 de febrero de 2013, o la SAP de Ciudad Real de 12 de mayo de 2014.

[864] SAP de Córdoba de 20 de junio de 2014, SAP de Asturias de 6 de junio de 2014 y SAP de Madrid de 29 de abril de 2014.

[865] SAP de Madrid de 29 de abril de 2014.

[866] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 24ª), número 476/2014, de 21 de mayo de 2014 (Numroj: SAP M 11448/2014 - ECLI:ES:APM:2014:11448); o sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.22ª), número 424/2014, de 29 de abril de 2014.

[867] MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Disolución automática…, cit., pág. 300.

[868] El artículo 3.1 del Código Civil impone, *in fine*, que las normas se interpretarán "*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*".

y equidad. Uno de los intereses que pretende proteger este régimen económico matrimonial es el del cónyuge que no genera ingresos con su trabajo, pero contribuye con su esfuerzo y cuidados al ahorro, al bienestar y a la prosperidad del grupo familiar. Es de justicia hacer partícipe de las ganancias que genera uno de los esposos al otro, cuando este último sacrifica su vida personal dedicándose a tareas no retribuidas, aunque necesarias para el sustento del grupo. Esta idea aproxima la relación entre los esposos casados bajo el régimen de gananciales a la de dos socios que suman esfuerzos de distinto orden y naturaleza para mantener a su familia y que, al concluir su relación, reparten los beneficios conseguidos como fruto de ese afán común. Desde esta perspectiva, convivencia y comunicación ganancial se presentan idealmente como un binomio. De hecho, la relación entre ambos conceptos es tan estrecha que resulta difícil concebir una sociedad de gananciales sin vida común entre esposos.

Al estudiar el tratamiento histórico de la sociedad de gananciales en nuestro ordenamiento, pudimos comprobar cómo la doctrina coincidía en términos generales en atribuir su fundamento a la existencia de una comunidad de vida en el matrimonio.

Antes de promulgarse el Código Civil, las aproximaciones a esta máxima se realizaron desde diferentes perspectivas (las convicciones religiosas, el propósito de defender los intereses de la mujer, o el reconocimiento de las ya apuntadas razones de justicia). El Código Civil, que apostaba por continuar con la sociedad legal como régimen matrimonial aplicable con carácter general, devino tributario de esa orientación.

Muchos años más tarde, la exposición de motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 sobre *modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio,* incidió expresamente en esa misma tesis. Al justificar la decisión de mantener la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio en el matrimonio, el texto exponía de manera abierta y literal que su conservación era resultado de una "*decisión largamente pensada y contrastada frente a quienes pretendían sustituirla por el régimen de separación o por el de participación en las ganancias*", principalmente porque tales regímenes ignoraban el hecho de que, "*mientras se mantiene la vida en común de los esposos* –así lo expresaba el preámbulo-, *el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida*". Aunque el devenir de los trabajos parlamentarios concluyó con la supresión del preámbulo en que se hacían esas afirmaciones, puede comprobarse que en los debates legislativos no se plantearon discusiones ni matices sobre esa concreta y relevante apreciación. Interesa apuntar, en consecuencia, que el texto del que derivaría a la postre la Ley 11/1981, de 13 de mayo, destacó de esa manera tan nítida que la lógica de la sociedad ganancial sólo permanece "*mientras se mantiene la vida en común de los esposos".* Esta reflexión, que ya fue

expresada de forma abierta y hasta vehemente por alguna doctrina[869] antes de aquella reforma, sigue siendo también frecuente en el discurso de los autores contemporáneos[870].

Asimismo, esta línea de razonamiento es constante en la jurisprudencia. Lógicamente, las sentencias que han aplicado la doctrina de la limitación funcional inciden en el argumento como elemento sustancial de su decisión. Cuando la separación de hecho impide reclamar una participación en las ganancias del otro cónyuge, ello se debe a que ha desaparecido la causa que justifica la pretensión, que es la propia

[869] Los términos en que se pronunció TAULET RODRÍGUEZ-LUESO, Enrique: op. cit., pág. 9, son elocuentes. El autor se refiere, en primer lugar, a los ingresos obtenidos por los cónyuges casados en gananciales durante la separación de hecho: "*El caso es claro; todo lo que se adquiere durante el matrimonio es ganancial si de modo fehaciente no se demuestra lo contrario. Así se produce el disparate jurídico y moral de que lo que adquiere la mujer separada de hecho, con el producto de su trabajo, pasa a ser ganancial automáticamente, o sea, que la mitad pertenece al marido que se ha ido de casa hace muchos años y que tal vez vive con otra mujer, la que también se beneficia de este absurdo. Lo mismo se puede decir en el caso del marido*…"; y lo hace, de seguido, acerca del modo absurdo en que deben formalizarse las adquisiciones posteriores a la ruptura definitiva de la convivencia, si se quiere evitar ese indeseado efecto de que el cónyuge con quien ya nada se tiene que ver (más allá de compartirse el vínculo formal) adquiera derechos sobre las mismas: "…*como hecha la ley, hecha la trampa, en las adquisiciones de esta clase hay que acudir al siguiente subterfugio. El padre o la madre de la que va a comprar un piso, por ejemplo, tiene que entregarle en donación en el mismo acto la cantidad necesaria para la compra; de este modo el Registrador no tiene más remedio que inscribir la adquisición a nombre de la mujer, pero el truco le cuesta a la compradora, además de los normales derechos de compra, los de la donación, con lo que paga el impuesto dos veces, lo que no tiene remedio si la compradora no tiene padre ni madre, pues no hay que pensar que le haga la donación un hermano, porque esto supondría un coste muy elevado*". El mismo autor reitera el planteamiento en "La separación de hecho y la situación de la mujer", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1980-1, pág. 113.

[870] Por ejemplo, LASARTE, Carlos y SAINZ-CANTERO, Belén: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, Tomo V, Marcial Pons, Madrid, 2024, pág. 215, entiende el régimen de gananciales "*inspirado en la comunidad de vida y ganancias*"; O'CALLAGHAN, XAVIER: *Compendio de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Dijusa, Madrid, 2009, pág. 127, admite que "*[l]a convivencia es la base de la comunidad de gananciales*"; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "Comentario al artículo 1393", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1785, explica que "*[e]l lucro que los gananciales suponen y su reparto igualitario sólo se justifica por la comunidad de vida entre los esposos*"; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS: *Derecho de Familia y de la Persona, Tomo V, Regímenes económicos matrimoniales*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 128, considera que la sociedad de gananciales "*tiene como fundamento moral y ético, además de lógico, la convivencia de los esposos, de la que nace la solidaridad, que es esencial en el consorcio*"; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: "La mutabilidad del régimen económico matrimonial", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 47, Número 2, 1994, pág. 208, opina que "*una distribución igualitaria de los lucros matrimoniales sólo tiene sentido cuando la ganancia es obra de una colaboración entre cónyuges, es decir, cuando hay entre ellos comunidad de vida*"; o, como propone RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE: *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 89, "*[l]a aplicación de las normas de la sociedad de gananciales y, más concretamente, de las ventajas económicas que supone este régimen económico para el cónyuge que tiene menos posibilidades de obtener ingresos, sólo se justifica cuando existe una situación de convivencia conyugal, una comunidad de vida que se traduce en una comunidad patrimonial. La existencia de un único hogar, una sola economía doméstica, una única organización de la vida familiar explica la solución integradora y participativa de la sociedad de gananciales*". Vid también MORALES MORENO, ANTONIO-MANUEL: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, VVAA, Tecnos, Volumen II, Madrid, 1984, págs. 1825-1827; y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "Comentario a los artículos 1344 y 1345 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1483.

existencia de la comunidad de vida conyugal, apreciándose entonces su carácter abusivo[871].

Resulta interesante comprobar, por otra parte, cómo incluso las sentencias que han venido a restringir la doctrina de la limitación funcional acatan ese mismo apotegma, al aceptar sin matices que la participación en los beneficios de la sociedad ganancial se fundamenta en la convivencia entre cónyuges[872].

La idea, en definitiva, parece tan arraigada en nuestra comunidad jurídica que fue incluso expresada en el Informe de 27 de febrero de 2014, emitido por el Consejo General del Poder Judicial con relación al anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en su apartado 343. Dicho órgano constitucional, en ejercicio de su función consultiva, planteó que la reforma de esa Ley ofrecía una buena oportunidad para establecer una modificación del Código Civil, adelantando la disolución de la sociedad de gananciales al momento del "*cese efectivo de la convivencia entre esposos*", identificando ésta como verdadero "*fundamento de la comunicación ganancial*"[873].

La general aceptación de la anterior premisa explica por sí sola que la doctrina de la limitación funcional haya alcanzado tan destacable grado de arraigo y desarrollo en la práctica de los tribunales. Por contraposición, también contrasta con ello el posterior giro en la doctrina del Tribunal Supremo, que ha venido a poner coto a la tendencia expansiva de esa tesis y de sus consecuencias.

En efecto, la nueva propuesta jurisprudencial entraña un cambio de perspectiva, en el que la separación de hecho únicamente se admite como elemento capaz de interferir en la comunicación ganancial cuando viene acompañada de circunstancias que, aquilatadas en su conjunto, evidencien un comportamiento abusivo de quien reclama su participación en lo obtenido por el otro. Sin cuestionar la razonabilidad argumental de esta tesis, actualmente propugnada por el Tribunal Supremo con buena parte de nuestra doctrina, tal planteamiento implica aceptar la continuidad de la sociedad de gananciales entre dos esposos que desarrollan vidas independientes. Es poco convincente que ésta sea la verdadera voluntad del legislador y, de hecho, la doctrina de la limitación funcional emerge de esa misma duda. El estado de la cuestión suscita nuestro interés por analizar las posibles soluciones que puedan venir de la interpretación de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil y también, como veremos después, del propio artículo 1344.

---

[871] Este fue el fundamento nuclear, recordemos, de la STS de 13 de junio de 1986.

[872] Puede traerse como ejemplo la STS de 6 de mayo de 2015.

[873] Sobre esa base, el informe expresaba lo siguiente: "…*el cese efectivo de la convivencia se acredita con la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues si bien puede persistir la convivencia física es evidente que implica la ruptura de la affectio maritalis, lo que desvirtúa radicalmente la comunicación ganancial. Adicionalmente, habría que introducir un nuevo apartado para considerar la disolución de la sociedad de gananciales ante situaciones de separación de hecho, sin constancia jurisdiccional, a las que debe exigirse la acreditación fehaciente, como ya existe en diversas legislaciones sobre uniones de hecho (v. gr. Manifestación o requerimiento notarial)".*

IV.- INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1393.3º Y 1394 DEL CÓDIGO CIVIL

Retomando una explicación anterior, el Código Civil reconoce dos tipos de causas de disolución de la sociedad de gananciales.

En primer lugar, el artículo 1392 reúne una serie de eventos que, cuando tienen lugar, producen de manera automática el cese de la sociedad de gananciales. Así, la sociedad legal concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio por divorcio o muerte de cualquiera de los cónyuges; cuando el matrimonio sea declarado nulo; cuando tenga lugar la separación legal de los esposos; o cuando estos pacten en capitulaciones otro régimen económico matrimonial. La separación de hecho no forma parte de esa relación.

Un segundo elenco de causas de disolución de la sociedad de gananciales son las recogidas en el artículo 1393. La producción de estos eventos no determina, por sí sola y de manera automática, la conclusión de la sociedad de gananciales; no la determina por sí sola porque el precepto exige que se propicie a instancia de parte; y no la concluye de manera automática porque la norma requiere el pronunciamiento de una resolución judicial que, apreciando la existencia de la causa, declare expresamente la conclusión de la sociedad. Entre estos supuestos, el apartado 3º del artículo 1393 incorpora como causa "*llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar*". En nuestra opinión, en lo que resulta más relevante, esta norma, junto a la del artículo 1394, implica que:

1º) La causa de la disolución de la sociedad de gananciales recogida en el precepto es la separación de hecho entre los cónyuges. Desde que se produce la separación prevista en el precepto, el ordenamiento concede a los cónyuges el poder de disolver la sociedad de gananciales mediante el ejercicio de una acción judicial[874].

2º) La disolución efectiva de la sociedad de gananciales es consecuencia de la sentencia que dicta la autoridad judicial.

3º) Entre los cónyuges, la ley prevé que los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales se produzcan desde que tenga lugar una separación de hecho que éstos planteen de manera definitva.

Los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil plantean diversas cuestiones, de las que ahora nos vamos a ocupar.

[874] Siguiendo a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 16, Número 1, 1963, págs. 24-25, causa puede entenderse como "*aquel hecho o fenómeno al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente otro hecho o fenómeno distinto o liga un poder de una persona de implantar este nuevo hecho o este nuevo fenómeno (hablamos, v. gr. de causas de extinción del usufructo, de la servidumbre; de causas de nulidad, de revocación, de rescisión; de causas del incumplimiento de una obligación, etc.)*".

1.- LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO SITUACIÓN JURÍDICA PREVISTA EN EL PRECEPTO

La referencia a la separación de hecho del vigente artículo 1393.3º del Código Civil procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Es conocida la concomitancia de dicha norma con la Ley 30/1981, de 7 de julio. Esta última reforma introdujo la noción de *cese efectivo de la convivencia conyugal* al determinar las causas de separación y divorcio en sus artículos 82 y 86.

La redacción del artículo 87 aprobada en esa misma reforma disponía que, dicho cese efectivo de la convivencia conyugal era "c*ompatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en 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*". Asimismo, el precepto añadía que la interrupción de la convivencia no implicaba cese efectivo de la convivencia, en caso de que este obedeciera "*a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*".

Suele admitirse que el "*cese efectivo de la convivencia conyugal*" tan reiterado en aquella reforma del Código era una expresión sinónima a la "*separación de hecho*"[875]. Esta apreciación se cohonesta con el hecho cierto de que el artículo 86.3ª incorporara como causa de divorcio "*el cese efectivo de la convivencia conyugal"* durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consintiera libremente por ambos cónyuges "*la separación de hecho*", o durante al menos dos años ininterrumpidos cuando quien pidiera el divorcio acreditara que, al iniciarse *"la separación de hecho"*, el otro estaba incurso en causa de separación.

A nuestro juicio, cabe concluir con ello que, en efecto, existe una clara correspondencia -incluso, si se prefiere, una plena identidad-, entre la "*separación de hecho*" que recoge el artículo 1393.3º y el "*cese efectivo de la convivencia conyugal"* contemplado en la Ley 30/1981, de 7 de julio, como situación fáctica habilitante para obtener las sentencias de separación o divorcio.

Algún autor ha advertido que todas las normas que acabamos de referir han sido objeto de derogación por la Ley 15/2005 y que, en consecuencia, ya no existe una referencia legal clara de lo que debe considerarse la separación de hecho[876]. Frente a ello, parte de la doctrina entiende que las normas –hoy derogadas- que describían el "*cese efectivo de la convivencia conyugal*" siguen constituyendo un valioso elemento interpretativo para la legislación actual[877]. Este planteamiento nos parece acertado, al

[875] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: ibid.

[876] MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: ibid.

[877] En cuanto a la supresión del artículo 87.2 CC, autoras como ATIENZA NAVARRO, María Luisa y MÁS BADÍA, María Dolores: *Los efectos personales del matrimonio. Unidad 4*. 30 de julio de 2021.

proponer una interpretación de la norma a partir de sus antecedentes históricos y legislativos y del que fue su contexto original, conforme al artículo 3.1 del Código.

En definitiva, en nuestra opinión, en el artículo 1393.3º del Código Civil, la *separación de hecho* que constituye la causa habilitante para obtener la disolución de la sociedad de gananciales es una situación objetiva en la que los cónyuges, por acuerdo mutuo o por imposición de uno de ellos, interrumpen de manera indefinida su vida conyugal (esto es, su convivencia efectiva como pareja), sin intervención de la autoridad competente. Esa es la ruptura de la convivencia efectiva en el matrimonio que determina la pérdida de fundamento de la sociedad ganancial y, precisamente por ello, el precepto la reconoce como causa habilitante de su conclusión[878].

Plantea alguna cuestión el encaje en el presupuesto objetivo del precepto de aquellas situaciones de separación de hecho que van acompañadas de un acuerdo por el que los cónyuges, de manera expresa o ínsita a sus estipulaciones, convienen la continuación de su sociedad de gananciales tras la ruptura de su convivencia. Por su objeto, dicho pacto no desbordaría ninguno de los límites establecidos en los artículos 1255 y 1328 del Código Civil[879] e incluso, podría añadirse, simplemente implicaría la continuidad de un régimen económico tras una situación de hecho que el ordenamiento no contempla como causa automática de disolución de la sociedad ganancial. De ahí resulta la validez y exigibilidad del acuerdo que puedan alcanzar los cónyuges para mantener la sociedad de gananciales tras su separación de hecho, como si ésta no hubiera ocurrido. La duda se presenta entonces en torno a si ese acuerdo impedirá a los cónyuges que ya han iniciado sus vidas separadas el ejercicio de la acción que les concede el artículo 1393.3º. Sobre ello, en nuestra opinión, cabría distinguir dos aspectos.

En primer lugar, nuestro Derecho recela de las relaciones obligatorias perpetuas. En este sentido, la jurisprudencia[880] ha reiterado que "*la atribución del desistimiento ad*

Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/eb1aeb3e-605b-4aa0-8139-aaa9fe9b34f3/content (Fecha de consulta: 21 de febrero de 2025), págs. 5-6, han entendido que el derogado precepto puede valer aún para interpretar cuándo se cumple el deber de convivencia, a pesar de existir una separación física, no espiritual, entre los cónyuges.

[878] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al… cit., pág. 1785. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral, Tomo V, Derecho de familia, Volumen I, Relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 1994, al referirse al artículo 1393 del Código, afirma que *"El número 3º parece relacionarse con la orientación crítica que solicitaba una flexibilización de las causas de disolución de la sociedad y que insistía en la idea de que la comunidad de la ganancia tiene sentido ligada con la comunidad de vida".*

[879] Artículo 1255 del Código Civil: "*Los contratantes 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*".

Artículo 1328 del Código Civil: "*Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*".

[880] Sintetiza esta doctrina, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 2024.

nutum, contemplada incluso legalmente en algunos supuestos, trae causa de la prohibición de que una vinculación obligatoria sea indefinida o perpetua (…), en aras, en última instancia, según autorizada doctrina, de la necesaria protección de la libertad individual", indicando que, por ello, "*asiste a los contratantes facultad de liberación, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas*". Creemos que esa doctrina es vinculante en la materia que analizamos. Si el pacto de continuar la sociedad ganancial tras la separación de hecho se entiende al margen de esa condición, resultaría un acuerdo de mayor rigor jurídico que las propias capitulaciones en las que se pacta el régimen de gananciales para el matrimonio, o que el propio régimen ganancial atribuido supletoriamente por la ley en defecto de acuerdo en contrario, pues ambos se pueden disolver. Actualmente, además, el eventual pacto por el que los esposos se obliguen a mantener su matrimonio indisoluble no encajaría con nuestro orden público ni con el respeto a sus libertades personales garantizadas[881], y esa misma objeción cabe realizarla ante el hipotético acuerdo en el que se pretenda perpetuar no ya el matrimonio, sino una de sus facetas, la económica, a través de la indisolubilidad de la sociedad de gananciales.

Sentado lo anterior, la validez del pacto tendría en nuestra opinión evidentes consecuencias prácticas. La vigencia del acuerdo exigiría entonces a la autoridad judicial su observancia si se insta ante ella la aplicación de la doctrina de la limitación funcional o si se le solicita la producción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1394 del Código Civil.

Cuestión distinta es que no todo acuerdo económico entre los esposos separados de hecho será determinante de la continuación de la sociedad ganancial. En este sentido, creemos que la jurisprudencia ha realizado progresivamente una lectura más incisiva y acertada en este sentido de los acuerdos y conductas de los cónyuges posteriores al inicio de sus vidas separadas. Por ejemplo, convenir el pago de una pensión alimenticia a favor de uno de los esposos por el otro, o distribuirse los gastos de manutención de los hijos, implicará conservar vínculos económicos entre los cónyuges durante la separación de hecho, pero sin que eso pueda confundirse con la falta de voluntad de cesar la sociedad de gananciales[882]. Tampoco, a nuestro juicio, debe extraerse equivocadamente la idea de que los cónyuges han querido continuar la sociedad ganancial por el mero hecho de identificarse como *casados en gananciales* al otorgar cualquier escritura de adquisición o testamento. Estas afirmaciones, como ha corregido

[881] En este sentido, BARBA, Vincenzo: "Reseña bibliográfica a la obra *Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial*, de GARCÍA MAYO, Manuel", *Revista de Derecho Civil*, Enero-Marzo 2024, pág. 292.

A favor de la validez del pacto, SALIDO, Mercedes: "La renuncia a la acción de divorcio", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 35, 2019, págs. 417-458.

[882] Lo analiza con buen criterio la STS de 7 de noviembre de 2024.

recientemente la propia jurisprudencia, no son más que expresiones de una verdad jurídica que no van más allá de lo meramente formal[883].

En todo caso, creemos que, ante la realidad de un cese efectivo de la convivencia, el cónyuge que pretenda sostener la continuidad de la sociedad de gananciales en esa circunstancia debería pechar con la carga de su acreditación, pues lo que procede presumir es el cumplimiento de la regla general, es decir, que sin vida conjunta no existe colaboración entre esposos y, sin ésta, carece de fundamento la sociedad ganancial.

2.- LA INSTANCIA DE PARTE

2.1.- Necesidad de la solicitud

Las causas de disolución de la sociedad de gananciales previstas en el artículo 1393 del Código Civil no operan de manera automática. Todas las incorporadas al precepto requieren ser reconocidas por una decisión judicial.

La autoridad judicial únicamente puede disponer la disolución de la sociedad de gananciales por cualquiera de esas causas si así lo solicita al menos uno de los cónyuges.

2.2.- Legitimación de los cónyuges

El tenor del artículo 1393.3º ha generado debate en la doctrina en cuanto a qué cónyuge queda legitimado para instar la acción de disolución de la sociedad de

[883] La STS de 29 de mayo de 2023 confirma la resolución de instancia, en la que la Audiencia Provincial había considerado disuelta la sociedad ganancial atendiendo a la existencia de un documento privado "*que incluía compromisos económicos a cargo del esposo respecto de las hijas comunes, la atribución del uso de la vivienda ganancial, así como el pago de una pensión compensatoria a favor de la esposa*". Contra lo propuesto por la recurrente, la sentencia de casación entiende que "*la Audiencia ofrece una explicación verosímil acerca de que las posibles titulizaciones en la proporción adquirida por el demandado como presuntivamente gananciales no obedezcan al deseo del demandado de continuar la relación económica más allá de lo pactado, sino al juego de las presunciones legales de ganancialidad mientras no se disuelva el régimen económico*". Cabe ver cómo esta interpretación es muy diferente a la ofrecida por la STS de 6 de mayo de 2015, que consideró probado que los esposos separados de hecho habían querido mantener su relación patrimonial como socios gananciales, porque "*a pesar de la separación física o personal de los cónyuges, acudieron juntos (...) a la Notaria (...), a fin de otorgar testamento; y ambos designaron herederos a sus tres hijos, atribuyendo al otro lo que por legítima estricta le pudiera corresponder*", entendiendo que, de ello, "*puede colegirse que a pesar de esa separación personal de hecho, quisieron mantener sus vínculos económicos como matrimonio que fueron y familia que, al menos a esos efectos, parece desprenderse querían seguir manteniendo. Y más, si tal dato se une al hecho de que en todas las escrituras públicas que obran en autos referentes a adquisición de bienes, constitución de sociedades, o suscripción de acciones, incluso en las otorgadas con posterioridad a la separación de hecho de los cónyuges, D. (...) indicó que se encontraba casado, especificando además en alguna ocasión que lo estaba con Dña. (...), siendo obvio que con ello estaba aceptando y que venía a reconocer el carácter ganancial de todos los bienes a los que tales negocios jurídicos se referían. No puede dejarse de ver en ello incluso un reconocimiento implícito o tácito del origen de los bienes o fondos con los que tales adquisiciones se realizaban. En definitiva, y a la vista de lo expuesto, no puede negarse que si D. (...) no se separó legalmente o no llegó a solicitar el divorcio, fue sólo porque quiso mantener el vínculo económico quien fuera su consorte y madre de sus hijos*".

gananciales cuando la separación de hecho venga motivada por un "*abandono del hogar*" no consentido por el otro esposo. Se discrepa entre reconocer a ambos esposos la legitimación para el ejercicio de la acción o reservarla únicamente al cónyuge que sufre el abandono.

Una parte de la doctrina ha considerado que el precepto no permite accionar al cónyuge responsable del abandono[884]. Otros autores entienden, por el contrario, que la norma concede legitimación a cualquiera de los esposos, incluyendo al que impone unilateralmente esa situación al dejar, sin previo consenso, el hogar familiar[885].

Creemos que la segunda interpretación resulta más adecuada actualmente.

En la causa de disolución contemplada en el precepto late la lógica insoslayable de que la comunicación de patrimonios y la participación en los beneficios del otro cónyuge, ínsitas en la sociedad de gananciales, quedan desprovistas de sentido cuando los esposos hacen vidas independientes[886]. Esta razón objetiva preside el conjunto de la norma. El artículo no hace distinción al respecto; al contrario, incluye en la misma

[884] En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: "Comentario al artículo 1393", *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, VVAA, Dir. ALBÁCAR LÓPEZ, Jose Luis, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1992, pág. 1626; o LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros: op. cit., pág. 235.

[885] PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: "Capítulo VI. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales", *Derecho de Familia*, VVAA, Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 1171; RAMS ALBESA, JOAQUÍN JOSÉ: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 415; CABEDO SERNA, Llanos: "De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (I)", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín; MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Madrid, 2006, pág. 557; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: op. cit., pág. 127; o MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: "Comentario al artículo 1393", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1535.

"21 de diciembre de 1998. Convenio regulador de los efectos de separación o divorcio. Validez y eficacia de los acuerdos que lo modifican o complementan. Deudas de dinero. Daños moratorios", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Número 50, 1999, págs. 715-732.

[886] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al… cit., pág. 1785; y DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo I, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 194-195, quienes explican que, "*[p]ara que pueda concluir la sociedad de gananciales basta la separación de hecho por más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. Su razón es que el lucro de los gananciales solo se justifica en función de la comunidad de vida*"; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, *Derecho de familia*, Volumen I, *Relaciones conyugales*, Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, José María, Reus, Madrid, 1987, págs. 543-544, explica, respecto al artículo 1393 del Código civil, que "*[e]l número 3º parece relacionarse con la orientación crítica que solicitaba una flexibilización de las causas de disolución de la sociedad, y que insistía en que la idea de que la comunidad de la ganancia tiene sentido ligada con la comunidad de vida*"; o LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Derecho de Familia, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 221-222, quien afirma que "*hoy podemos concluir que es doctrina reiterada de nuestros tribunales que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, y que una vez rota la convivencia conyugal no se pueden reclamar derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no se ha contribuido*".

norma la separación de hecho convenida o impuesta, como un único presupuesto, atribuyendo a ambas situaciones los mismos efectos[887].

En segundo lugar, dicha interpretación parece también más armónica con el modelo de "divorcio-remedio" por el que apostó el legislador en la reforma de 1981. Según ha hecho ver alguna doctrina[888], el divorcio-remedio se centraba en dar solución "*al problema de la insoluble desafección conyugal, para lo que buscaba fórmulas más acordes con el libre desarrollo de la personalidad y con la dignidad de cada uno de los cónyuges*", y evitaba indagar en la culpabilidad de los cónyuges como posibles responsables de la ruptura[889]. Ciertamente, esa afirmación se presta a relevantes matices[890], pero puede convenirse que introducir el modelo de divorcio-remedio era la verdadera base de la reforma, al apuntalarse la posibilidad legal de obtener la disolución del matrimonio en situaciones de mera desavenencia conyugal, incluso cuando en tales casos se exigieran requisitos de tiempo que hoy pueden considerarse inasumibles, por desmesurados.

---

[887] Por todos, PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: op. cit., pág.1171: "*La redacción del precepto permite afirmar que se trata de una causa objetiva, que únicamente atiende a una situación fáctica (la separación de hecho de los cónyuges), sin consideraciones valorativas sobre el comportamiento de los cónyuges. Razón por la cual cualquiera de los cónyuges tiene legitimación activa para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales invocando esta causa, con independencia de qué cónyuge haya tomado la decisión de la separación*"; o, como expone ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: op. cit., pág. 127, con una apreciación que cabe compartir: "*Respecto del abandono, que tiene que reflejar romper la vida en común, nada hace pensar que el precepto pretenda legitimar para solicitar la disolución exclusivamente a quien queda en el hogar. Es la separación de hecho la causa de extinción y si el legislador hubiera pretendido tal limitación, hubiera sido sencillo repetir la mención del «otro», que utiliza repetidamente en este mismo art. 1.393 CC, añadido al abandono: por abandono del hogar del otro cónyuge. Al no hacerlo, viene a reconocer que ambos -abandonante y abandonado- pueden instar judicialmente la terminación del régimen económico ganancial*".

[888] VARELA GIL, CARLOS: "El Incumplimiento de los deberes conyugales y la pensión compensatoria", *InDret*, Número 1, 2022, págs. 91 y 98.

[889] Es cierto que, en la reforma legal que comentamos, el artículo 82.2 del Código Civil disponía que la separación judicial podía solicitarse "*a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación*", siendo la causa de separación primera, precisamente, "*el abandono injustificado del hogar*". De ahí podría proponerse como posible interpretación coherente del artículo 1393.3º la de reservar la acción de disolución de los gananciales al cónyuge "no incurso" en la causa legal de disolución. Sin embargo, creemos que, justo al contrario, los artículos 82.2 y 1393.3º se distinguen en cuanto el primero de ellos hace esa distinción de manera expresa, mientras el segundo presenta conjuntamente el acuerdo mutuo y el abandono del hogar como dos meros presupuestos de la separación de hecho que, sin distingos, propician la misma como causa habilitante de la disolución de la sociedad ganancial. De hecho, esta interpretación encaja bien en el contexto originario de ambas normas, pues el artículo 82.6 también permitía accionar a cualquiera de los cónyuges para obtener la sentencia de separación, en el caso de que se produjera un cese efectivo de la convivencia por tiempo superior a los tres años, sin reparar en el origen, la causa o la culpabilidad de la ruptura.

[890] Nótese cómo el propio preámbulo de la Ley 15/2005, de 8 de julio, advierte que, en 1981, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio "*constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción. El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales*".

El debate, con todo, creemos que puede entenderse superado en la actualidad. La aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, impide a nuestro juicio toda posibilidad de negar la acción al cónyuge que propicia el abandono, pues, siguiendo su preámbulo, "*el respeto al libre desarrollo de la personalidad (…) justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge"*. Si el ordenamiento ampara al cónyuge que no desea seguir vinculado con su consorte, concediéndole hasta acción de divorcio, carece de sentido discutirle la posibilidad de instar el mero cese de su régimen económico matrimonial, aunque se trate de quien haya propiciado unilateralmente la separación que habilita la causa. De hecho, en nuestra opinión, el artículo 1393 concede legitimación para ejercitar la acción a cualquier cónyuge separado de hecho, incluso si no se trata puramente de una separación alcanzada de mutuo acuerdo o derivada de un abandono del hogar[891].

2.3.- Legitimación de terceros

Cabe cuestionar si el ejercicio de la acción de disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho puede plantearla únicamente alguno de los esposos, o si cabe la posibilidad de que la insten en su lugar otras personas.

La redacción del artículo 1393 del Código restringe el ejercicio de la acción a los propios esposos. Ello no obstante, la ley parece permitir que otras personas también puedan instarla.

2.3.1.- Representante del cónyuge con discapacidad que requiere representación

El primer supuesto a analizar es el del posible ejercicio de la acción por la persona designada como medida judicial de apoyo del cónyuge con discapacidad que requiere representación[892].

La cuestión ha sido polémica.

En el ámbito de las demandas de separación, la STS de 27 de febrero de 1999 planteó objeciones a esa posibilidad. Esta sentencia resolvió, desestimándolo, un recurso de casación en interés de ley planteado por el Ministerio Fiscal, que se manifestaba a favor de reconocer legitimación a la tutora de una persona con discapacidad para promover esa acción. El Tribunal Supremo argumentó su rechazo, indicando que la representación

[891] Piénsese por ejemplo en el supuesto del cónyuge que ya ha expresado formalmente a su cónyuge su voluntad unilateral y definitiva de cesar la relación de convivencia, pero sin haber abandonado el hogar, por motivos personales o de mera imposibilidad. Si el precepto concede la legitimación al cónyuge que decide romper unilateralmente la relación y sale del hogar común, carecería de sentido negársela a este otro, por el mero hecho de permanecer en el mismo aun sin *affectio maritalis*.

[892] Conviene recordar que, conforme indica GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, Número 32, 2018, págs. 75-76, el artículo 56.2 del Código Civil es "*respetuoso con el* ius nubendi *de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, al favorecer su celebración —que constituye la regla general— si concurre la capacidad natural de entender qué es el matrimonio y querer los efectos que le son propios*".

del tutor no abarca todas las posibles áreas de actuación del tutelado y que, en particular, la generalidad de la doctrina excluía del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo, que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar. Asimismo, se razonaba que dicho criterio no vulneraba el derecho de igualdad ante la ley de los esposos.

La referida sentencia fue objeto de críticas desfavorables en parte de la doctrina[893] y fue además contradicha poco después por otra dictada por el Tribunal Constitucional el 18 de diciembre de 2000, resolviendo un recurso de amparo interpuesto por la tutora de la entonces incapacitada contra las sentencias de la Audiencia de Asturias que en su momento habían sido recurridas en interés de ley por el Ministerio Fiscal. A juicio del Tribunal Constitucional, impedir el ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz no cumplía las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela y desembocaba en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales. Se consideraban vulnerados así los artículos 14, 32.1 y 49 de la Constitución, concediéndose por tanto el amparo a la demandante.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011[894], dictada en Pleno, volvió a ocuparse de la cuestión. En esta ocasión, el recurso de casación llegaba en un procedimiento de divorcio, motivo que había llevado al Juzgado de Primera Instancia a dudar si podía aplicarse el criterio sentado por la STC de 18 de diciembre de 2000 -que obviamente no afectaba al vínculo matrimonial-, habiendo decidido de forma favorable a esa posibilidad la Audiencia Provincial en grado de apelación. La Sala advirtió que, en efecto, al tratarse de una causa de divorcio, el conflicto de autos no podía solucionarse con la mera remisión al criterio sentado por la antedicha STC. Sin embargo, el Alto Tribunal confirmó lo resuelto por la Sala de instancia y reconoció al tutor la legitimación para instar la acción de divorcio en nombre de su pupilo.

Los fundamentos de la sentencia destacan el contenido de los artículos 12.3 y 13.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que obligan a los Estados firmantes, respectivamente, a adoptar las medidas pertinentes para "*proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*" y asegurar que "*las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás*".

[893] VALLADARES RASCÓN, Etelvina: "La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)", *Derecho Privado y Constitución*, Número 13, 1999, págs. 273-296. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000/311), resolvió, estimándolo, el recurso de amparo interpuesto contra aquellas resoluciones denegatorias, pronunciadas por la Audiencia Provincial de Asturias. Acerca de esta sentencia, puede verse ORLANDO, Nicola: "Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta", *InDret*, Número 3, 2012, págs. 1-24 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[894] STS de 21 de septiembre de 2011.

Resulta relevante puntualizar que la sentencia que comentamos se dictó estando ya vigente la reforma de Código Civil operada por la Ley de 15/2005, de 8 de julio. Sobre ello, advirtió que la reforma elimina la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio, pero que esto no impide el ejercicio de la acción cuando existe "*interés del incapaz*[895]". El matiz relevante es que, según esta sentencia, los tutores no pueden ejercitar "*arbitrariamente*" dicha acción, sino que "*deben justificar que existe un interés del incapaz*[896] *en obtener la disolución de su matrimonio*".

El criterio adoptado en dicha sentencia por el Tribunal Supremo recabó aceptación por parte de la doctrina[897].

En el marco normativo actual, el criterio permisivo debe entenderse consolidado tanto por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, como por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 7.3 determina que las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de tutela judicial efectiva. Así parecen confirmarlo además las últimas resoluciones que se han venido pronunciando en el ámbito de la jurisprudencia menor, reconociendo legitimación al órgano de apoyo para ejercitar y seguir la acción de divorcio en nombre de la persona con discapacidad[898].

Ciertamente, si el actual ordenamiento español permite ejercitar las acciones de separación y divorcio a las personas que disponen de facultades representativas de personas con discapacidad, en nombre de sus representados, *ad maiore ad minus* debe concluirse que también disponen de ella para promover la acción de extinción de la sociedad de gananciales por causa de separación de hecho, así como para interesar sus efectos retroactivos entre partes. No obstante, será exigible para ello justificar el "*interés de la persona con discapacidad*".

Para llevar a efecto la acción, entendemos que habrá de estarse a lo previsto en el artículo 287 del Código Civil, cuyo apartado 7º prevé que el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para interponer demanda en nombre de ésta, salvo en los asuntos urgentes o de

[895] Se ha reproducido *supra* el término literal que consta en la sentencia comentada.

[896] Se ha reproducido *supra* el término literal que consta en la sentencia comentada.

[897] IGLESIA MONJE, María Isabel (de la): "Ejercicio de acción de divorcio por los tutores de la incapaz: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 2011 (5855/2011)", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Volumen 5, 2016 (2011-2012), págs. 691-704.

[898] En este sentido, por ejemplo, la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2021, o la SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 2023.

escasa cuantía[899]. Incluso en los casos más graves, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, la decisión del curador deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como las factores que ella hubiera tenido en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado el representado en caso de no requerir representación, atendiendo a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 249 del Código Civil.

2.3.2.- Sucesores de los cónyuges

El segundo supuesto que interesa analizar es el de los herederos del cónyuge que fallece casado, pero separado de hecho de su consorte.

La muerte del cónyuge separado de hecho determina *ipso iure* la extinción de su sociedad de gananciales (artículos 1392.1º y 85 del Código Civil). Así, la extinción de la sociedad de gananciales en la que participaba el finado y la apertura de la sucesión de la que trae causa el derecho de sus sucesores *mortis causa* (artículo 657 del Código Civil) son eventos jurídicos sincrónicos. En consecuencia, no tendría sentido *a priori* plantear la posibilidad de que el heredero inste una acción dirigida a disolver una sociedad ganancial que ya no existe desde el deceso del *de cuius*.

Existen, sin embargo, algunos supuestos en los que el deceso del cónyuge separado de hecho puede dar lugar a que sean sus sucesores *mortis causa* quienes postulen ante el tribunal que los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales de su causante se declaren desde el momento en que hubiera tenido lugar la ruptura de su convivencia matrimonial.

Puede plantearse esta circunstancia, en primer lugar, con el fallecimiento de uno de los cónyuges durante la pendencia de un procedimiento previsto en los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil, en el que el matrimonio separado de hecho discute sobre la disolución de la sociedad de gananciales y la fecha de sus efectos. En este caso, los sucesores *mortis causa* del finado podrán ocupar la posición procesal de su causante y se estará a lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[900], o en su

[899] El solicitante deberá instar la autorización judicial conforme a las reglas del Capítulo VIII ("De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica") Título II ("De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas") de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

[900] Artículo 16. Sucesión procesal por muerte:

"*1. Cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos.*

Comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del proceso y dará traslado a las demás partes. Acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, el Letrado de la Administración de Justicia tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo el Tribunal en cuenta en la sentencia que dicte.

artículo 540.1 [901] . La cosa juzgada se extenderá al cónyuge supérstite y a los causahabientes del finado, según lo previsto en el artículo 222.3 de la ley procesal[902].

Como analizaremos más adelante, en nuestra opinión[903], las partes también pueden ejercitar la pretensión de que los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales se produzcan desde la separación de hecho en el pleito matrimonial sobre separación, divorcio o nulidad. En este ámbito de ejercicio acumulado de la acción que nos ocupa junto a las que, de forma habitual, son objeto de aquellos procedimientos, ha de valorarse un elemento adicional. El artículo 88 del Código Civil prevé que la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Por tanto, se plantea la cuestión de determinar si, con la extinción de la acción de divorcio, debería entenderse fenecida también la acción acumulada en ese proceso, dirigida a determinar como fecha de disolución de la sociedad de gananciales la de la separación de hecho del matrimonio.

---

2. Cuando la defunción de un litigante conste al Tribunal que conoce del asunto y no se personare el sucesor en el plazo de los cinco días siguientes, el Letrado de la Administración de Justicia por medio de diligencia de ordenación permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días.

En la misma resolución del Letrado de la Administración de Justicia por la que se acuerde la notificación, se acordará la suspensión del proceso hasta que comparezcan los sucesores o finalice el plazo para la comparecencia.

3. Cuando el litigante fallecido sea el demandado y las demás partes no conocieren a los sucesores o éstos no pudieran ser localizados o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante, declarándose por el Letrado de la Administración de Justicia la rebeldía de la parte demandada.

Si el litigante fallecido fuese el demandante y sus sucesores no se personasen por cualquiera de las dos primeras circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dictará por el Letrado de la Administración de Justicia decreto en el que teniendo por desistido al demandante, se ordene el archivo de las actuaciones, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 20. Si la no personación de los sucesores se debiese a que no quisieran comparecer, se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada".

[901] El precepto dispone que la ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de "*quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado*".

[902] Artículo 222. Cosa juzgada material:

"*3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley.*

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tendrá efectos frente a terceros a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. (...)".

[903] Coincidimos en este sentido con parte de la doctrina científica y la jurisprudencia.

Tal como explica RUIZ-RICO RUIZ[904], existe al respecto un cierto debate en la doctrina y en la jurisprudencia. La cuestión es relevante, pues, como apunta el autor, no son iguales las consecuencias de la disolución por fallecimiento y por divorcio, pues, en la primera, simplemente se abre la sucesión hereditaria, mientras en la segunda procede la adopción judicial de las medidas señaladas en los artículos 90 y siguientes, y 103 y siguientes del Código Civil. Esto mismo, apuntamos nosotros, se extiende al debate sobre la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, que puede presentarse trascendente para los sucesores del finado.

En nuestra opinión, es acertado el criterio de considerar que la extinción de la acción de divorcio prevista en el artículo 88 del Código Civil debe interpretarse en sentido estricto, esto es, en cuanto afecta a la pretensión de extinguir el vínculo matrimonial entre los esposos. El precepto, que procede de la Ley 30/1981, de 7 de julio, presenta un supuesto concreto de extinción procesal por carencia sobrevenida de objeto del procedimiento, figura que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero recogería más adelante en su artículo 22. Fallecido uno de los cónyuges, el matrimonio se extingue *ope legis* (artículo 85 del Código Civil) y la pretensión de divorcio queda desprovista de finalidad. Es lógico que el legislador introdujera esa regla.

Al margen de lo anterior, la disposición del artículo 88 no establece que el fallecimiento de uno de los esposos ponga fin a todas las demás disputas de orden jurídico y patrimonial que pueden ser objeto de acumulación en la demanda de divorcio[905]. Sobre ello, NOYA FERREIRO y VARELA GÓMEZ sugieren que lo relevante es comprobar si sigue existiendo *interés legítimo* para continuar con la discusión del resto de pretensiones que se deduzcan el proceso[906], y creemos que así ocurre, en efecto, cuando, aparte de la mera pretensión de divorcio, existen aspectos patrimoniales relevantes en liza que, de manera inevitable, afectarán tanto al cónyuge sobreviviente como a los sucesores del finado. La discusión sobre la fecha de producción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales es uno de esos aspectos en los que las acciones ejercitadas en el procedimiento matrimonial con

[904] RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Derecho de Familia Avanzado, Bloque 2, Parte 1. Las relaciones de pareja. Matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. Regímenes económicos matrimoniales. Parejas de hecho.* Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/26183/DERECHO%20DE%20FAMILIA%20AVANZADO%20%284%29%20MATERIAL%20DIDACTICO.pdf?sequence=3&isAllowed=y (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025), págs. 17-20.

[905] En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sec. 12ª), número 275/2019, de 2 de julio de 2019 (Roj: AAP B 5378/2019 - ECLI:ES:APB:2019:5378ª) distingue precisamente entre las acciones patrimoniales y de orden personal que se conocen conjuntamente en el procedimiento de divorcio, y concluye que la extinción de la acción de divorcio por fallecimiento de una de las partes no afecta a la continuación de las primeras.

[906] NOYA FERREIRO, María Lourdes y VARELA GÓMEZ, Bernardino José: *Comentario a los artículos 19 a 22. Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Julio de 2005. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/293_es.pdf (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025), págs. 30-31.

trascendencia económica deben continuar hasta su resolución en sentencia o acuerdo entre las partes[907].

Continuando con la posición del heredero del cónyuge finado que estaba casado en régimen de gananciales y separado de hecho, cabe preguntarse también si dicho sujeto tiene acción frente al consorte viudo de su causante -o, en su caso, frente a los herederos de éste- para plantear una acción de mera retroacción de efectos *inter partes* de la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se hubiera producido el cese de la convivencia. En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa.

El heredero sucede universalmente al causante y está llamado a sucederle, por tanto, en todos sus derechos (artículos 659 y 661 del Código Civil), entre los que obviamente deben considerarse incluidas las acciones judiciales, exceptuando aquellas que, por su contenido, sean personalísimas, con su consecuente extinción al fallecer su titular. La acción de solicitud de retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento de la ruptura conyugal es de contenido marcadamente patrimonial y, por tanto, entendemos que puede ejercitarse por el heredero.

No obstante lo anterior, el heredero sucede a su causante *in locum et in ius*, por lo que quedará vinculado por los actos y convenios válidos en Derecho alcanzados por su causante. Así, al ejercitar la acción, podrán oponerse frente al heredero todas las excepciones que eran oponibles al causante que no ejercitó la acción, aparte de las que se le puedan oponer a él como consecuencia de su intervención.

Creemos que también podría plantear la acción el legitimario no heredero, a quien la dejación de su causante hubiera podido causar una lesión en su derecho a percibir su legítima íntegra. Caso contrario, el ordenamiento vendría a consentir una desheredación –aun parcial- y, además, se daría amparo a una posible renuncia de derechos del causante que no ejercitó la acción, en perjuicio de su sucesor. Todo ello lo prohíben, en nuestra opinión, los artículos 813 y 6.2 del Código Civil.

3.- EL ELEMENTO TEMPORAL DE LA NORMA

Conforme al tenor literal del artículo 1393.3º del Código Civil, la causa de disolución de la sociedad de gananciales exige llevar separado de hecho más de un año, por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

La finalidad del plazo introducido en el precepto parece bastante obvia, como resulta de la elocuente reflexión de RAGEL SÁNCHEZ[908]:

[907] Lo explica con especial detalle el AAP de Jaén de 12 de diciembre de 2018 citando otras resoluciones pronunciadas en su mismo sentido: "…*la existencia del proceso contemplado en el artículo 806 y siguientes de la LEC no solo se aplica en vida de los cónyuges o ex cónyuges porque de fallecer el cónyuge constante la sustanciación de uno de los procedimientos aludidos en el artículo 806 LEC , opera la sucesión procesal en favor de los herederos del premuerto en aplicación de lo previsto en el artículo 16 LEC en el que se regula la sucesión procesal respecto de aquellas acciones exclusivamente patrimoniales transmisibles* mortis causa".

"Al ser definitiva la ruptura de la convivencia, se explica que el régimen de gananciales se disuelva por la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio, el decreto firme del secretario judicial o la escritura pública que formalicen el convenio regulador (arts. 95. I y 1392 CC). Por esa misma razón, el art. 1393.3° CC permite que concluya por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, cuando lleve separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de hogar, es decir, cuando la ruptura de la convivencia esté consolidada por el paso del tiempo y uno de los cónyuges desea que se ponga fin al régimen económico".

Creemos que, en efecto, la finalidad perseguida por la norma con el cumplimiento del requisito temporal mínimo de ruptura es, simplemente, verificar que la solicitud de concluir judicialmente la sociedad ganancial se plantea por existir un cese de la convivencia "*definitivo*" y no meramente circunstancial o provisional. En este sentido, la teleología del precepto no se presta a dudas y, en nuestra opinión, si se procede conforme requiere el artículo 3 del Código Civil, se llega a la conclusión de que el cumplimiento del requisito temporal del precepto es hoy un inexigible.

El contexto en que tuvo lugar la redacción del precepto es determinante de su contenido. La norma fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que fue elaborada en paralelo con la Ley 30/1981, de 7 de julio. Esta última empleó de manera destacada una técnica legislativa que consistió en exigir a los matrimonios el cumplimiento de ciertos plazos mínimos de ruptura de la convivencia para poder obtener una sentencia de separación o su divorcio.

Así, el artículo 82 reconocía el derecho a obtener una sentencia de separación, a petición de uno de los cónyuges, acreditando el cese efectivo de la convivencia conyugal "*durante seis meses, libremente consentido*" (causa quinta) o "*durante el plazo de tres años*" sin necesidad de ningún otro requisito (causa sexta).

Por otra parte, el artículo 86 consideraba causas de divorcio, en primer lugar, el cese efectivo de la convivencia conyugal "*durante al menos un año ininterrumpido*" desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto "*una vez transcurrido un año*" desde la celebración del matrimonio; y, en segundo lugar, el cese efectivo de la convivencia conyugal "*durante al menos un año ininterrumpido*" desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una

---

[908] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *El régimen…,* cit., pág. 89. En el mismo sentido, BARCELÓ DOMENECH, Javier: "Capítulo IV. De la sociedad de gananciales. Sección primera. Disposiciones generales", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial),* VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Madrid, 2005, pág. 557, explica que "*el plazo de un año representa el transcurso de un tiempo revelador de que no se va a reanudar la convivencia, siendo éste el valor o el significado jurídico de dicho plazo legal*".

vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si "*transcurrido el expresado plazo*", no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

Concurrían, además, dos causas comunes de separación -a instancia de uno de los cónyuges- y de divorcio, que eran las previstas en los apartados tercero y cuarto del artículo 86[909]. La primera consistía en el cese efectivo de la convivencia conyugal, "*durante al menos dos años ininterrumpidos*", desde que se consintiera libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos, o bien cuando quien pidiera el divorcio acreditara que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. La segunda, exigía acreditar el cese efectivo de la convivencia conyugal "*durante el transcurso de al menos cinco años*", a petición de cualquiera de los cónyuges.

La misma técnica que preside todos los anteriores preceptos es la que utilizó el legislador en el artículo 1393.3º del Código[910], que de hecho es coetáneo a las normas que se acaban de reseñar y que, además, se ocupaba de regular una cuestión estrechamente relacionada con aquéllas[911].

Es dudoso, por lo demás, que la decisión de concretar en "*más de un año*" el plazo del artículo 1393.3º respondiera a una decisión cuidadosamente meditada. Si atendemos a los plazos del artículo 82, no parece del todo coherente que el artículo 1393.3º previera un único plazo de ruptura de "*más de un año*", independientemente de si la ruptura fuera consentida por los dos esposos, o viniera impuesta por uno solo de ellos[912], especialmente cuando el cese de la convivencia fuera consecuencia de un abandono injustificado del hogar[913]. El hecho es que, aunque lo fuera por motivos de

[909] Por remisión del artículo 82.7.

[910] BARCELÓ DOMENECH, Javier: ibid.

[911] La separación de hecho era el presupuesto común de todos los preceptos que examinamos. En su conjunto, los artículos 82 y 86 ofrecían soluciones a los cónyuges que rompían su relación de convivencia. Ambos les permitían desvincularse legalmente en lo personal pero también en lo patrimonial, pues, conforme al artículo 95, las sentencias firmes de separación o divorcio producían, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

El artículo 1393.3º responde a esta misma problemática. Ahora bien, a diferencia de los anteriores preceptos, éste proporciona a los cónyuges separados de hecho una solución de contenido meramente patrimonial. La norma no exige a los esposos no convivientes regularizar su ruptura solicitando el reconocimiento de su separación a la autoridad competente; les faculta para que, simplemente, puedan extinguir, en esa situación de hecho, su sociedad ganancial, para permitirles un orden económico lógico acorde a su nueva realidad, que no es la que caracteriza a un matrimonio.

[912] Recordemos que, para el reconocimiento de la sentencia de divorcio, el artículo 82 redujo el cese efectivo de la convivencia conyugal a un plazo de "*seis meses"* cuando éste fuera *"libremente consentido*", exigiendo para el resto de casos un "*plazo de tres años*".

[913] En ese caso, el artículo 82.1 reconocía al cónyuge "abandonado" el derecho a instar la demanda de separación sin necesidad de aguardar período de espera, permitiéndolo ya así el ordenamiento desde la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958.

pura discreción normativa, el citado plazo fue considerado en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, como la expresión mínima de una separación de hecho que la autoridad judicial pudiera considerar irreversible.

La aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio implica, a nuestro juicio, un cambio trascendental en el entorno normativo que afecta a la interpretación del artículo 1393.3º del Código Civil en lo que respecta al presupuesto que analizamos:

1º) La reforma deroga el régimen anterior e introduce un sistema de separación y divorcio libre, en el que los cónyuges pueden peticionar ambas soluciones sin necesidad de acreditar períodos de separación de hecho previos a su solicitud. Como requisito temporal, únicamente se les exige respetar un período de espera de tres meses desde la celebración del matrimonio, aunque debemos subrayar que lo establece sin requerimiento de ruptura convivencial previa[914]. La ley incluso permite soslayar ese plazo de espera si el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifica la suspensión o disolución de la convivencia con antelación.

2º) Los artículos 82 y 86 del Código Civil resultan modificados en su sustancia, suprimiéndose todos y cada uno de los supuestos de separación y divorcio por "*cese efectivo de la convivencia temporal*", con sus respectivos plazos.

3º) La exposición de motivos de la Ley justifica esa decisión. Se persigue "*ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial*". En referencia explícita al "*respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución*", la reforma considera que el nuevo sistema reconoce "*mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*" y concluye que "*el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, -añade en términos expresos e ilustrativos que interesa destacar en este estudio- de una previa e ineludible situación de separación*".

[914] BARCELÓ DOMENECH, JAVIER: ibid., expone que, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, "*nos parecería apropiado que el plazo de un año previsto en el art. 1393-3º CC se redujera (…) a tres meses desde la separación de hecho".* Es de la misma opinión CABEDO SERNA, Llanos: op. cit. pág. 558. Compartimos plenamente con estos autores (en palabras del primero de los mencionados) que si "*se acorta el plazo para pedir la separación judicial (…) nos parece lógico que se reduzca igualmente el plazo para pedir la disolución de la sociedad de gananciales por causa de separación de hecho de los cónyuges*". Aun con ello, pensamos que habría que matizar que, en coherencia con la actual normativa rectora del divorcio y la separación legal, los tres meses de espera para poder ejercitar la acción del artículo 1393.3º del Código deberían computarse desde la fecha del matrimonio, no desde el inicio de la separación de hecho, porque el período de espera para solicitar el divorcio o la separación legal no requieren ruptura de convivencia previa.

Por otra parte, es relevante que la reforma del artículo 834 del Código Civil operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, estableciera la privación del derecho a la legítima viudal del cónyuge separado de hecho, sin condicionar su previsión al cumplimiento de plazo ninguno.

De todo lo anterior, cabe colegir las siguientes conclusiones:

1ª) Conforme a lo que dispone el artículo 2 del Código Civil, el requisito anual que se conserva en la letra del artículo 1393.3º puede entenderse tácitamente derogado por la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, al ser claramente incompatible con ese nuevo orden legal. El criterio de interpretación sistemática que establece el artículo 3 del Código Civil no parece permitir que cualquier esposo separado de hecho pueda imponer su divorcio al otro cónyuge con carácter inmediato, provocando con ello la disolución de su sociedad ganancial, pero exigir la espera de un año en esa situación jurídica si su pretensión es sólo la de extinguir el consorcio económico.

2ª) En cualquier caso, si se considera que el requisito temporal del precepto sigue vigente, en tal caso su interpretación actual quedaría condicionada, en nuestra opinión, por la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en el sentido ya explicado. Si, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, la mera voluntad de uno de los esposos es ya motivo suficiente para que el ordenamiento ampare su solicitud de poner fin al matrimonio, a efectos tanto personales como patrimoniales[915], carece del más esencial sentido exigir que los cónyuges deban acreditar una ruptura superior a una anualidad para conseguir únicamente la disolución de su sociedad de gananciales. El razonamiento *a maiore ad minus* se presenta más que razonable y el plazo establecido en el artículo 1393.3º debería entenderse transformado en un mero período de espera de tres meses a computar desde la fecha del matrimonio.

Concluimos que la separación de hecho, aun incipiente, si es definitiva, resulta suficiente para poder instar la disolución de la sociedad ganancial. En este sentido merecen especial reconocimiento los pronunciamientos de la jurisprudencia que, para posibilitar la aplicación de la doctrina de la limitación funcional, han mitigado la exigencia del requisito temporal de la norma en situaciones en que se ha entendido acreditado que el cese de la convivencia conyugal era definitivo en rupturas que no alcanzaban el año de duración[916].

---

[915] La reforma no afectó al artículo 95 del Código Civil, en cuanto disponía que la sentencia firme de separación o divorcio producía, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

[916] Destaca especialmente en este aspecto la STS de 23 de febrero de 2007. Recordemos que esta resolución rechaza un recurso de casación en el que el cónyuge demandante pretendía participar en las ganancias adquiridas por el otro en una situación aún incipiente de separación de hecho definitiva. Se motiva la sentencia argumentando que la doctrina de la limitación funcional "… *no puede ser mitigada ni condicionada, tal y como pretende la recurrente, en función de la duración del período de separación de hecho previo a la adquisición del bien en cuestión, siendo el único dato determinante (…) la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo éste sobradamente acreditado en autos"*. La jurisprudencia menor también se ha hecho eco de esta idea. Por ejemplo, la SAP de Murcia de

Incluso, para alguna doctrina, la imposición de plazos prolongados de ruptura por el legislador para poder ejercitar la acción de divorcio podía vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva[917]. Esta reflexión cobraría hoy mayor autoridad en lo que se refiere al plazo previsto en el artículo 1393.3º del Código.

4.- LA NECESIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL

Una de las objeciones que se opone al reconocimiento de la separación de hecho como causa de la disolución de la sociedad de gananciales es la necesidad de que exista una resolución judicial que declare la conclusión efectiva del consorcio por esa causa. Sobre ello, se afirma con razón que nuestro sistema no confiere a la separación de hecho tal virtualidad sin que tal efecto le sea atribuido por la autoridad competente, que en el artículo 1393.3 es la judicial[918].

---

6 de marzo de 2014: "…*la duración y prolongación del período temporal de esa separación de hecho, no constituye el dato fundamental a valorar en tales casos, sino más acertadamente, una apreciación conjunta de todos ellos, que acrediten, como aquí acontece, la realidad estable e inequívoca de vidas, domicilios y economías disgregadas e independientes*". Alcanza esta misma conclusión MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 63.

[917] Sobre ello, CALAZA LÓPEZ, Sonia: op. cit., pág. 34, plantea que los plazos de ruptura de la convivencia previstos como causas de separación y divorcio en el Código Civil eran verdaderos plazos procesales, ante los que debían enfrentarse los cónyuges afectados por la separación de hecho que querían recurrir a los tribunales a obtener la sentencia que les permitiera desligarse de su vínculo marital. La autora concluye: "*La sola existencia de estos plazos procesales para presentar las referidas demandas atenta contra la tutela judicial efectiva, pues obstaculiza, claramente, el acceso a los tribunales, sin que exista ningún fundamento en la protección de intereses de los cónyuges o de los hijos, más allá de la pretendida protección de la institución matrimonial, y ello aún cuando, conforme a los propios principios morales que rigen dicha institución, resulte menester recordar que las leyes se hacen para los hombres y no a la inversa*".

[918] Así, DE VERDA Y BEAMONTE, Jose Ramón (Coord.) y VVAA: *Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 222, explica que "*según el tenor del precepto, la mera separación de hecho no produce la extinción de la sociedad de gananciales, sino que es necesario que recaiga su declaración judicial de extinción*"; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: op. cit., págs. 194-195, observan que lo que se otorga a los cónyuges *"es la facultad de pedir la disolución de la sociedad, no que no haya gananciales durante la separación*"; CASTÁN TOBEÑAS, José: op. cit., págs. 543-544, confirma que "*la comunidad subsiste, a pesar de la vida separada de los cónyuges, mientras no se pronuncia su separación*"; LASARTE, Carlos: *Principios de*… cit., pág. 220, entiende, como los anteriores, que "… *hasta que la resolución judicial no haya sido dictada seguirá vigente la sociedad de gananciales, pese a la existencia de cualesquiera de las causas que permiten solicitar su disolución*"; o MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1620, para quien "*[l]a disolución por las causas previstas en el artículo anterior no se produce de manera automática sino por sentencia judicial instada por uno de los cónyuges*".

Si se analizan los artículos 1392 y 1393 del Código la disolución de la sociedad de gananciales siempre se condiciona al fallecimiento de uno de los cónyuges, o a la existencia de una resolución dictada por la autoridad judicial o por el letrado de la Administración de Justicia, o de una escritura pública intervenida por notario. El Código Civil procura vincular ese relevante efecto que es la disolución de la sociedad de gananciales a un acto verificable, inequívoco y de fecha incontrovertible.

Siendo ello así, la conclusión de la sociedad de gananciales motivada a raíz de la separación de hecho, según el mecanismo dispuesto en el artículo 1393, presenta perfiles comunes con las que tienen lugar por la separación o el divorcio contenciosos conforme al artículo 1392. Si se repara en la respuesta legal a estas tres situaciones, resulta que, en todas ellas, para disolver la sociedad de ganancias es preciso el pronunciamiento de una resolución judicial.

En el caso del divorcio y de la separación judicial, la sentencia que los decreta disuelve la sociedad de gananciales por imperativo del artículo 95 del Código Civil. Ante la separación de hecho que el demandante plantea ante el Juez como presupuesto acreditado para que conceda la conclusión de la sociedad de gananciales, también se dictará una sentencia en la que se dispondrá su disolución. En realidad, en ninguno de los tres casos el juez puede pronunciarse contra la conclusión del régimen de gananciales.

En el caso del artículo 1393.3º del Código, ocurre que la disolución de la sociedad de gananciales está contemplada como remedio a un conflicto en el que uno de los esposos, ante una situación de cese de la convivencia matrimonial, decide ejercitar su acción con el exclusivo propósito de poner fin al consorcio económico del matrimonio, sin interesar formalizar también ante la autoridad competente su ruptura personal. En un sistema como el nuestro, en el que la separación y el divorcio son libres y pueden imponerse desde la unilateralidad, tal decisión puede presentarse *a priori* ilógica, poco comprensible y hasta innecesaria, más aún cuando el ordenamiento ofrece la mera separación legal para quienes desean vivir de forma independiente, pero sin disolver el vínculo del matrimonio. Sin embargo, creemos que, en realidad, ni la opción que permite ejercitar el artículo 1393.3º es inconcebible, ni mucho menos resulta inútil o redundante. En situaciones de separación de hecho, la acción del artículo 1393.3º del Código Civil permite al cónyuge demandante peticionar al tribunal, a través del artículo 1394, una razonable retroacción de efectos al momento en que se verificó el cese de la convivencia que constituye la causa de su petición disolutoria. En nuestra opinión, esta alternativa se presenta también posible, como explicaremos después, para el cónyuge separado de hecho que es demandado de divorcio o separación, o para el que insta dichas acciones.

La sentencia que acuerde la disolución debe ser firme para surtir efectos[919].

5.- LA FECHA EN QUE SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN

5.1.- Propuestas doctrinales

Una de las principales discusiones doctrinales que ha planteado el artículo 1393.3º, a tenor que lo dispone el artículo 1394, es la relativa a la fecha en la que desplegará sus efectos la disolución de la sociedad de gananciales acordada judicialmente como

[919] DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de…,* cit., pág. 196; o ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: op. cit., pág. 126.

consecuencia de la separación de hecho. Atendiendo a lo que dispone el Código Civil, en caso de separación de hecho, la conclusión de la sociedad ganancial tendrá lugar a instancia de parte por decisión judicial (artículo 1393.3) y sus efectos "*se producirán desde la fecha en que se acuerde*" (artículo 1394). Este último aserto genera dudas de interpretación.

Voces autorizadas han considerado que "*la fecha en que se acuerde*" es la de la firmeza del pronunciamiento de la resolución que estima la pretensión del demandante[920]. Otros autores han entendido el precepto de manera bien distinta, proponiendo que, en los supuestos de disolución previstos en el artículo l393, la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales será la que se indique en la correspondiente resolución judicial que declara disuelto dicho régimen económico matrimonial[921]. Y no acaban con ello las posibles maneras de entender el precepto,

[920] Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios a…,* cit., págs. 1786-1787; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al… cit., pág. 1620 (lo reitera más recientemente en "Tema 11. La sociedad de gananciales", Manual de Derecho civil. Derecho de familia, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Bercal, Madrid, 2023, pág. 192); o LINACERO DE LA FUENTE, María: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos, Jurisprudencia. Formularios*, VVAA, Dir. LINACERO DE LA FUENTE, María, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 333. Parece adherirse también a esta tesis CABANILLAS MÚGICA, Santiago: "Espolits; carácter sinalagmático; no aplicación a adquisiciones posteriores a la separación de hecho. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sala 3). Sentencia de 30 de enero de 1990, número 34", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universitat de les Illes Balears, 1991, pág. 183.

[921] MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: "Lección 17ª. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales", *Derecho de familia*, VVAA, Coord. ROCA I TRIAS, Encarnación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 246; PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO Juan: op. cit., pág.1174; o SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación", *Revista de Derecho aragonés*, Número 13, 2007, pág. 19. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 280, en la nota al pie 185 explica que la expresión empleada por la Ley le parece equívoca y, de las opciones interpretativas posibles, entiende que respondería mejor a las "*exigencias de la realidad social (artículo 3.1 del Código)*" comprender la fecha indicada en el artículo 1394 como aquella que "*en la resolución judicial se acuerde que se produzcan, que puede ser la de la resolución u otra muy anterior (p. ej., la del abandono o la ausencia)*". No obstante, el mismo autor añade dos matices. El primero, que "*la retroacción tendría efectos sólo entre los cónyuges y en ningún caso perjudicaría derechos de terceros*". El segundo, que la interpretación de entender la fecha como la de la propia resolución judicial, resultaría "*más ajustada al texto legal: cf. Arts. 1393, inicio y 1º-II, y analogía art. 95*". MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1536, considera que los efectos de las causas de disolución del artículo 1393.3º se producen "*a partir de la fecha en que se pronuncie la resolución judicial correspondiente, salvo (…) para el artículo 1393.3º*", supuesto en el que interpreta que pueden retrotraerse a un año después del inicio de la separación de hecho. En esta misma línea interpretativa, MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 215, entiende que, "*cuando la disolución provenga de resolución judicial, sus efectos se producirán desde la fecha en que se acuerde, que pueden ser según el litigio planteado o la* ratio petendi *del mismo, o los de la misma sentencia o incluso, retrotraer esos efectos a tiempo precedente a la fecha de la resolución*". Asimismo, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, T.VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9826, considera que los efectos de la disolución por causa judicial se producen desde la fecha de la sentencia. No obstante, en el supuesto de la separación de hecho, plantea que puede aplicarse la interpretación correctora, en cuyo caso entiende que el inventario inicial coincidiría con el de la liquidación. En términos muy similares, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario a los artículos 1392 a 1394 del Código Civil", *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, Tomo III, Comares, Granada, 2009, pág.

según resulta del panorama general sobre esta cuestión que ofrece GARDEAZÁBAL DEL RÍO mediante esta síntesis[922]:

"... da pie a pensar en varias soluciones: que el momento disolutorio se centra en la fecha que determine la sentencia que pone fin al procedimiento (por ejemplo retrotrayendo los efectos de la declaración a la situación de abandono o de la ausencia), con una retroacción eficaz en las relaciones entre los cónyuges y no frente a terceros (art. 1.317), como propone PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, por considerarlo más ajustado a las exigencias de la realidad social (Derecho.., cit., p. 280); o bien en el momento en que la sentencia adquiere firmeza (GARCÍA URBANO, Comentario..., cit., art. 1.394, p. 765); o con una retroacción al día de presentación de la demanda, solución que defiende LACRUZ, no sin advertir que se trata de un problema mal resuelto, citando en su apoyo el articulo 103.3.° y 4.°".

Quizás, como sugiere el autor, porque se trata de un "*problema mal resuelto*"[923], la respuesta a esta problemática se preste a tan amplia diversidad de planteamientos.

5.2.- Antecedentes legislativos y discusión parlamentaria de la norma

En nuestra opinión, el estudio de los antecedentes legislativos del precepto no permite sentar una interpretación concluyente.

El primer esbozo de una norma semejante a la que actualmente presenta el inciso inicial del artículo 1394 se encuentra en el artículo 1391 del Proyecto de Ley de 4 de octubre de 1978. A nuestro juicio, analizando su contexto, aquella norma determinaba con bastante claridad que la voluntad del redactor del proyecto era permitir resoluciones o acuerdos que dispusieran los efectos la disolución de la sociedad ganancial desde el inicio la separación de hecho.

En efecto, el artículo 1389 de aquel proyecto establecía las causas por las que la sociedad de gananciales se extinguía de pleno derecho, todas ellas coincidentes con las que a la postre recogería el artículo 1392 del Código Civil[924].

2518, dice sobre el momento de la disolución que, "*para las separaciones de hecho, la expresión desde la fecha en que se acuerde no hay por qué referirla al momento en que tal decisión recae y es firme, ni tiene que coincidir tampoco con la de interposición de la demanda, sino con la fecha que determine el juez en atención de las circunstancias propias del caso concreto. Lo contrario sería tanto como establecer un régimen de disolución distinto a las separaciones de hecho y a las de derecho, haciendo de peor condición a éstas que a aquéllas*".

[922] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: "Comentario al artículo 1394", *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, VVAA, Dir. ALBÁCAR LÓPEZ, Jose Luis, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1992, pág. 1628.

[923] Como también apuntan LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros: op. cit., pág. 485.

[924] El referido artículo 1389 del proyecto de 1978 establecía literalmente así: "*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.Cuando se disuelva el matrimonio; 2. Cuando sea declarado nulo; 3.*

El precepto que lo seguía, el artículo 1390, disponía que "*[t]ambién concluirá la sociedad legal de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, si el otro se encontrare en alguna de las circunstancias siguientes: (…) 3ª. Si el matrimonio llevara separado de hecho más de un año*"[925]. Puede apreciarse que este artículo omitía que las causas de disolución contenidas en el mismo determinaban la extinción de la sociedad de ganancias "por decisión judicial" (requisito éste que, como sabemos, luego sí incorporaría el texto definitivo del artículo 1393 del Código Civil). Lo que la norma requería como presupuesto, fuera de toda duda, era que existiera una petición de parte.

En ese preciso marco normativo, el artículo 1391 del Proyecto de 1978 disponía a continuación: "*Los efectos de la disolución previstos en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde, pero si hubiere de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, una vez iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario a que se refiere el artículo 1.393 y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*".

El tenor de aquel precepto no se refería a los "*efectos de la disolución prevista*" en el artículo anterior, sino a los "*efectos previstos*" de dicha disolución, y venía a disponer que éstos –los efectos- se producirían *"desde la fecha en que se acuerde";* y, siguiendo con el examen del texto, lo que se introduce a continuación es una conjunción adversativa ("…*pero*…"), que introduce la segunda unidad sintáctica de la misma oración: "…*si hubiere de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, una vez iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario (…) y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal…"*. Podría inferirse así de la letra del precepto que el legislador contemplaba la regla general de que cualquiera de los esposos, ante su separación de hecho durante más de un año, pudiera instar la disolución de la sociedad de gananciales. Planteada la disolución, la norma entendía que, verificada la existencia de la causa, debía *acordarse* sobre sus efectos:

- Si no había discusión sobre la existencia de la causa, la norma presuponía que tampoco la habría sobre el momento de producción de sus efectos, y que estos se producirían desde la fecha "*en que se acordara*". Es palmario que la norma,

---

Cuando judicialmente se decrete la separación conyugal; 4. Cuando los cónyuges establezcan convencionalmente un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código".

[925] Disponía el artículo citado: "*También concluirá la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, si el otro se encontrare en alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Haber sido judicialmente incapacitado, condenado por abandono de familia, o declarado ausente, en quiebra o concurso de acreedores; 2.ª Cuando viniera realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude o grave riesgo o peligro para los derechos del otro en la sociedad; 3.ª Si el matrimonio llevara separado de hecho más de un año; 4.ª En los casos previstos en el artículo 1.368 y en el párrafo segundo del artículo 1.374*". En la causa 4ª se incluían, por remisión, el embargo de bienes gananciales por deudas de un solo progenitor y el incumplimiento reiterado del deber de información.

literalmente, no se refería a la fecha de la sentencia que pudiera acordar la disolución, a diferencia de lo que sí planteaba la redacción del artículo 1389 del Proyecto ("*Cuando judicialmente se decrete la separación conyugal*"); y también lo es que la fecha "*en que se acuerde*" tampoco señalaba a la de la propia declaración de la "*disolución*", porque la norma no aludía a ésta –como hemos dicho-, sino a "*sus efectos*". Parece por tanto que, en el caso de la separación de hecho, la norma permitía anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de su acuerdo.

- Si había conflicto sobre la existencia de la causa de disolución (en nuestro caso, la separación de hecho), la norma perfilaba también que los efectos de ésta se producían desde el momento "*en que se acordara*" pero, en tal caso, el Juez adoptaba medidas de aseguramiento (inventario de bienes y administración).

El texto del Proyecto de 14 de septiembre de 1979 presentó cambios relevantes en la redacción del precepto. Su artículo 1392 introducía las mismas causas de disolución de la sociedad de gananciales de pleno derecho que el proyecto precedente, y el artículo 1393 –en cuanto interesa destacar aquí- pasaba a disponer que "*[t]ambién 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: (…) 3.ª Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar*"[926].

El artículo 1394 del Proyecto de 1979 presentaba una redacción distinta a la de su antecedente: "*Los efectos de la disolución previstos en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*". Este precepto tampoco se refería a los "*efectos de la disolución prevista*" en el artículo anterior, sino a los "*efectos previstos*" de dicha disolución, y venía a disponer que éstos –los efectos- se producirían "*desde la fecha en que se acuerde*"[927]. El tenor del precepto, por tanto, seguía sugiriendo la idea de que la

[926] La redacción íntegra del precepto era ésta: "*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: 1.ª Haber sido judicialmente incapacitado, declarado ausente, o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución basta que el cónyuge que la pide presente la correspondiente resolución judicial. 2.ª Venir realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude o grave daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3.ª Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.ª Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre los rendimientos de sus actividades.*

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuestos en este Código.".

[927] Asimismo, desaparecía la conjunción adversativa ("*pero*") con la que el artículo 1391 del Proyecto de 1978 introducía su segunda unidad sintáctica. Ahora la construcción del precepto se ejecutaba con dos frases independientes.

fecha "*en que se acuerde*" debía ser la que se entendiera adecuada para que "*los efectos de la disolución*" se produjeran.

La discusión parlamentaria que se produjo en torno al precepto resulta de interés, aunque se desarrolló en unos términos algo confusos.

En la discusión de enmiendas se planteó cambiar el término "*previstos*" por "*prevista*", pues el proponente de la modificación entendía, como cuestión meramente gramatical, que esta palabra se consideraba referida a la disolución y no a los efectos, ya que en el artículo anterior no se preveían efectos, sino causas de disolución[928]. Esa apreciación no dio lugar a comentario alguno, aunque, ciertamente, la verdad es que el artículo anterior, en puridad tampoco se refería a una "*disolución*", sino a varias "*causas de disolución*", salvo que, forzando las cosas, pueda entenderse que el artículo 1393 incorpora una única causa de disolución, que sería la "*disolución por decisión judicial*". Muy probablemente, esta modificación, con la que se simplemente se pretendía conseguir una mejora de la dicción gramatical del precepto, venía en realidad a dificultar la comprensión del precepto en el sentido que le había otorgado la redacción del Proyecto.

La lectura de los debates parlamentarios arroja una sorpresa más. Habida cuenta de lo que consta en las intervenciones que se realizaron en torno a la discusión del precepto, parece que el texto que salió de la Comisión incluyó modificaciones realizadas irregularmente respecto del texto procedente del Proyecto de Ley y del informe de la Ponencia. Tras denunciar esta circunstancia, el diputado señor SOTILLO MARTÍ solicitó en el Pleno "…*que se volviera al texto del proyecto y al texto del informe de la Ponencia (…) En definitiva, el texto sería, en un solo párrafo: «Los efectos de la disolución que deba producirse por resolución judicial* se producirán desde la fecha en que se dicte[929]. *De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa...» etcétera, etcétera… hasta el final igual, en un solo párrafo, tal como en los documentos que obran en nuestro poder se refleja de las discusiones habidas en esta Cámara*"[930].

De lo transcrito, se aprecia con claridad que lo que manifestaba el compareciente no se correspondía con lo que constaba en el Proyecto de Ley. El cambio es palmario. El ponente atribuye al Proyecto de Ley este texto: "*Los efectos de la disolución que deba producirse por resolución judicial se producirán* desde la fecha en que se dicte*";*

[928] Se accede así a la corrección planteada por el Grupo Andalucista (a través del diputado Sr. AGUILAR MORENO), que manifestó: "…*nos parecería oportuna una corrección gramatical en el párrafo segundo que se inicia diciendo: «Los efectos de la disolución previstos...», cuando entendemos que debía decir: «Los efectos de la disolución prevista...», porque la palabra «prevista» está referida, a nuestro entender, a la disolución y no a los efectos, ya que en el artículo anterior no se prevén efectos, sino causas de disolución*".

[929] El énfasis es nuestro.

[930] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9019.

cuando en realidad el texto del Proyecto de Ley era otro: "*Los efectos de la disolución previstos en el artículo anterior se producirán* desde la fecha en que se acuerde*"*.

La intervención fue seguida de otra del diputado señor ESCARTÍN IPIENS[931], en la que éste abordó una cuestión ajena a la que aquí he transcrito, y frente a la cual nada opuso. De hecho, parece que el citado prócer consideró conformes las reflexiones del anterior compareciente, al expresar que "*en principio, estoy de acuerdo con la posición que ha formulado el señor Sotillo*…".

No acaba ahí la cuestión, porque esa petición fue seguida de una intervención de la presidencia de la Cámara, en la que manifestó: "…*si hay conformidad en la Cámara, votaremos el artículo 1.394* en los términos que han sido indicados por el señor Escartín y por el señor Sotillo*, y yo ruego, para mayor claridad, que uno de los dos dé lectura al artículo tal como lo vamos a votar. (Pausa). Tiene la palabra el señor Sotillo*".

Como consta en el diario de sesiones, el señor SOTILLO MARTÍ tomó de nuevo la palabra y se explicó así: "*El texto sería el mismo que el del informe de la Ponencia y el proyecto de ley y diría: «Los efectos de la disolución que deba producirse por resolución judicial se producirán* desde la fecha en que se dicte. *De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria»*"[932]. Nótese lo que ocurre. El diputado señor SOTILLO MARTÍ incurre en una contradicción. Por una parte, afirma que el texto a aprobar sería el mismo que el del Proyecto de Ley, pero al reproducir su contenido no lo transcribe fielmente, sino que altera de manera relevante y sustancial su primera frase. Lo que decía el texto del Proyecto de Ley era que los efectos de la disolución previstos en el artículo anterior se producirán "*desde la fecha en que se acuerde*", mientras el diputado le atribuye el tenor "*desde la fecha en que se dicte*".

En el diario de sesiones consta también, renglón seguido, que el Sr. Presidente de la Cámara indicó: "*Sometemos a votación el artículo 1.394* en la formulación que acaba de ser leída[933]". Según el diario de sesiones, a continuación sucede esto: "*Comienza la votación. (Pausa)*". Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 241; a favor, 237; abstenciones 4. Y concluye el presidente de la Cámara: "*Queda aprobado el artículo 1394* en los términos que han sido fijados con anterioridad a la votación[934]".

---

[931] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9019.

[932] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9020.

[933] El énfasis es nuestro.

[934] El énfasis es nuestro.

Nadie, al parecer, advirtió durante la deliberación de la contradicción que hemos apuntado y todo apunta a que, la absoluta falta de polémica, deriva, en realidad, de que lo que se quiso votar por la Cámara fue, simplemente, el texto propuesto en el Proyecto de Ley, con esa simple corrección, que se planteó como meramente gramatical, del término "*previstos*" por "*prevista*", sin modificar si siquiera el sentido de la norma. Creemos que esta conclusión se desprende necesariamente de que, tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado el texto de la Ley, éste se hiciera adoptando el del Proyecto de Ley con la mera corrección gramatical antedicha, sin que se solicitara corrección de errores respecto al redactado final del artículo 1394.

5.3.- Interpretación teleológica

Hemos comprobado que la redacción del Proyecto permitía entender que los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirían desde la fecha en que "*se acordara*". La sustitución del término "*previstos*" por "*prevista*" se realizó por una cuestión de estilo gramatical, pero introduce una mayor ambigüedad en la intelección del precepto conforme fue concebido en el Proyecto de Ley, que no quiso modificarse en su sentido según se confirma por el debate parlamentario que llevó a la aprobación del actual artículo 1393.

Es cierto que la letra del precepto es ambigua, pero permite comprender que la norma no emplea los mismos términos que el artículo 95 cuando dispone que la sentencia "*producirá*" respecto los bienes del matrimonio "*la disolución*".

Tiene además sentido considerar que, siendo la causa que determina la disolución judicial la separación de hecho, la sentencia que la declare pueda resolver algo tan coherente entre las partes como la producción de efectos desde el momento en que se tiene por acreditado que se produjo la misma. De hecho, de esta manera, mediante el artículo 1394, el Código Civil español adoptaría la misma solución que los numerosos sistemas de Derecho comparado que hemos podido analizar utilizan para evitar que la masa común se beneficie de las ganancias obtenidas por los cónyuges mediante su esfuerzo exclusivo.

5.4.- La interpretación de la norma desde los principios constitucionales

Conforme al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, a quienes se impone que interpreten y apliquen las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales. La *libertad*, la *justicia* y la *seguridad jurídica* forman parte de los valores más significados de la Carta Magna.

Creemos reveladora la extendida convicción que existe entre la comunidad jurídica en torno a la conveniencia de que la sentencia que determina el cese de la sociedad de gananciales pueda tener efectos retroactivos. La doctrina incide en que el valor jurídico

justicia demandaría esa posibilidad[935]. Es éste un elemento importante que debe aquilatarse al interpretar en la actualidad el sentido de la norma.

Según hemos visto ya, la convivencia y la colaboración entre los cónyuges constituyen el fundamento de la sociedad de gananciales. Es lógico que los estudiosos de la materia adviertan que, sólo si el juez que conoce de la disolución de la sociedad de gananciales puede disponer que sus efectos se produzcan desde la ruptura de la convivencia, su resolución podrá atribuir a cada cónyuge lo que realmente debería corresponderle como partícipe. La posibilidad de hacerlo desde la fecha de presentación de la demanda puede ser igualmente equitativa si es ese el primer momento que el juzgador considere revelador de que existe la ruptura.

Lo que representa una menor realización del valor justicia es, a nuestro juicio, entender que, en el caso de la disolución por separación de hecho, sus efectos comiencen desde la fecha de la sentencia que la declare. Creemos que en esta solución se confunde la exigencia de resolución judicial para que la disolución se produzca con la verdadera causa de esta, que es la separación de hecho. Obviamente, esta última interpretación descarga además sobre los cónyuges las consecuencias negativas de la ralentización de los tribunales. La situación puede agravarse tras la reciente aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Conforme a lo dispuesto en su artículo 5, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2. Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo en algunos que se exceptúan y que no comprenden los relacionados con la disolución de la sociedad de gananciales.

La realización efectiva del valor jurídico *libertad* también se verifica en mayor medida si se permite la producción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho. Desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la *libertad* personal constituye un elemento vertebrador en el

[935] Son significativos los posicionamientos en este sentido de DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: op. cit., págs. 194-195, que, cuando explican que a los cónyuges solo se les otorga *"la facultad de pedir la disolución de la sociedad",* manifiestan que, *"lo que sería lo justo",* habría de ser *"que no haya gananciales durante la separación*"; LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y otros: op. cit., pág. 485, lo que observan es que "*no parece justo que quien culpablemente ha dado lugar a la disolución del régimen se siga lucrando con las ganancias del otro, sin que este otro pueda evitarlo*"; o MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 215, que cita a GARCÍA URBANO, expone que "*considerando el carácter equívoco de la expresión utilizada por el Código (...) caben, al menos, las siguientes posibilidades: a) Desde que gane firmeza la resolución judicial: b) Desde el día de la presentación de la demanda; y c) Desde la fecha en que en la resolución judicial se acuerde que se produzcan, que puede ser la de la resolución u otra muy anterior",* interpretación esta última que, a su juicio y al que atribuye al autor que cita, *"respondería mejor a las exigencias de la realidad social*".

ámbito de la solución de conflictos en las crisis matrimoniales. La exposición de motivos de la Ley, como venimos diciendo, hace especial énfasis en ello. En particular, se quiere "*reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge*". Obviamente, desear no seguir vinculado con el otro cónyuge implica, en el ámbito del divorcio, la voluntad de ruptura en dos aspectos, el personal y el patrimonial. Con mayor razón, ese referido ideal de "*reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona*" habrá de promoverse cuando el deseo de ruptura de un esposo casado en régimen de gananciales se limite a uno solo de esos dos ámbitos, el patrimonial. Si, como venimos exponiendo, la sociedad ganancial no tiene sentido sin relación de convivencia, el inicio de la separación de hecho hace visible la voluntad de al menos uno de los cónyuges de quedar libre del consorcio económico desde ese momento.

Por otra parte, entender el artículo 1394 en un sentido restrictivo, negando su virtualidad para permitir la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de inicio de la separación de hecho, también afecta negativamente la libertad de los cónyuges, que sin esa garantía hallan un importante obstáculo legal al empleo de sus recursos económicos durante su separación de hecho. Si la ley no dispone de una norma que asegure la posibilidad de que lo adquirido durante la separación queda fuera de la esfera patrimonial del otro cónyuge (al menos *ex post facto*), se genera una incertidumbre en la gestión de los ingresos propios y en la adquisición de activos incompatible con lo que exige una vida independiente en condiciones de libertad. De ahí, también, la tensión a que se somete, desde esa interpretación, al principio de *seguridad jurídica* entre esposos.

5.5.- La retroacción de efectos en la jurisprudencia actual

Tal como hemos podido comprobar a lo largo de la segunda parte del trabajo, cuando aplica la doctrina de la limitación funcional, el mecanismo por el que la jurisprudencia impide que un cónyuge pueda atribuirse de manera abusiva lo adquirido por el otro sin su colaboración, consiste en entender cesados los efectos de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho. Ejemplos de ello son, entre las más recientes, la STS de 23 de febrero de 2007, o las de 29 de mayo de 2023, 3 de julio de 2024, o 7 de noviembre de 2024.

Cobra pleno sentido plantear que, cuando el Código Civil regula la disolución de la sociedad de gananciales precisamente como consecuencia de la separación de hecho, la norma que establece la fecha de su producción de efectos ha de permitir su retroacción al momento en que aquélla tuvo lugar. Sólo de este modo la respuesta del ordenamiento es coherente. Esta percepción es la misma que comparte la jurisprudencia, como deja ver, sobre todo, la STS de 2 de marzo de 2020 que ya hemos analizado. En sus pronunciamientos, esta resolución distingue a estos efectos entre las causas de disolución previstas en los artículos 1392 y 1393. Respecto de las primeras, afirma que "*[e]l art. 1392 CC tampoco establece la retroacción automática de los efectos de la sentencia una vez dictada*". Frente a ésta, indica a continuación que "*para la disolución*

de la sociedad de gananciales por decisión judicial en los casos previstos en el art. 1393 CC (entre los que se encuentra la separación de hecho de más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar), los efectos de la disolución se producirán desde la fecha que se acuerde en la resolución judicial (art. 1394 CC)".

Lo que sostenemos acerca de la interpretación del artículo 1394 como norma que permite a la autoridad judicial establecer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales en el momento en que inicia la separación de hecho coincide, en definitiva, con el criterio de la jurisprudencia actual.

5.6.- El contexto de la norma

Junto a todo lo ya expuesto, entender que el artículo 1394 del Código permite a la autoridad judicial, en los casos previstos en el artículo 1393.3º, aplicar la producción de los efectos derivados de la disolución de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho resulta consecuente con una serie de normas y principios que configuran su contexto legal.

Los principios generales de equidad y proscripción del enriquecimiento injusto avalan la interpretación de una norma que, mediante la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, evita que un cónyuge pueda beneficiarse del trabajo y de los rendimientos obtenidos por el otro sin su colaboración. Precisamente al contrario, identificar la fecha de efectos de la disolución por separación de hecho con la de la resolución que la acuerde atenta contra ambos principios.

Al margen de los anteriores, entre los principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, la Comisión para el Derecho Europeo de Familia recomienda[936] que la disolución de la comunidad de gananciales tenga efecto, en caso de anulación del matrimonio, divorcio o separación legal, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se separaron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro por la autoridad competente. Aunque este principio se incardina *a priori* en los supuestos de disolución derivada de la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal, conforme está configurado el Derecho español, puede entenderse aplicable a los supuestos en que la disolución de la sociedad de gananciales se promueva simplemente como consecuencia de la mera separación de hecho entre cónyuges.

La retroacción, además, permitiría establecer una misma fecha para que el cónyuge separado de hecho cesara frente a su consorte en sus derechos, no sólo como viudo en su sucesión, sino también, como es de exigible coherencia, como socio consorcial.

En la primera parte de este estudio hemos podido constatar las causas que llevaron a nuestro legislador a optar por la sociedad de gananciales como régimen económico

[936] Principio 4:50 Fecha de la disolución.

matrimonial preferente, incluso antes de la promulgación del Código Civil. Uno de los principales motivos de aquella decisión normativa fue la voluntad del legislador de beneficiar al cónyuge sobreviviente –de habitual, la esposa- ante el fallecimiento de su consorte, concediéndole una ventaja de tipo sucesorio. La sociedad de gananciales permitía al cónyuge viudo hacer propia la mitad de las ganancias obtenidas durante su matrimonio con el finado[937]. El derecho del resto de herederos legales del fallecido quedaba así limitado a un patrimonio integrado por los bienes privativos del causante y a una sola mitad de lo obtenido por éste durante su matrimonio con quien enviudaba.

El derecho a hacer propia una mitad de las ganancias netas obtenidas durante el matrimonio, al producirse el fallecimiento del otro cónyuge, es característico del régimen de gananciales. Siendo éste un resultado de la liquidación de la sociedad ganancial, cuando la disolución del consorcio se origina por el deceso de uno de los esposos, dicho derecho del cónyuge sobreviviente, que le corresponde como socio ganancial, se solapa con los demás derechos de tipo estrictamente sucesorio, que surgen como consecuencia de la muerte del causante.

La liquidación de la herencia de la persona casada en gananciales y la de su sociedad ganancial forman parte de un mismo fenómeno. La relación es tan estrecha que el fallecimiento da lugar, en lo sustantivo, a una masa patrimonial común, que debe dividirse entre el cónyuge que enviuda y los herederos del finado; y, en lo procesal, a dos procesos liquidatorios tan vinculados entre sí que, en realidad, habitualmente se convierten en dos secuencias de un mismo proceso; de hecho, uno de ellos -el de liquidación de la herencia del finado que estaba casado en régimen de gananciales-, no puede tener lugar sin la previa tramitación del otro –el de liquidación de la propia sociedad ganancial-[938].

---

[937] En este sentido, recordemos, MANRESA Y NAVARRO, Jose María: op. cit., pág. 109, citando a SÁNCHEZ ROMÁN; o RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES, Manuel: op. cit., pág.24. Véase también LLAMAS Y MOLINA, Sancho (de): op. cit., pág. 182, quien advertía que, "*ínterin vive el marido (…), la mujer es acreedora de su mitad de gananciales, y el marido deudor de la misma mitad*", incidiendo en que la naturaleza del derecho del cónyuge supérstite a percibir la mitad de las ganancias acumuladas durante el matrimonio junto al finado, era realmente sucesoria. Destaca también esta idea de "comunidad diferida" vigente desde las Leyes de Toro, pues la mitad de los bienes ganados durante el matrimonio sólo se adquiere por el cónyuge superviviente al fallecer el primero de los consortes, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: op. cit., pág. 25, afirmando: "*Los gananciales serían originariamente un sistema sucesorio (partición de las ganancias, con obligación de reservar a los hijos comunes) y consuetudinario (generalización de la práctica de pactos mortis causa)*".

[938] Esta concurrencia de derechos ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia. Sobre ello, cabe traer como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 279/2023, de 21 de febrero de 2023. Esta resolución recuerda cómo la jurisprudencia ha señalado "*hasta la saciedad*" que, "… *en el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce ipso iure (por ministerio de la ley) la disolución de dicho régimen económico matrimonial (arts. 85 y 1392.1 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto*", y añade que, "*disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación,*

No es de extrañar que la doctrina de la limitación funcional tenga sus inicios, principalmente, en procedimientos judiciales en los que se discutía sobre derechos patrimoniales *post mortem*, surgidos a raíz del deceso de un esposo separado de hecho de una demandante que planteaba el conflicto contra la pareja extramatrimonial del finado –y, en ocasiones, también contra sus hijos-. Este es el caso, por ejemplo, de las SSTS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, o 23 de diciembre de 1992 que hemos analizado.

Creemos por ello que el análisis de la cuestión que estudiamos en esta tesis merece abordarse también desde la perspectiva del derecho de sucesiones. La propia génesis de la doctrina de la limitación funcional lo recomienda así, aunque también lo sugiere el propio marco legislativo actual.

Como hemos podido examinar en la primera parte de este trabajo, el Código Civil ha evolucionado en el tratamiento de la separación de hecho en el ámbito del derecho de sucesiones. Las reformas de los artículos 834 y 945 son expresión clara de la voluntad del legislador de prestar atención y dotar de trascendencia al fenómeno, hasta el extremo de privar de legítima al cónyuge separado de hecho, y excluirlo de la relación de parientes llamados a la sucesión intestada del causante.

Lo ha explicado recientemente ESTELLÉS PERALTA[939], indicando que, como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la separación de hecho cobra importancia desde el punto de vista sucesorio, "*en la medida en que supone la desaparición de la comunidad de vida, de la affectio maritalis, que implica la voluntad de no continuar desarrollando una vida en común y que justifica la exclusión de la sucesión legal y legítima entre cónyuges (arts. 834 y 945 CC) porque desaparece el fundamento de su atribución al cónyuge supérstite, que no es otro que esa affectio maritalis pese a la pervivencia del vínculo conyugal, una vez reconocida la desaffectio a consecuencia del cese efectivo de la convivencia conyugal debido a la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a su relación marital*". La autora concluye que "*voluntad y desaffectio cobran especial relevancia en esta materia tras la reforma*".

---

aquella cuota sobre aquella masa patrimonial será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible". Cabe añadir que, en este ámbito, es significativo que el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, haya modificado los artículos 73.1.2º y 77.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo definitivamente la acumulación de acciones y procedimientos cuyos objetos versen sobre la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de herencia, en caso de que la disolución del vínculo se haya producido por el fallecimiento de uno de los cónyuges.

[939] ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: "La familia española del siglo XXI: Nuevas realidades en la sucesión mortis causa del cónyuge supérstite", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Número 33, 2022, pág. 228.

En lo que se refiere a la sucesión intestada, esta misma autora hace ver que la reforma "*ha debilitado la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimir la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales*" [940] y que, "*para la exclusión del cónyuge supérstite no conviviente como heredero ab intestato, no se exige que el cese de la convivencia se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente, de tal manera que ahora basta el cese de la convivencia y, por tanto, de la affectio maritalis, por parte de uno solo de los cónyuges para que tenga lugar la exclusión del derecho del sobreviviente a heredar al causante tanto en el caso de la separación legal como de hecho; tanto si el supérstite hubiera mantenido la affectio maritalis como si no; tanto si es «inocente» como si no*" [941].

La autora también concluye que, en el ámbito de la legítima, ésta se niega al cónyuge supérstite cuya separación de hecho con el causante quede acreditada, "*sin buscar culpables o inocentes*"[942].

En este sentido, la doctrina[943] ha destacado también que el fundamento de la sucesión intestada es una *presunción de afectos*. Con ésta, el legislador designa herederos a las personas que, a su juicio, cabe conceder que el causante intestado habría querido beneficiar en un eventual testamento. El fundamento de la legítima sería, por el contrario, una imposición legal que precisamente vendría a evitar que el testador pudiera apartar a ciertos parientes de su sucesión. Así, mientras la protección de la voluntad presunta del fallecido intestado es el fundamento de la primera, la limitación de su libre albedrío sería el de la segunda.

En definitiva, el ordenamiento ha excluido así de la sucesión del cónyuge casado en régimen de gananciales a su esposo separado de hecho desde todas las perspectivas. Se trata de una decisión legislativa en la que, además, nada importan los motivos de la separación, la posible responsabilidad de uno u otro cónyuge en la misma, su posible carácter unilateral, o el tiempo por el que se haya prolongado.

Simplemente, lo que trasciende ahora es el mero hecho de que los cónyuges hayan cesado su relación efectiva de convivencia. Rota ésta, se consideran desaparecidos los distintos fundamentos que justifican tanto la llamada abintestato, como el derecho a la

[940] ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: op. cit., pág. 235.

[941] ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: ibid.

[942] ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: op. cit., pág 235.

[943] En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: "Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo", *Actualidad civil*, Número 1, 1992, pág. 192; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: "Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo", *La Ley*, Número 1, 1997, pág. 2091; o CRESPO MORA, María del Carmen: "Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectiva de futuro", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Número 27, 2005, pág. 168.

herencia forzosa. Así, se excluye al cónyuge viudo separado de hecho de la herencia intestada de su consorte porque se presume que otra solución sería contraria a la voluntad del finado; y se le priva de legítima en su sucesión porque el legislador ha dado el paso de entender que, tras la ruptura de la efectiva comunidad conyugal, aun permaneciendo el vínculo del matrimonio, no tiene sentido seguir reservando derechos hereditarios de un cónyuge para el otro[944].

Las normas del Código Civil que excluyeron al cónyuge separado de hecho de la sucesión intestada de su consorte -artículo 945- y del derecho a la legítima en su herencia -artículo 834-, sin requerir para ello de elemento adicional alguno, fueron introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio[945]. El vigente artículo 1393.3º del Código Civil mantiene la redacción que le fue dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Como ha señalado CRESPO MORA[946], el argumento de que debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior reviste gran importancia en nuestro ordenamiento, "*habida cuenta los numerosos «despistes» de armonización experimentados en el transcurso de las reformas*". Una vez armonizado el tratamiento legal del cónyuge separado de hecho ante la sucesión tanto intestada como legítima de su consorte[947], cabe plantear cuál es la interpretación más armónica de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil con los artículos 834 y 945.

Los artículos 834 y 945 del Código Civil resuelven categóricamente que, desde el mismo momento en que tiene lugar la separación de hecho entre los esposos, cesa por ministerio de la ley la posibilidad de que éstos se transmitan entre sí derechos de tipo

[944] Este aspecto creemos que cobra especial trascendencia, si se tiene en cuenta cuál es el fundamento propio del derecho a la legítima en el momento en que se promulga el Código Civil. Sobre ello, MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: "Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales", *InDret*, Número 3, 2023, págs. 396-429 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), págs. 399-400, sintetiza la común creencia doctrinal de que, en el modelo económico familiar decimonónico la legítima era expresión de una *"solidaridad que debía mostrarse hacia aquellos familiares que, en vida del testador, habían contribuido a la economía del grupo familiar y, a la fecha de su fallecimiento, carecían por lo general de recursos propios con los que subsistir; ya sea por su corta edad (los hijos) o por su falta de independencia económica (la esposa que era por lo general el cónyuge supérstite)*". Vemos, por tanto, cómo este fundamento es, en lo sustancial y en cuanto concierne al cónyuge viudo, coincidente con el que justificó la predilección del legislador por la sociedad de gananciales.

[945] Nos referimos a la modificación sustantiva de ambos preceptos, que con dicha reforma vendrían a disponer que, "*[e]l cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*" (artículo 834) y que "*[n]o tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho*" (artículo 945). Ello no obstante, la actual redacción de ambos preceptos quedó configurada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, que sustituyó la expresión de cónyuge separado "*judicialmente*" por la de "*legalmente*".

[946] CRESPO MORA, María del Carmen: "Algunos aspectos…, cit., pág. 170.

[947] El desfase entre ambas regulaciones se mantuvo hasta la unificación de criterio que introdujo la Ley 15/2005, de 8 de julio.

sucesorio[948]. Los cónyuges casados en gananciales, obviamente, están sujetos a esta regla. Así, si dos cónyuges casados bajo el régimen económico de sociedad de gananciales se han separado de hecho, desde el mismo momento en que se verifique la ruptura definitiva de su relación de convivencia, no devengarán derechos sucesorios entre sí. La respuesta más armonizada que puede ofrecer el ordenamiento ante esa decisión normativa parece ser, a nuestro juicio, la de negar al cónyuge separado de hecho el derecho a participar en las ganancias de su consorte, desde el momento mismo en que el cese efectivo de su convivencia quede verificado. La negación del derecho a participar en la herencia del consorte con quien no se convive, desde el mismo momento en que se verifica la ruptura, debería implicar, de suyo, quedar excluido de su sucesión tanto en sus bienes privativos como gananciales[949]. Esto no parece coherente con un eventual derecho del cónyuge separado de hecho a seguir participando en las ganancias que su consorte adquiera tras el momento de la ruptura.

Por todo ello, a nuestro juicio, también desde la perspectiva del derecho de sucesiones, resulta plausible interpretar el artículo 1394 del Código en el sentido que proponemos.

6.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS

Los antecedentes del Código Civil revelan una constante preocupación del legislador por dotar de garantías a quienes actúan confiando en que existe entre esposos un régimen matrimonial determinado. Las soluciones que se han buscado para ello han sido distintas en cada momento histórico y, con el tiempo, han ido evolucionando para hacer compatible el binomio libertad-seguridad.

En sus anotaciones al Proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA explicaba que las reglas que contenía aquel texto sobre la inmutabilidad del régimen económico constante el matrimonio y la necesaria formalización en escritura pública de las capitulaciones que se otorgaran antes de contraer nupcias para suplir la sociedad legal, perseguían en esencia evitar fraudes en perjuicio de terceros[950]. Esas mismas reglas arraigaron en el primer texto de Código Civil, como se desprende de sus artículos 1315, 1319 y 1393, encontrando en la doctrina de ese momento su justificación en la necesidad de proteger el tráfico de posibles maniobras fraudulentas entre los esposos[951].

La situación se mantuvo así hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Esta reforma introdujo un novedoso artículo 1320, que permitía a los cónyuges mayores de edad

[948] Hacemos la –quizás innecesaria- salvedad de que, en el ámbito de la sucesión testada, los cónyuges podrán hacerse las atribuciones que, en su caso, entiendan oportunas, a cargo de la parte libre de sus respectivas herencias.

[949] La afirmación la realizamos sin perjuicio de reconocer al cónyuge separado de hecho su derecho a adjudicarse la mitad del patrimonio que se haya acumulado hasta la fecha de la ruptura.

[950] GARCÍA GOYENA, Florencio: op. cit., pág. 722.

[951] Por todos, FALCÓN, Modesto: *Código Civil español*, Tomo IV…, cit., pág.139.

modificar su régimen económico de común acuerdo en cualquier momento de su matrimonio. La derogación de la regla de la inmutabilidad se adoptó, no obstante, con algunas cautelas cuyo objeto era, precisamente, proteger los derechos de terceros.

La exposición de motivos de la citada reforma hacía referencia, en primer lugar, a "*la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllas*". Ante esa posibilidad, se explicaba que "*[p]ara que la modificación afecte a tales derechos, será necesario que la consientan los otorgantes, si vivieran todavía*"[952].

Por otra parte, dicho preámbulo advirtió también que la modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exigía una especial protección de los intereses generales y de otros terceros. La reforma pensaba en aquellos que no habían intervenido en el otorgamiento de los capítulos matrimoniales pero que, por su relación económica con los esposos, podían ver afectado algún interés jurídico propio en caso de una eventual modificación de su régimen económico. La protección se organizaba a través de dos coordenadas:

1º) Mediante el establecimiento de un régimen de publicidad. Las modificaciones del régimen económico conyugal debían realizarse en capitulaciones formalizadas en escritura pública[953]. Estas serían objeto de publicidad a través del Registro Civil. Cuando se interviniera sobre bienes inmuebles, la publicidad también se realizaría a través del Registro de la Propiedad[954]. El sistema de publicidad se completaba con otra medida explicada también en el preámbulo de la reforma: "*la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida*"[955].

2º) Mediante la introducción de los principios de relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal. De acuerdo con estos

[952] En el texto normativo, la reforma introducía un artículo 1319 del Código Civil del siguiente tenor: "*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos*".

[953] El párrafo primero del artículo 1321 que introducía la reforma precisaba que "*[l]as capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas o del régimen económico conyugal habrán de constar necesariamente en escritura pública*".

[954] A tal fin, el primer párrafo del artículo 1322 que incorporaba la reforma dispuso "*En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*".

[955] El Código lo incorporaba como norma mediante el nuevo artículo 1322, cuyo párrafo segundo establecía: "*La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida*".

principios, las modificaciones que se produzcan en el régimen económico del matrimonio no pueden perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros[956].

El Código Civil vigente es tributario de las medidas concebidas por aquella importante reforma para proteger los derechos de terceros frente a las posibles alteraciones del régimen económico del matrimonio. Así:

1º) La exigencia del concurso de las personas vivas que hubieran intervenido con los cónyuges en el otorgamiento de sus capitulaciones se mantiene en el artículo 1331.

2º) La formalización en escritura pública de los pactos que modifiquen el régimen matrimonial permanece en el artículo 1327.

3º) La publicidad del régimen matrimonial y de las capitulaciones, pactos, resoluciones judiciales o hechos que determinen su modificación, a través del Registro Civil y del Registro de la Propiedad cuando afecten a bienes inmuebles, también se reproduce en el vigente artículo 1333[957].

4º) El artículo 1332 exige que los pactos modificativos de capitulaciones anteriores se indicarán mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, requiriendo al Notario hacerlo constar en las copias que posteriormente expida.

5º) El artículo 1317 sanciona que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros[958].

---

[956] Estos principios se sancionaban con la inclusión de un último párrafo en el nuevo artículo 1322 del Código que establecía así: "*Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*".

[957] El ordenamiento contempla también la publicidad del régimen económico del empresario individual en el Registro Mercantil (artículo 87.6º del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil). Como explica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de abril de 2003, el Reglamento del Registro Mercantil sólo exige la constancia registral del régimen económico matrimonial *"cuando se trate de la hoja abierta al empresario individual (...), por el evidente interés de los terceros en conocer los bienes que (...) puedan responder de las deudas contraídas en el desarrollo de la empresa*".

[958] El artículo 159 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, añade que "*Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado.*

También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho. (...)".

El artículo, por tanto, contempla la posibilidad de hacer constar la separación de hecho del otorgante de la escritura, así como el nombre del aún cónyuge si el acto o contrato fuera susceptible de producirle consecuencias patrimoniales.

Adicionalmente, el Código Civil prevé otras medidas de protección de terceros ante las eventuales alteraciones del régimen matrimonial. Así, conforme al artículo 1335, la anulación de las capitulaciones matrimoniales, por su invalidez, no perjudicará a terceros de buena fe; o, conforme al artículo 1334, la confesión de privatividad no perjudica a los herederos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

A pesar de todas esas medidas, la doctrina advierte del carácter limitado que presenta el actual sistema de publicidad de las capitulaciones matrimoniales y del propio régimen económico matrimonial[959], así como de la dificultad de determinar, en cada caso, el "*momento a partir del cual debe entenderse que el cambio de régimen o su extinción, produce efectos frente a terceros*"[960].

Junto a las anteriores reglas, existen otras especialmente concebidas para aquellos supuestos en los que la alteración del régimen económico del matrimonio se produce

[959] En efecto, como se infiere del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, en la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso del nuevo régimen matrimonial, y el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento. Según explica MÁS BADÍA, María Dolores: *Las capitulaciones matrimoniales. Unidad 8*. 31 de julio de 2014. Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/33aa8e6b-134f-47b2-8c2e-07d3ceb80704/content (fecha de consulta: 17 de febrero de 2025), la indicación de las capitulaciones en el Registro Civil representa una publicidad "*limitada, dado que en el Registro Civil sólo se menciona la existencia del documento auténtico o resolución (escritura de capitulaciones, sentencia) que afecta al régimen económico matrimonial y el tipo de régimen, pero no se detalla el contenido de aquél documento. Tratándose de capitulaciones, el interesado habrá de solicitar la exhibición de las capitulaciones o noticia sobre los pactos adoptados en ellas, para informarse de su contenido*". En el caso de que se trate de resoluciones judiciales, conforme al artículo 140.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se facilitará a las personas que acrediten un interés legítimo y directo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales. El precepto reconoce el derecho de esas personas a examinar y conocer las actuaciones judiciales, así como a pedir copias de aquéllas, salvo en los procedimientos reservados.

Sobre este mismo aspecto, DIAGO DIAGO, María del Pilar: "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62, Número 2067-2068, 2008, págs. 2782-2783, ha hecho ver que "*la efectividad de la publicidad así efectuada es muy dudosa, pues el tercero que quiera conocer el contenido de las capitulaciones, no lo va a logar con la indicación del Registro Civil. Con ella, sólo sabrá que existe, a partir de ese conocimiento deberá iniciar una investigación en toda regla. Sin olvidar que el artículo 266 RRC, establece que sólo se podrá obtener copia de las estipulaciones del régimen económico matrimonial, en los supuestos permitidos por la legislación notarial. Para ello se deberá de acreditar la existencia de un interés legítimo en el documento. Será labor del notario la apreciación de la existencia de ese interés y por tanto, el derecho a copia. El notario debe de tener en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. No obstante, la apreciación del interés legítimo se ve facilitada, por la concreción que hace el artículo 266 en su último párrafo 47. Se considerará que existe un interés legítimo y, por tanto, los notarios deberán de expedir copia de las estipulaciones acerca del régimen económico matrimonial, cuando el solicitante presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges*".

[960] Como indica SAIZ GARCÍA, Concepción: op. cit., págs. 71-72, la doctrina debate abiertamente sobre esta cuestión, proponiéndose como "*línea divisoria entre lo que fue ganancial y ya no lo es*": la fecha de las capitulaciones, sentencia o fallecimiento, dependiendo de la causa de disolución de la sociedad; la fecha de inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil; o, cuando afectasen a inmuebles o el cónyuge fuera comerciante inscrito en el Registro Mercantil, la fecha de toma de razón o inscripción en los correspondientes Registros, de la Propiedad o Mercantil (opción que, como indica la autora, parece más adecuada, dada la diversidad geográfica de las oficinas del Registro Civil).

mediante un pronunciamiento judicial. El artículo 1333 ya prevé la mención en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil de las resoluciones judiciales que modifiquen el régimen económico del matrimonio y el sistema de publicidad se completa con las mismas:

1º) Las resoluciones firmes que concluyen los procedimientos de separación, nulidad y divorcio extinguen la sociedad de gananciales (artículos 89, 95 y 1392 del Código Civil). La propia pendencia de estos procedimientos ya es susceptible de desplegar efectos relevantes frente a terceros, como la revocación de los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado entre sí, o el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos de un cónyuge por el otro en el ejercicio de la potestad doméstica (artículo 102 del Código Civil). Por ello, al legislador le preocupa que los terceros a que los pueda afectar el inicio y conclusión de aquellos procedimientos tengan conocimiento de ello.

La publicidad del inicio del proceso matrimonial se articula mediante una anotación de la demanda en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil. La anotación está prevista en el artículo 102 del Código[961] y se practicará a instancia de parte.

En cuanto a la publicidad de las resoluciones que ponen fin a los procesos sobre nulidad, divorcio y separación, el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el letrado de la Administración de Justicia acordará que las comunique de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan[962]. El mismo precepto prevé una publicidad adicional de dichas resoluciones, que ya no consta como obligatoria y que sólo se practica a instancia de parte. Se trata de su inscripción en Registro de la Propiedad, en el Registro Mercantil, en el Registro de Bienes Muebles o en cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan.

2º) La modificación del régimen económico del matrimonio también puede producirse mediante la sentencia que se dicte en un procedimiento iniciado por

[961] También está prevista la posibilidad de esta anotación en el artículo 40 de la Ley de Registro Civil, que les confiere un valor meramente "*informativo*". No obstante, parece lógico atribuir a esa información valor suficiente como para enervar la buena fe del tercero, a quien es exigible un canon de diligencia mínimo. De otro modo, además, la anotación de la demanda carecería de todo valor, privándose con ello de toda protección jurídica al cónyuge diligente que se interesa por anotar el inicio del procedimiento para que sus efectos sean oponibles a terceros.

[962] Asimismo, el artículo 61 de la Ley de Registro Civil prevé que el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio o copia electrónica de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza. La misma obligación tendrá el notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio. Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil. Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumplen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico.

cualquiera de los cónyuges en exclusivo ejercicio de la acción prevista en el artículo 1393 del Código. El objeto principal de este proceso será, precisamente, la formal conclusión de la sociedad de gananciales y, en consecuencia, la sustitución de ese régimen matrimonial por el de separación de bienes (artículo 1435.3º del Código Civil). Para la publicidad de la pendencia y la finalización de ese procedimiento mediante resolución firme, el Código Civil prevé en su artículo 1436 que la demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro Civil.

La publicidad de todas las resoluciones a las que hacemos referencia adquiere gran relevancia en el tráfico. De acuerdo con lo que dispone el artículo 89 del Código, los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio no perjudicarán a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil. En este mismo sentido, pero ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la misma regla, el artículo 60.4 de la Ley de Registro Civil incide en que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones.

De resultas de lo anterior, la separación de bienes producida por la resolución judicial firme que disuelva la sociedad de gananciales en aquellas situaciones en las que continúe el vínculo matrimonial (esto es, en los supuestos de separación legal y en los previstos en el artículo 1393 del Código Civil) sólo será oponible frente a terceros de buena fe desde la fecha de su inscripción en el Registro Civil.

Todo lo anterior cobra especial sentido cuando se proyecta sobre las acciones previstas en los artículos 1393 y 1394 del Código Civil. Los eventuales efectos que pudiera producir la separación de hecho en el funcionamiento de la sociedad de gananciales entre los esposos se verían limitados aún en mayor medida al ámbito interno de su relación, toda vez que la ley les exige el ejercicio judicial de la acción para extinguir su régimen matrimonial. Si la ley reserva esa decisión a la potestad de los cónyuges separados de hecho y estos no ejercitan la acción, en el ámbito de sus relaciones con terceros, éstos podrían entender cabalmente que el deseo del matrimonio es mantener su sociedad ganancial.

En cuanto a la posible retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales que las partes interesen en el proceso, ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 1317 del Código, no podrá afectar derechos de terceros de buena fe. Las reglas dispuestas por el ordenamiento para la protección de terceros ante la mutación del régimen matrimonial están concebidas para proteger sus intereses patrimoniales legítimos, evitando que les alcance un acto meramente interno de los consortes. La doctrina lo apunta en ese sentido.

Analizando la oponibilidad del cambio de régimen económico frente a terceros, SAIZ GARCÍA[963] apunta que "*todo (…) funciona en cuanto presunción iuris tantum de la buena fe del tercero, entre tanto no se haya producido la modificación tabular en virtud de la cual se consigue adecuar la situación formal a la real. Ello significa que dicha presunción podrá destruirse si, con anterioridad a la inscripción del cambio, logra probarse la mala fe del acreedor porque, efectivamente, había conocido por otros medios la modificación del régimen económico matrimonial. En este caso, el momento determinante sería la fecha de constancia personal de dicha modificación*". En ese mismo sentido, BLASCO GASCÓ[964] explica que "*la garantía que el artículo 1317 otorga a los terceros con derechos adquiridos exige la buena fe de tales terceros" y que "no requiere, sin embargo, la mala fe de los cónyuges, ni siquiera del cónyuge deudor*". También confirma este criterio MÁS BADÍA[965] cuando indica que "*la publicidad suficiente de la modificación, o el conocimiento efectivo de la misma por el tercero, marca el momento que se toma como punto de referencia para determinar si el derecho era ya existente o ya adquirido a los efectos del artículo 1317*".

Parece por tanto que la eventual retroacción de efectos acordada judicialmente sí podría oponerse al interés jurídico de un eventual tercero de mala fe. Resulta exigible también que dicho tercero, para quedar salvaguardado íntegramente en su derecho, actúe al menos con una diligencia mínima[966]. La prueba de la mala fe o de falta de diligencia del acreedor deberá pechar sobre quien la alegue, por exigencia del artículo 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La anotación en el Registro Civil de una demanda en la que se interese la retroacción de efectos de la disolución de una sociedad de gananciales podría dar lugar a uno de esos supuestos excepcionales en los que el tercero puede ser vencido en su derecho. En tal caso, la retroacción de los efectos interesados en el proceso sí podría afectar a los derechos adquiridos por terceros en fecha anterior a la sentencia firme, pero posterior a la de la anotación. El artículo 40 de la Ley de Registro Civil confiere a la anotación de la demanda un valor meramente "*informativo*", aunque parece lógico atribuir a esa "*información*" la eficacia suficiente como para enervar la buena fe del tercero, a quien

[963] SAIZ GARCÍA, Concepción: op. cit., pág. 72.

[964] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: "Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 46, Número 2, 1993, pág. 607, citando a ROJAS MONTES, Luis: "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 26, 1985, pág. 323.

[965] MÁS BADÍA, María Dolores: *Las capitulaciones…,* cit., pág. 9.

[966] Seguimos aquí a SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel: "Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil", *InDret*, Número 1, 2020, págs. 28-55 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), en cuanto afirman que "*quien se encuentra en circunstancias tales que su ignorancia es absolutamente implausible, difícilmente podrá ser considerado de buena fe: quien actúa voluntaria y sistemáticamente con desconsideración manifiesta de la verdad o falsedad de su creencia, quien se sitúa en autopuesta de ignorancia, acaba comportándose de mala fe, pues resuelve, a ciencia y conciencia, ignorar algo*".

es exigible un canon de diligencia mínimo. Si la demanda consta anotada, a pesar de las imperfecciones del vigente sistema de publicidad, el tercero la puede conocer. De otro modo, se perjudicaría el derecho a la tutela judicial efectiva del cónyuge que, con diligencia, se interesa por anotar el inicio del procedimiento precisamente para que sus efectos sean oponibles a terceros, más aún si se observa que el ordenamiento no le ofrece ningún otro remedio legal más adecuado para conseguir ese legítimo fin.

Otro tanto podría afirmarse en el caso de los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación de la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial que no hubiera alcanzado aún firmeza, conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley de Registro Civil.

Con todo, sobre la inoponibilidad de los efectos retroactivos de la disolución de la sociedad de gananciales que algunas sentencias aplican a actos de contenido patrimonial realizados por los cónyuges tras su separación de hecho existe un amplio consenso doctrinal[967] y un muy extendido reconocimiento en la jurisprudencia, tanto civil[968] como contencioso-administrativa[969].

---

[967] Los primeros comentaristas de las sentencias que comenzaron a introducir la doctrina de la limitación funcional ya advirtieron esa eficacia relativa, simplemente *inter partes*, de los efectos retroactivos de la disolución propugnada. En este sentido, RAMS ALBESA, Joaquín José: "Usufructo vidual aragonés y existencia de bienes consorciales en el supuesto de separación de hecho", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 11, 1986, pág. 3669, señalaba que los "*regímenes económico-matrimoniales no pueden dejarse en su aplicación, ni en su vigencia al criterio o arbitrio de uno de los cónyuges –de ahí las solemnidades requeridas para su adopción convencional o su modificación- (...). Pero esto es así, evidentemente, en la relación del consorcio matrimonial respecto de terceros que entran en contacto con esa economía común o incluso con una apariencia de economía común, los bienes consorciales están siempre, y en todo caso sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Ahora bien, no es tan evidente que esto suceda siempre y sin excepción al respecto de la relación puramente interna, sin interposición de terceros, como se pone de manifiesto en los casos de nulidad matrimonial respecto del cónyuge que obre de mala fe*"; el mismo autor ratifica su postura en *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 415.

Distingue también entre los efectos internos entre cónyuges y la responsabilidad frente a los acreedores LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: "Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pág. 758. También BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: "Modificación del… cit., págs. 599-642, que dedica un pormenorizado estudio del régimen de irretroactividad, explicando la regla de inoponibilidad frente a los acreedores de las modificaciones del régimen económico matrimonial y los mecanismos de defensa de sus derechos.

[968] En este sentido, por ejemplo, la SAP de Granada de 31 de julio de 2020, explica sobre los efectos de la doctrina de la limitación funcional, *ad intra* y *ad extra* entre los esposos, que, "*cuando (...) consta acreditado que la quiebra definitiva de la unidad matrimonial se produce con anterioridad al inicio del litis dirigida a la constitución del nuevo estado civil, a dicho momento han de retrotraerse entre los esposos los efectos de la disolución societaria, (...), sin perjuicio de que en la relaciones externas o con terceros y por obvios principios de seguridad jurídica, el régimen económico mantenga su vigencia hasta la firmeza del pronunciamiento que modifique el estado civil*".

La jurisprudencia menor también ha recodado esa misma diferencia de efectos en aquellos casos en que los esposos convienen la fecha de retroacción, atribuyéndole eficacia entre partes, pero salvaguardando los derechos de terceros. Así, la SAP de Ciudad Real de 17 de diciembre de 2018 afirma que, "…*estando ambos cónyuges de acuerdo sobre dicho particular, nada obsta a que a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales y sin perjuicio de terceros ajenos a dicho pacto inter partes, se sitúe el inicio de la disolución de la sociedad de gananciales el 29 de enero de 2018*…". También la STS de 29 de mayo

V.- LA SITUACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS CÓNYUGES DESDE LA SEPARACIÓN DE HECHO HASTA LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

1.- ACOTACIÓN DEL PROBLEMA

Según hemos podido argumentar, la aplicación conjunta de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil permite que una resolución judicial declare la conclusión de la sociedad de gananciales por existir una situación jurídica de separación de hecho entre los cónyuges y acuerde, a su vez, retrotraer los efectos de la disolución al momento en que se hubiera producido el cese de su convivencia. Recurriendo a esta medida, cualquier cónyuge separado de hecho podría evitar la atribución de los bienes obtenidos con su exclusivo esfuerzo tras la ruptura de la convivencia a la sociedad de gananciales.

Como venimos reiterando a lo largo de esta investigación, la doctrina científica se ha preocupado por la situación a la que se enfrentan los matrimonios casados bajo el régimen de gananciales durante la separación de hecho. Esta preocupación se reflejó en el propio preámbulo del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, del que deriva la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que destacó que la lógica de la sociedad de gananciales permanece "*mientras se mantiene la vida en común de los esposos".* La propia doctrina de la limitación funcional elaborada por la jurisprudencia comulga de esa misma idea.

Cuando se abordaron los debates que concluyeron con la promulgación de las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, la separación de hecho fue tratada desde una perspectiva novedosa en el ordenamiento español. En lo principal, el cese efectivo de la convivencia matrimonial se consideró como presupuesto habilitante de la mayoría de supuestos permitidos para obtener la separación judicial o el divorcio. Asimismo, la separación de hecho se integró en el artículo 1393.3º del Código como posible causa habilitante de la disolución judicial de la sociedad de gananciales. Por otra parte, la separación de hecho se contemplaba como una posible situación accidental durante la vigencia de la sociedad de gananciales, susceptible de generar ciertas incidencias que se salvaban con los artículos 1368 y 1388 del Código Civil.

El legislador de 1981 no consideró necesario o prudente ir más allá. Con la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, los cónyuges ya habían sido autorizados a

---

de 2023 acepta la resolución recurrida en casación, "…*que excluye del activo los bienes adquiridos después del 1 de diciembre de 1997* –fecha de la separación de hecho definitiva en ese procedimiento- *y excluye también las deudas del pasivo*", sobre lo que precisa: "*pronunciamiento este último que nunca podría perjudicar a los acreedores, que no han sido parte de este procedimiento*".

[969] Por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2016 resuelve que, "*…la fecha de efectos para terceros de buena fe de la disolución del régimen de gananciales, no constando con anterioridad entre el matrimonio capitulaciones matrimoniales que modificasen el régimen legal de propiedad de los bienes, debe referirse a la fecha en que consta la sentencia judicial de separación matrimonial, siendo a partir de la firmeza de la misma cuando se disuelve el régimen económico matrimonial. (…) parece pretender la recurrente (…) que debe referirse al momento de una separación de hecho matrimonial en el año 1996, siendo correcta la decisión de atender a la fecha de la sentencia de separación matrimonial, ya que con anterioridad no consta que se extinguiera ni modificara el régimen de bienes gananciales*".

disolver su régimen de gananciales mediante el pacto capitular. Si la separación de hecho se reconocía ahora como causa habilitante de la separación y del divorcio, así como de la mera separación de bienes, el sistema quiso confiar en que cada matrimonio decidiría lo más conveniente para su propia situación y su particular interés. La separación de hecho no se encuentra entre las causas de disolución automática de la sociedad de gananciales, que son las previstas en el artículo 1392, aunque sí lo está entre las que pueden serlo a instancia de uno de los cónyuges mediante la correspondiente resolución judicial, conforme al artículo 1393.3º.

En lo que ahora nos ocupa, el problema que se plantea con la configuración de la sociedad de gananciales en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es que el legislador, al margen de incluir las previsiones que acabamos de indicar, no se ocupó de regular con el debido detalle los efectos que produce sobre la misma la separación de hecho. Llama especialmente la atención la falta de una regulación más amplia de la situación jurídica en la que quedan los cónyuges durante una separación de hecho prolongada. La doctrina se cuestiona –como recuerda CRESPO MORA[970]- si la falta de tratamiento en el Código Civil de esta cuestión fue debida a una "*laguna imperdonable*" o a un "*olvido consciente*".

2.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

2.1.- Reflexión crítica sobre los planteamientos actuales

Lo cierto es que, a fecha de hoy, la problemática que acabamos de presentar no ha sido resuelta en toda su amplitud.

La doctrina de la limitación funcional contribuye a solucionar el importante aspecto de las atribuciones patrimoniales a la masa común durante la separación de hecho, y el artículo 1394 del Código Civil puede servir de mecanismo corrector del mismo problema en el proceso liquidatorio de la sociedad de gananciales. Sin embargo, como apunta CRESPO MORA, "*los que afirman que la separación de hecho tiene la fuerza suficiente para suspender la comunicación de ganancias propia de este régimen matrimonial silencian la repercusión de esta clase de separación sobre otras consecuencias derivadas del régimen de gananciales. Si defendemos tal opinión, parece que lo más coherente sería considerar suspendidos todos aquellos efectos legales que, al igual que la comunicación de ganancias, tengan su base en la* affectio conyugal*, esto es, que se encuentren vinculados a la convivencia de los cónyuges*"[971]. Por su

[970] CRESPO MORA, María del Carmen: "La titularidad…, cit., págs. 51-52. La autora parece inclinarse más por la segunda opción, al menos en lo que se refiere a la calificación de los bienes adquiridos durante la separación de hecho.

[971] CRESPO MORA, María del Carmen: "La titularidad…, cit., pág. 65. En este sentido, la autora comparte con PAZ ARES, Cándido: "La economía matrimonial y la sucesión ante la crisis conyugal y en las nuevas situaciones de convivencia", *conferencia pronunciada en las IX Jornadas de Derecho de Familia, Sevilla 23 y 24 septiembre 2004*, que durante la separación de hecho de los cónyuges no han de ser considerados gananciales los bienes producto del trabajo o la industria de los cónyuges, ni los frutos

coherencia, cabe compartir este razonamiento pero ello conduce, en nuestra opinión, a un nuevo problema. Acomodar todo el sistema de la sociedad de gananciales a una situación para la que, según el unánime sentir de la comunidad jurídica, no fue diseñado resulta una tarea complicada. Cuando se avanza en ese razonamiento surgen algunas dudas, como las que apuntamos de seguido, que hacen cuestionable incluso su propia viabilidad:

1º) Durante la separación de hecho, la causa que justifica la atribución del carácter común a las respectivas adquisiciones de los esposos, que es su convivencia colaborativa, ya no existe. Como consecuencia de ello, la aplicación de las normas de los artículos 1347; 1349, *in fine*; 1350; 1351; 1353; 1354; 1355; 1356; y 1361 del Código Civil queda en entredicho. El régimen de gananciales debería continuar, por tanto, sin aplicar en su práctica totalidad sus normas de atribución de bienes a la masa común, salvando acaso las adquisiciones previstas en los ordinales 2º (sólo las procedentes de bienes gananciales), 3º y 4º del artículo 1347, y en los artículos 1359 y 1360.

2º) El sistema que la ley prevé para administrar el patrimonio común, que es el principio de cogestión, es objetivamente difícil de mantener entre dos personas que no realizan vida común y dirigen economías domésticas diferentes, y prácticamente irrealizable si esas dos personas no guardan comunicación o están enfrentadas. El propio legislador, consciente del problema, habilita al juez en el artículo 1388 del Código a conceder a uno solo de los esposos la administración de los bienes que puedan tener en común. Sin embargo, ello nos lleva de nuevo al escenario procesal que los esposos separados de hecho tratan tantas veces de evitar. No parece tampoco realista concebir una sociedad de gananciales entre dos cónyuges que viven separados de hecho cuya administración se perpetúe judicializada. Si se atiende además al problema de la atribución de la ganancialidad de los ingresos y adquisiciones obtenidos durante la separación de hecho, cabe hasta plantearse la inoperatividad del artículo 1388 respecto de dichos activos.

3º) Ciertas conductas, inherentes y exigibles entre esposos unidos en sociedad ganancial, devienen ilusorias e inadecuadas entre esposos separados de hecho. Sobre ello, creemos oportuno recordar la referencia que hizo la STC de 20 de febrero de 1989 al derecho a la *intimidad económica conyugal* entre los cónyuges separados de hecho. Si el deber de facilitarse información recíproca desde la ruptura de la convivencia no puede mantenerse, la leal relación entre socios gananciales es prácticamente inconcebible. De hecho, la necesidad de gestión patrimonial de dos hogares diferentes por dos personas distintas ha de derivar con carácter casi inevitable en las conductas contempladas en los artículos 1393.2º y 4º del Código que, paradójicamente, son causa de disolución del consorcio matrimonial.

---

patrimoniales de los bienes privativos, así como el debilitamiento de la presunción de ganancialidad durante esta situación fáctica.

4º) Aunque la protección de los terceros de buena fe impide alterar, en nuestra opinión, las reglas de responsabilidad de la sociedad de gananciales por la mera separación de hecho, el sistema previsto para el levantamiento cargas puede quedar también en entredicho *ad intra* durante la separación de hecho. Es cuestionable, en particular, si, durante la separación de hecho, procede cargar sobre las ganancias y adquisiciones de un cónyuge los gastos de administración ordinaria de los bienes privativos o de la explotación del negocio o profesión del otro.

Mantener la sociedad de gananciales entre los esposos durante la separación de hecho, privándola de todos aquellos efectos legales que se encuentran vinculados a la convivencia conyugal, transforma la propia sustancia de dicho régimen. Es lógico que esto suceda si se comprende que la separación de hecho adultera el fundamento propio de la sociedad de gananciales, privándola de coherencia. Todo el régimen de la sociedad de gananciales reside en la hipótesis de la convivencia conyugal y esto se refleja en el sistema de atribución de titularidades, de gestión de los bienes y de reparto de cargas y asunción de responsabilidades patrimoniales. Forzar en todas sus facetas la sociedad de gananciales para hacerla funcionalmente viable durante la separación de hecho es una opción difícil de articular en Derecho. Su resultado es un régimen irreconocible y carente de lógica. Puede incluso que ese trabajo carezca de sentido, porque si el propósito de mantener la sociedad de gananciales exige deformarla en sus aspectos más básicos ni siquiera se alcanza ese resultado.

En definitiva, los planteamientos que sugieren mantener la sociedad de gananciales durante la separación de hecho como si nada sucediera entre los esposos, o considerarla suspendida pero adaptando sus normas a la situación de dos personas que no conviven, creemos que resultan problemáticos para el Derecho. Ante tal encrucijada, el ordenamiento plantea una incógnita que el jurista debe responder: cómo debe entenderse el régimen económico matrimonial entre dos cónyuges unidos en sociedad de gananciales desde el inicio de su separación de hecho. La cuestión es especialmente trascendente cuando se trata de situaciones de esta naturaleza que se prolongan en el tiempo.

2.2.- La problemática continuidad de la sociedad ganancial entre los cónyuges durante la separación de hecho

La teoría que parece haberse impuesto hasta la fecha propugna la continuidad de la sociedad de gananciales entre los esposos a pesar de la separación de hecho, sin perjuicio de las posibles correcciones que puedan realizarse *ex post facto* mediante la doctrina de la limitación funcional y la eventual retroacción de efectos de la disolución conforme al artículo 1394, así como de lo que pueda resolverse mediante los artículos 1368 y 1388 del Código.

Disponer la continuidad del régimen de gananciales entre personas separadas de hecho se presenta, sin embargo, inadecuado por varios motivos. Algunos de ellos los hemos apuntado ya:

1º) Implica aceptar que un cónyuge siga disponiendo de un título para asignarse la mitad de lo que adquiera el otro, a pesar de sus vidas separadas.

2º) Las normas que regulan la gestión del patrimonio ganancial están concebidas para la dirección de una sola economía doméstica, que en la separación de hecho no existe.

3º) El sistema de asunción de cargas de la sociedad de gananciales tampoco tiene lógica durante la separación de hecho.

4º) Reconocer sólo *ex post facto,* de forma eventual y previo pronunciamiento judicial, el derecho a mantener como exclusivamente propio lo que se ha ganado o adquirido durante la separación de hecho genera una importante inseguridad jurídica a los esposos en el ámbito patrimonial. El sistema implica asumir riesgos económicos elevados que, en nuestra opinión, no se pueden justificar razonablemente por el mero hecho de que los esposos no *legalicen* su separación.

5º) La inseguridad jurídica que genera el planteamiento que analizamos trasciende incluso al ámbito penal. La cuestión se expuso en la primera parte del trabajo. Disponer con libertad del dinero ganado tras la separación de hecho puede suponer, conforme a la regulación actual, la comisión de un delito de apropiación indebida o de administración desleal.

6º) Los cónyuges separados de hecho tienen reconocidos los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Mantenerlos vinculados tras el inicio de su separación en una sociedad de gananciales implica dificultarles, cuando no impedirles, el posible disfrute de sus vidas independientes.

3.- PLANTEAMIENTO DE UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

3.1.- Presentación de la propuesta

Somos conscientes de que el actual estado de la cuestión que analizamos viene dado por la interpretación jurídica que se hace de unas normas que:

1º) No conceden la disolución automática de la sociedad de gananciales por el advenimiento de la separación de hecho.

2º) Protegen los derechos adquiridos por terceros ante cualquier modificación del régimen económico del matrimonio.

3º) Ofrecen a los cónyuges separados de hecho varias opciones para poder disolver su sociedad de gananciales, tanto en la vía extrajudicial como en la contenciosa. Estas soluciones ni siquiera exigen instar la separación legal o el divorcio.

Así, la reflexión que nos lleva a examinar la viabilidad legal de una solución alternativa no surge de considerar carente de razonabilidad jurídica la tesis que hoy se admite de manera mayoritaria. El motivo de este análisis se encuentra en nuestra

convicción de que los esposos casados en gananciales, durante su separación de hecho, podrían disfrutar de un régimen legal más adecuado a sus peculiares circunstancias.

Por lo que expondremos a continuación, creemos que cabe ensayar una interpretación alternativa de las normas que regulan la sociedad de gananciales que permitiría, desde la separación de hecho:

1º) Entender cesada entre los cónyuges, a sus efectos internos, la sociedad de gananciales.

2º) Dotar a los cónyuges de un estatuto interno de separación de bienes.

3º) Mantener la vigencia de la sociedad de gananciales frente a terceros.

4º) Realizar las compensaciones que, en su caso, hubieran de tener lugar, como consecuencia de lo consignado en los puntos anteriores, en el momento en que, eventualmente, se procediera a la liquidación formal de la sociedad ganancial.

Somos conscientes de que plantear una propuesta novedosa en esta materia implica asumir su crítica, principalmente cuando su elaboración exige forzar algunos argumentos. Creemos, sin embargo, que el empeño merece la pena, pues su objetivo final es contribuir a la solución más satisfactoria de un problema jurídico que sigue siendo actual. En cualquier caso, tratamos de presentar una propuesta rigurosa, que se intenta construir desde las reglas de la hermenéutica sentadas por los artículos 3.1 y 3.2 del Código Civil, así como por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.2.- El cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges durante su separación de hecho

3.1.1.- La norma del artículo 1344 del Código Civil

El artículo 1344 del Código Civil dispone lo siguiente:

"Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella".

Cuando analiza el artículo 1344, la doctrina[972] atribuye al precepto una función básicamente conceptual o descriptiva. Se suele explicar que el precepto no ofrece una definición precisa de lo que es la sociedad de gananciales, sino que se limita a describir su efecto final más importante, que tiene lugar en la fase final de liquidación del régimen cuando, determinado su haber, éste se reparte por mitad entre ambos cónyuges

[972] Véanse, por ejemplo, BARCELÓ DOMENECH, Javier: op. cit., pág. 237; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1344 del Código Civil", *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, Tomo III, Comares, Granada, 2009, pág. 2605; o GONZÁLEZ GARCÍA, José: "Capítulo 11. Régimen económico de gananciales (I)", *Curso de Derecho civil, IV, Derechos de familia y sucesiones*, Coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 158.

o sus derechohabientes. Suele añadirse también que el precepto debe integrarse con otros para conceptualizar con una mayor concreción lo que es, en realidad, en nuestro sistema, la sociedad de gananciales[973].

En el posible planteamiento alternativo que examinamos, creemos que el artículo 1344 del Código Civil permitiría otra lectura. En lugar de un precepto meramente descriptivo de lo que es la sociedad de gananciales, el artículo puede leerse como una verdadera norma jurídica, cuyo objeto sería disponer cómo se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante la vigencia del régimen matrimonial al que se refiere. Lo que el precepto estaría resolviendo, según lo que sugerimos, es que la sociedad de gananciales es el instrumento jurídico del que los cónyuges deben y necesitan valerse para hacer comunes sus bienes, suponiendo la norma que los esposos, precisamente con su colaboración y convivencia dentro del matrimonio, forman esa sociedad de gananciales.

3.1.2.- Argumento literal

Cuando se sostiene que la sociedad de gananciales persiste entre los cónyuges separados de hecho hasta que ésta es objeto de disolución por cualquier de las causas previstas en los artículos 1373, 1392 o 1393 del Código, se entiende el artículo 1344 como si éste dispusiera que "*[d]urante la vigencia del régimen económico de sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella".* La dicción del precepto, sin embargo, es otra.

En la oración que integra el artículo 1344 del Código, el sintagma preposicional *"[m]ediante la sociedad de gananciales"* realiza la función de complemento circunstancial *de medio*[974]. Siguiendo la explicación de la Real Academia Española de la Lengua, "*la noción de medio*" se utiliza para referirse a "*recursos de los que se sirve alguien para lograr algo*".

En efecto, el artículo 1344 emplea una preposición, *mediante*, y no otra, *durante*, para referirse al modo en que las ganancias o beneficios obtenidos por los cónyuges adquieren su carácter común. Respetando el sentido propio de las palabras del precepto, según ordena el artículo 3.1 del Código, conforme al diccionario de la Real Academia

[973] De la necesaria integración del precepto con lo que dispone el artículo 1404 para cobrar pleno sentido trata, por ejemplo, BARCELÓ DOMENECH, Javier: op cit., pág. 237.

[974] Según explica la Real Academia Española de la Lengua (los énfasis son nuestros), "*[e]stos adjuntos contienen grupos nominales que denotan entidades, animadas o no, que representan el canal o la vía a través de la cual se realiza la acción expresada por el verbo (…) Se manifiestan en grupos formados con las preposiciones por, con, en y a, además de las de nuevo cuño* mediante *y vía, y con locuciones prepositivas como a través de o por medio de. La noción de medio se emplea para referirse a (…) recursos de los que se sirve alguien para lograr algo…*". Puede verse en: *Nueva gramática básica de la lengua española*. Disponible en: https://www.rae.es/gram%C3%A1tica-b%C3%A1sica/adjuntos-complementos-circunstanciales/clasificaci%C3%B3n-sem%C3%A1ntica-de-los-complementos-circunstanciales/de-medio (fecha de consulta: 5 de febrero de 2025).

Española de la Lengua, el término *durante* "*denota simultaneidad*", mientras el término *"mediante"* se refiere al "*medio*" ("*por medio de, con, con la ayuda de*") por el que se accede a algo. Vemos, por tanto, que la dicción del precepto no afirma que las ganancias o beneficios obtenidos por los cónyuges adquieren su carácter común por el hecho de ser percibidas *durante* la pendencia del régimen matrimonial (es decir, entre el momento de su inicio y el de su disolución), sino que lo son las que se alcanzan *mediante* la *sociedad*.

Lo que sugiere esa lectura es que los cónyuges se valen, conforme al artículo 1344, de su relación de *sociedad* para hacer comunes sus bienes. Interesa escudriñar el significado de ese término en el precepto.

El término *sociedad* apunta, nuevamente de acuerdo con la definición que ofrece el diccionario de la Real Academia en la acepción que se ajusta mejor al contexto del precepto, a una "*agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines*". En consecuencia, la literalidad del precepto admite entender que la cooperación de los esposos agrupados es el elemento integrador de la *sociedad* ganancial, concebida como instrumento del que se valen los cónyuges para hacer comunes sus adquisiciones dentro de su matrimonio. La premisa de la exigencia de la vida y el trabajo común de los cónyuges en el régimen de gananciales se recogería por tanto en el término *sociedad*.

Concluyendo, si se lee así el precepto, resulta que, *mediante* un instrumento legal del que se dota a los cónyuges mientras conviven y trabajan conjuntamente (que es precisamente la *sociedad de gananciales*, como representación del trabajo conjunto de los esposos, o sea, la faceta económica de su unión), éstos hacen comunes sus ganancias o beneficios, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.

La eventual aceptación de lo anterior permitiría concebir la existencia de un matrimonio casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales en el que sus adquisiciones podrían no hacerse comunes durante la separación de hecho, precisamente porque, en esa situación, los cónyuges no las obtendrían *mediante* su *sociedad*, sino a través de su exclusivo y personal esfuerzo.

3.1.3.- Argumento teleológico

La interpretación de las normas debe hacerse, según el artículo 3.1 del Código Civil, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Conforme a la tesis que parece haberse impuesto hasta la fecha, los efectos de la sociedad de gananciales entre los esposos continúan a pesar de su separación de hecho, sin perjuicio de las posibles correcciones *ex post facto* que éstos puedan conseguir instando ante los tribunales la aplicación de la doctrina de la limitación funcional. También desde esta perspectiva, el artículo 1344 del Código Civil sería un precepto que describe, sin precisión, en qué consiste el régimen de la sociedad de gananciales, destacando su finalidad más relevante.

Frente a esa interpretación, la alternativa que exploramos sugiere que, durante el régimen de gananciales, sólo se hacen comunes para los cónyuges las ganancias y adquisiciones que ambos obtengan indistintamente, mientras conviven y cooperan entre sí. Este entendimiento alternativo entendería el artículo 1344 como una norma jurídica que explica que las ganancias que obtienen los cónyuges indistintamente se hacen comunes para ambos porque las adquieren precisamente mediante la sociedad que sólo conforman con su colaboración y convivencia.

Siguiendo a GARCÍA AMADO[975], *"[e]l argumento teleológico justifica la elección de aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o en mayor medida que en las otras interpretaciones posibles.*

Si seguimos llamando N a la norma y representamos su finalidad como F, y si representamos las interpretaciones posibles como S1 y S2, simplemente, podemos esquematizar así el argumento:

Dado que el fin de N es F, es preferible S1 antes que S2 porque S (sic, S1) lleva a una mejor realización de F".

Tras ese razonamiento, el mismo autor sugiere dos preguntas que pueden formularse a quien emplee un argumento interpretativo teleológico:

"¿Por qué sabemos que el fin de N es F y no F'? ¿Por qué partimos de que el fin de esa norma es aquel que se señala y no otro que razonablemente pueda caber?

¿Con qué base o grado de certeza se afirma que la interpretación elegida da pie a un mejor cumplimiento de ese fin que las posibles interpretaciones alternativas?"

Respondamos, siguiendo el razonamiento que ensayamos, a la primera cuestión. En nuestro caso, la norma *"N"* es el artículo 1344 del Código Civil. El precepto se refiere inequívocamente a la *sociedad de gananciales* y explica también su finalidad, al apuntar que, mediante la misma:

a) *"Se hacen comunes para los cónyuges"* las ganancias o beneficios que obtenga cada uno de ellos.

b) Esas ganancias o beneficios *"les serán atribuidos por mitad al disolverse"* la propia sociedad.

Siendo ese el fin de la sociedad a la que se refiere el artículo 1344 del Código, es preciso delimitar a qué ganancias o beneficios se refiere el precepto. En concreto, lo que cuestionamos es si el artículo ampara, o no, la colectivización de las adquisiciones y ganancias percibidas por los cónyuges tras el inicio de la separación de hecho.

[975] GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *La interpretación y sus argumentos (IV): argumentos teleológico y sistemático*. 21 de marzo de 2016. Disponible en: https://almacendederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-iv-argumentos-teleologico-y-sistematico (fecha de consulta: 6 de febrero de 2025).

Para proporcionar la respuesta más adecuada a Derecho, la interpretación deberá tener en cuenta principalmente cuál es el fundamento de la sociedad ganancial. Así podrá conocerse, evitando sesgos de exceso de subjetividad, si el fin de "N" (nuestra norma) es "F" (amparar sólo la colectivización de las ganancias y adquisiciones obtenidas por los cónyuges durante su vida en común) y no "F´" (amparar también la colectivización de las ganancias y adquisiciones obtenidas por los cónyuges tras la separación de hecho).

En la materia nos ocupa, numerosos y relevantes elementos constatan que, en nuestro ordenamiento, el fundamento de la sociedad de gananciales se halla en la convivencia y la colaboración entre esposos. Es esa razón la que justifica un efecto tan peculiar en Derecho como que la mitad de lo ganado o adquirido por una persona se atribuya de modo automático a otra, lo que constituye precisamente la finalidad de la norma. Como hemos analizado ya, esa tesis:

1º) Ha sido acogida históricamente por la doctrina científica española, que sigue participando hoy de la misma idea.

2º) La reprodujo la propia exposición de motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, que es el origen de la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, la cual introdujo el artículo 1344 del Código en los términos que sustancialmente se mantienen hasta hoy.

3º) Se reflejó en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

4º) Se consagra en la reiterada aplicación de la doctrina de la limitación funcional por la jurisprudencia, que precisamente se fundamenta en esa afirmación.

En nuestra opinión, todos los anteriores elementos constatan cuál es el fundamento que inspira el sistema de atribución a un acervo común en el régimen de la sociedad de gananciales: permitir a los esposos hacer común lo que ganan y adquieren unidos en cooperación y convivencia, esto es, como verdadera sociedad.

Si el fundamento de la sociedad de gananciales es ese, es lógico que el Código disponga de una norma que lo establezca así y, más aún, que lo haga en un precepto, el artículo 1344, que introduce la presentación de ese régimen económico, encabezando el capítulo dedicado a su regulación. El artículo 1344 explicaría que sólo a través de la sociedad formada por los cónyuges en convivencia éstos hacen comunes sus ganancias, sometiendo a esta regla principal todas las que se detallan posteriormente en los artículos 1346 y siguientes.

Así las cosas, dado que el fin auténtico y deseado de la sociedad de gananciales ("F") es hacer común entre los esposos sólo lo obtenido por éstos durante su convivencia, puede sugerirse que "S1" (la opción alternativa que estamos ensayando para interpretar el artículo 1344 del Código) *es preferible* antes que "S2" (la tesis con la que contrastamos) porque "S1" lleva a una mejor realización de "F". En definitiva, el

entendimiento alternativo de la norma que venimos ensayando evita ese efecto –que generalmente se considera pernicioso y abusivo- de atribuir automáticamente a un cónyuge una participación en lo ganado por el otro sin su auxilio, contribución, colaboración o asistencia, por el mero hecho de mantenerse un vínculo matrimonial meramente tabular.

3.1.4.- Antecedentes históricos y legislativos

Como vimos en su momento, los textos del antiguo Derecho castellano consideraban ganancial lo que los esposos obtenían como producto de su esfuerzo común[976]. La doctrina y la jurisprudencia identificaron que, cuando la ley hacía comunes los bienes obtenidos por el matrimonio, lo establecía bajo la consideración de que éstos lo hacían *de consuno*, esto es, fruto de su colaboración y convivencia.

Es muy revelador que aquellos textos no mencionaban que existiera una relación de *sociedad* entre esposos ni nada similar. La colectivización de las ganancias y adquisiciones derivaba directa y únicamente de lo que se describía como la vida *de consuno* de los esposos en el seno del matrimonio. Esto puede comprobarse reproduciendo las normas a las que nos referimos:

1º) La Ley 17, Título II, Libro IV del Fuero Juzgo (bajo la rúbrica "*De lo que ganan el marido e la muier casados* en uno"):

"Si el marido y muger debidamente casados, viviendo juntos, ganen ó aumenten alguna cosa, el que de ellos sea más rico que el otro debe haber tanto más de la ganancia, quanto mas tenga de bienes, y cada uno lo haya después de la muerte del otro, y pueda dexarlo á sus hijos, ó pariente y estrados que quisiere: mas si hicieren escrito de lo que ganen, debe haber cada uno la parte que en él se exprese. Lo que ganare el marido en la hueste, ó por donación del Rey ó Señor, ó de amigos estraños, deben haberlo sus hijos y herederos después de su muerte; y pueda disponer de ello como quisiere. Lo mismo se entienda de las mujeres".

2º) La Ley 1, Título II, Libro III, del Fuero Real (rubricada "Modo de partir entre marido y muger los bienes adquiridos en el matrimonio"):

"Toda cosa que el marido y muger ganaren ó compraren, estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío de Rey ó de otri, y lo diese á ambos, háyanlo marido y muger; y, si lo diere al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere".

3º) La Ley 205 del Estilo (sobre "Cómo el marido puede vender los bienes ganados durante el matrimonio"):

[976] Nos remitimos por extenso a la exposición que dedicamos en la primera parte al análisis de las normas de nuestro Derecho histórico reguladoras de la sociedad matrimonial.

"Si alguno seyedo casado co alguna muger cópro alguna heredad o otra cosa que ganó, estando en uno con su mujer, estos bienes que assi cópro puédelos vender el marido si menester le fuere en tal que no faga el marido maliciosamente…".

Cuestión distinta es que en nuestro Derecho histórico la separación de hecho nunca pudiera representar un óbice real a la continuidad de ese efecto en las relaciones patrimoniales entre los esposos, como consecuencia de motivos entonces insalvables, a los que hemos hecho suficiente mención ya[977].

La introducción de la referencia a una *sociedad* entre los cónyuges ya puede verse en el Proyecto de 1851. Éste describía la *sociedad legal* entre cónyuges en su artículo 1309. Su tenor era el siguiente:

"Entre marido y mujer hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos esposos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio".

GARCÍA GOYENA proponía que *"[i]mportará (...) poco que marido y mujer estén o no de consuno, y por eso en el artículo (...) se dice: "ganancias obtenidas durante el matrimonio". La sociedad es un favor y consecuencia del mismo matrimonio, no de la material cohabitación*". Ciertamente, tal cosa parecía inferirse de la letra de aquel precepto. Sin embargo, el texto decayó.

El artículo 1392 del primer Código Civil adoptó los términos literales ya anticipados en el artículo 1415 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, dejando su texto en unos términos muy diferentes a los que había planteado el Proyecto isabelino:

"*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*".

Deben destacarse de ese nuevo tenor algunas cosas:

1º) Se incluye el término "*mediante*", sobre cuya relevancia ya nos hemos extendido al analizar la literalidad del precepto.

2º) La norma mantiene el término "*sociedad*", que evoca la unión económica de los esposos. Pero, a diferencia de lo que sucedía con el texto del Proyecto de 1851, en esta ocasión, la Ley no afirma apodícticamente que entre los cónyuges "*hay*" una sociedad; por el contrario, ésta parece ya en el nuevo texto como el instrumento "*mediante*" el que cónyuges hacen comunes sus adquisiciones.

3º) Nuestra doctrina interpretó que, al referirse a las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges, la expresión "*durante el matrimonio*" no debía entenderse hecha por el precepto a los conseguidos "*mientras subsiste*

[977] Principalmente por la indisolubilidad del matrimonio, el deber de convivencia de los cónyuges, el respeto al orden público y la inmutabilidad, constante el matrimonio, del régimen económico matrimonial.

jurídicamente el vínculo", sino a los que lo fueran "*mientras exista vida común, o mejor, trabajo común*"[978].

Cabe apuntar respecto a este último aspecto que el artículo 1393 del primer texto del Código establecía el comienzo de la sociedad *precisamente* en el mismo momento en que lo hacía el matrimonio. MANRESA concluyó que esa regla sólo se explicaba por la existencia de una norma del mismo Código que imponía a los esposos el deber de convivencia.

El actual artículo 1344 fue introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo[979]. Esta Ley procede del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979. En ese trabajo legislativo, el tenor propuesto para el artículo 1344 establecía:

"En la sociedad de gananciales los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla".

El rechazo de ese texto se debió a una enmienda presentada por el Grupo Centrista-Unión de Centro Democrático. El diputado Sr. DÍAZ FUENTES propuso el texto que finalmente adoptaría el artículo 1344 de la Ley, explicando, en lo que aquí resulta trascendente, que la enmienda "*sigue el estilo del viejo artículo 1392, pero acogiendo el propósito (...) de destacar la condición abstractamente común de los bienes, durante la vigencia de la sociedad conyugal...*". Comprobamos así cómo se vuelve al espíritu del antiguo artículo 1392, sobre el que nos acabamos de extender y, además, cómo, nuevamente, se pretende destacar la relevancia que adquiere la vigencia de la sociedad ganancial como instrumento para atribuir carácter común a los bienes obtenidos indistintamente por los esposos.

Creemos, por tanto, que la interpretación alternativa del vigente artículo 1344 que venimos ensayando sería tributaria de una concepción que se habría mantenido vigente en nuestro Derecho histórico desde que existe el régimen de la sociedad de gananciales, si bien ahora puede proponerse sin temor que la ruptura de la convivencia de los cónyuges por una separación de hecho tenga la relevancia que antiguamente no se pudo contemplar. Se concluye también que la inclusión del término "*mediante*" en el precepto responde a una decisión deliberada del legislador.

---

[978] CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: "La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, Alicante, 1984-1985, pág. 15, y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Capacidad de…, cit., pág. 865. De este modo, la doctrina siguió considerando el precepto tributario de los textos castellanos que atribuían carácter común a las ganancias y adquisiciones obtenidas por los esposos estando "*de consuno*".

[979] Debe precisarse que la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificó el precepto, supliendo la anterior expresión "*para el marido y la mujer*" por la actual "*para los cónyuges*".

3.1.5.- Argumento contextual

A nuestro juicio, el canon contextual también permitiría adoptar la interpretación que, a modo de ensayo, venimos desgranando. Los elementos periféricos más relevantes serían los siguientes:

1º) La existencia de la doctrina de la limitación funcional.

La creación de la doctrina de la limitación funcional por la jurisprudencia y su consolidación en nuestro ordenamiento forman parte esencial del contexto que entendemos relevante para la interpretación que sugerimos del vigente artículo 1344 del Código Civil.

Conforme a la doctrina de la limitación funcional, la vigencia del régimen de gananciales no habilita a los cónyuges para poder reclamarse entre sí derechos patrimoniales sobre bienes que hayan adquirido tras la ruptura de su convivencia. Ello es consecuencia directa de la pérdida de fundamento de la sociedad ganancial tras el cese de la relación matrimonial efectiva entre los esposos.

La separación de hecho no disuelve a todos los efectos la sociedad de gananciales, pero es claro que, siguiendo la doctrina de la limitación funcional, a efectos internos, sí impide que continúe como un instrumento legal apto para permitir a cada uno de los cónyuges participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el otro. Creemos que es muy expresivo MONTERO AROCA[980] cuando hace ver que, afirmar que "*no se puede declarar en general que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la separación de hecho de los cónyuges*", pero entender a su vez que "*sí se puede ir declarando bien por bien que el mismo no es ganancial por haberlo adquirido uno de los cónyuges durante el período de separación de hecho*" constituye "*un puro juego de jurista*". Compartimos también con LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[981], cuando se refiere a la doctrina de la limitación funcional, que, "*aunque rigurosamente la separación de hecho no disuelve la sociedad de gananciales, esta doctrina jurisprudencial, a efectos prácticos, supone entender disuelta "de hecho" la sociedad de gananciales, al menos a determinados efectos*".

2º) El artículo 1394 del Código Civil.

Según hemos razonado ya, este precepto permite retrotraer los efectos de la sentencia que acuerda la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se produjo el cese de la convivencia conyugal.

[980] MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (La aplicación práctica del artículo 95 del Código Civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 62; y, del mismo autor, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., pág. 60.

[981] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44.

Esa retroacción es el resultado coherente de la interpretación del artículo 1344 en la clave que sugerimos. Si la sociedad de gananciales no opera entre los esposos desde su separación de hecho, según lo que venimos a proponer, la consecuencia normativa coherente con esa realidad es que, al disolverse formalmente, la autoridad judicial atienda al estado de cosas existente en el momento de la ruptura de la convivencia para dictaminar los efectos de la disolución.

3º) El artículo 1397 del Código Civil.

Según este precepto, en el activo de la sociedad de gananciales que se va a liquidar deben incorporarse los bienes gananciales existentes en el *momento de la disolución.*

Sólo si podemos justificar que, a efectos internos, la sociedad de gananciales ha sido objeto de disolución entre los cónyuges con su separación de hecho, se evita el efecto indeseado de atribuirles una recíproca participación en los bienes que haya obtenido cada uno de ellos como resultado de su exclusivo esfuerzo. La interpretación que sugerimos del artículo 1344 del Código también revierte en ese resultado pues, de otro modo, todas las ganancias obtenidas por cada cónyuge sin la ayuda del otro deberían integrarse en la masa común a liquidar y repartir.

4º) La doctrina del enriquecimiento sin causa.

En el contexto que describimos, observamos también la doctrina del enriquecimiento sin causa. Sin entrar en disquisiciones que desbordan el cometido de este trabajo, la proscripción del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho reconocido por la jurisprudencia[982]. Como principio general del Derecho, dispone de carácter informador sobre el ordenamiento jurídico, atendiendo a la regla del artículo 1.4 del Código Civil.

Desde su concepción más remota, la sociedad de gananciales ha sido un sistema basado en la colaboración económica, que tiene como resultado final la distribución entre ambos cónyuges de la riqueza lograda en común. El ordenamiento español ha pasado a lo largo de su historia de un sistema de reparto proporcional a lo aportado por cada esposo[983] a otro en el que el patrimonio común se divide, tras su liquidación, en partes iguales[984]. Quizás el sistema no se inspira en una idea de conmutatividad pura,

[982] Así lo calificó la STS de 12 de enero de 1943, y ha seguido reiterándose por la jurisprudencia posterior, como recuerda recientemente la STS de 24 de abril de 2024, indicando: "*Este principio general del Derecho, cuya formulación sería "nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro", requiere para su aplicación de "la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)" (...). Al requisito de la falta de causa de la atribución patrimonial, la jurisprudencia vincula también el de la subsidiariedad: "si la ley prevé un supuesto en que la atribución patrimonial corresponde a un precepto del ordenamiento o a una relación contractual, no puede mantenerse las doctrinas del enriquecimiento injusto. Es explícita la jurisprudencia en este sentido*"".

[983] Ley 17, Título II, Libro IV, del Fuero Juzgo.

[984] Así, a partir de la Ley 1, Título II, Libro III, del Fuero Real.

dada la peculiar naturaleza de la cooperación familiar que justifica la existencia de la sociedad de gananciales, pero, sin duda, ésta se construye bajo la hipótesis de que ambos cónyuges prestan su esfuerzo a la formación de una masa patrimonial común, y eso motiva que más tarde se dividan por mitad su remanente.

Aunque el Código Civil diseña la sociedad de gananciales como un régimen de comunidad, intenta que ninguno de los cónyuges obtenga, a costa del otro, enriquecimientos injustificados. Lo ha subrayado en particular BLASCO GASCÓ[985] en referencia al artículo 1358 del Código Civil, relativo a los reintegros entre cónyuges, del que dice que es "*una norma de reequilibrio patrimonial cuya finalidad es evitar los enriquecimientos injustificados*". Siendo así, creemos que también expresan esa verdad los artículos 1346, último párrafo[986], 1347-4º, 1352, párrafo segundo, 1359, 1360, 1364, 1390, 1391 y 1401 del Código Civil[987]. El razonamiento lo rubrica la propia jurisprudencia[988].

[985] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de…,* cit., pág. 142.

[986] Según el precepto, son privativos de cada uno de los cónyuges, entre otros bienes, los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. En el párrafo al que nos referimos en el texto, la norma matiza que estos bienes (mencionados en los apartados 4° y 8° del precepto) "*no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho*".

[987] Y ello, en virtud de lo que disponen dichos preceptos del Código Civil. Así, según el artículo 1347-4º, son bienes gananciales los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, "*en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho*"; conforme al artículo 1347-4º, son gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, "*aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho*"; de acuerdo con el artículo 1352, párrafo segundo, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos, siéndolo también las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Ahora bien, conforme al párrafo al que hacemos referencia, "*si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho*"; el artículo 1359 establece, en su párrafo segundo, que, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, "*la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*"; el artículo 1360, en el mismo sentido, incide en que "*las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa*"; por su parte, el artículo 1364 previene, con carácter general, que, el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad, *"tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común*"; el artículo 1390 dispone que, si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, "*será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto*"; el artículo 1391 dispone que, cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte "*será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior*" y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible; y, finalmente, conforme a la regla del artículo 1401, mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente, inventario judicial o

La sociedad de gananciales no es un instrumento de colectivización indiscriminada de la riqueza obtenida por los cónyuges durante su matrimonio, ni nuestro ordenamiento la conforma como tal desde su nacimiento hasta su formal extinción por alguna de las causas previstas en los artículos 1392 y 1393 del Código. El Código Civil no regula la sociedad de gananciales como una sociedad universal[989]. Sus disposiciones conciben su coexistencia con los patrimonios privativos de los cónyuges, que también pueden incrementarse durante la vigencia del régimen atendiendo a cuál sea la procedencia de los ingresos o adquisiciones. Solo deviene ganancial lo que la Ley considera justificado que lo sea y creemos haber reflejado suficientemente que el fundamento de la atribución de las ganancias obtenidas por los esposos al acervo común radica en su cooperación recíproca.

Cuando la convivencia y la colaboración entre los cónyuges se extinguen, también desaparece la razón que justifica la atribución de los bienes adquiridos por ambos a una masa común compartida. Desaparecida su causa, la aplicación de las reglas de atribución previstas para la sociedad de gananciales deriva en la producción de enriquecimientos injustificados. Se cumplen desde ese momento, en nuestra opinión, todos los presupuestos que nuestra doctrina y jurisprudencia consideran de necesaria concurrencia para que, como explica DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[990], "*sea viable una pretensión de enriquecimiento*", refiriéndose a:

"1.º El enriquecimiento del demandado.

2.º El correlativo empobrecimiento del actor.

3.º La falta de causa justificativa del enriquecimiento".

En términos similares, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI [991] opta por desglosar los presupuestos en cuatro: "*a) la existencia de un enriquecimiento, b) un correlativo empobrecimiento, c) la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento", y "d) la falta de causa o justificación*".

---

extrajudicial. "*Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro*".

[988] Entre otras, pueden verse la SAP de Palencia de 7 de mayo de 2012 o la SAP de Salamanca de 23 de marzo de 2023.

[989] Aunque es cierto que, en ocasiones, prácticamente puede convertirse en eso, como destacó DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Capacidad de…, cit., pág. 864.

[990] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Introducción. Teoría del contrato, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 118. En términos similares, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1993, pág. 133, que se refiere a la existencia de un enriquecimiento, un correlativo empobrecimiento, la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento, y la falta de causa o justificación.

[991] ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio: ibid.

En la sociedad de gananciales, lo que adquiere un cónyuge se hace inmediatamente común para el otro. Por tanto, la convergencia de los tres primeros presupuestos[992] es evidente. La ruptura de la convivencia es determinante de la desaparición de la causa que justifica que se haga común cada atribución individualmente conseguida por cada esposo. Con la lectura que sugerimos del artículo 1344 del Código Civil, se evita justificar la atribución de carácter común a las ganancias y adquisiciones obtenidas por cada cónyuge durante la separación de hecho.

5º) Las normas de Derecho sucesorio que rigen entre los esposos separados de hecho.

A este contexto deben incorporarse también las normas de Derecho sucesorio ya referidas en este trabajo, que excluyen al cónyuge separado de hecho de la relación de parientes llamados a participar en la herencia del finado, tanto en el abintestato (artículo 945) como en la legítima (artículo 834). Tiene sentido conceder al artículo 1344 una interpretación que guarde consistencia con dichos preceptos. Presenta cierta incoherencia que, desde el mismo momento en que se produce la separación de hecho, los cónyuges pierdan el derecho a beneficiarse recíprocamente en toda su sucesión y, sin embargo, mantener su derecho a seguir beneficiándose, por su formal condición de socio ganancial, de la mitad de lo que adquiera el otro desde ese mismo momento.

6º) Las normas que regulan el contrato de sociedad.

Puede añadirse a ello que, aunque es cierto y conocido que la antigua referencia del artículo 1395 a que "*la sociedad de gananciales se regirá por las reglas de contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo*" fue objeto de derogación al regularse el vigente régimen de gananciales, ello no oculta que existen ciertos aspectos en los que la sociedad regulada en el Código Civil como contrato y la sociedad de gananciales comparten alguna nota característica. Ambas figuras requieren funcionalmente la necesaria presencia de, al menos, dos personas (que en la sociedad de gananciales son necesariamente dos), que asumen realizar un esfuerzo común y conjunto con ánimo de partir entre sí unas ganancias[993].

7º) El principio de individualización de rentas.

La interpretación que sugerimos también es acomodaticia con la normativa fiscal. Como vimos en su momento, en el Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas rige el principio de individualización de rentas. Una eventual interpretación del artículo 1344 del Código Civil en el sentido que planteamos no generaría ninguna contingencia de carácter fiscal para dos cónyuges que continuaran sus vidas separadas y, en coherencia

[992] Nos referimos a los de la relación propuesta por ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio: ibid.

[993] Conforme al artículo 1665 del Código Civil, la *sociedad* es un contrato por el cual *dos* o más *personas* se obligan a *poner en común* dinero, bienes o industria, *con ánimo de partir entre sí las ganancias*.

con ello, presentaran sus correspondientes liquidaciones de forma individual, sin considerar la renta del otro[994].

8º) La realización de los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

El contexto favorable a la interpretación que se ensaya también lo conforman los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad, conforme los entendió en su preámbulo la Ley 15/2005, de 8 de julio. La razón de ser de la reforma que introdujo aquella Ley, que cumple los veinte años de vigencia, es "*ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*".

Ciertamente, el aserto se refiere al ejercicio del derecho a instar la separación o el divorcio, sin necesidad de acreditación de causa o de justificación de una previa ruptura de la convivencia. Siendo así, los esposos separados de hecho que mantienen formalmente su sociedad de gananciales gozan también de esos derechos a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad que protege la Carta Magna y que se sobreponen a las relaciones personales y económicas que surgen del matrimonio.

En la interpretación que sugerimos, no se niega que para disolver el matrimonio o la sociedad económica conyugal sea preciso recurrir a los remedios formales dispuestos por la Ley, en concreto el divorcio, la separación o, en el mero plano patrimonial, la separación judicial de bienes. Lo que se postula es que la ausencia del ejercicio formal de esas acciones por las personas separadas de hecho no obliga a mantenerlas sometidas en su relación interna a las reglas de la sociedad ganancial, que impiden el normal desarrollo de unas vidas autónomas que ya han emprendido. Así las cosas, creemos que la propuesta de interpretación que planteamos realiza en mayor medida los principios constitucionales aquí señalados entre los cónyuges separados de hecho[995].

---

[994] Ello no obstante, entendemos que las obligaciones de carácter formal que pudieran derivar de la mera existencia del matrimonio o de su régimen económico sí deberían acatarse por los cónyuges separados de hecho, según lo que les viniera exigido por la normativa fiscal.

[995] DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: "La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio", *Revista boliviana de Derecho*, Número 17, Enero de 2014, págs. 23-24, (*idem*, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: "Tendencias actuales del Derecho de Familia en España", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Volumen 7, Santiago, Chile, 2006, págs. 164-165) realiza una aportación crítica sobre el sistema de divorcio adoptado en la Ley 15/2005, indicando que "*la estabilidad del matrimonio es todavía un valor social, no absoluto, pero sí digno de protección, que queda totalmente desatendido con la nueva regulación; y asimismo, que el matrimonio no sólo es cauce de desarrollo de la personalidad del cónyuge que se pretende divorciar, sino también del cónyuge a quien se impone el divorcio, contra su voluntad y sin ninguna constatación objetiva de la quiebra de la convivencia*". Ciertamente, la Ley 15/2005 supone un nuevo entendimiento de los equilibrios entre la estabilidad del matrimonio como valor social y el voluntarismo de los

9º) La equidad.

La *ratio decidendi* de la STS de 13 de junio de 1986 incorpora la falta de equidad a su decisión. Desposeer a uno de los cónyuges de lo que ha ganado con su exclusivo esfuerzo, sin la participación del otro, es sin duda un acto desprovisto de equidad. Si, de acuerdo con el artículo 3.2 del Código, ésta debe ser un elemento a valorar en el proceso de interpretación de la norma, creemos que la propuesta que planteamos podría ser útil para corregir ese indeseado efecto.

10º) Los principios de Derecho europeo de familia.

Con lo anterior, cabe incidir en que, conforme a los principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, se sugiere que la disolución de la comunidad de gananciales tiene efecto respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se separaron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro por la autoridad competente.

La propuesta que ensayamos se ajusta a esta directriz pues, *ad intra*, implica anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento de la separación de hecho, sin que, *ad extra*, ello suponga perjuicio a los derechos adquiridos por terceros, que quedarían bajo la salvaguarda de las normas que les garantizan tanto la irretroactividad como la inoponibilidad de las modificaciones del régimen económico matrimonial de sus deudores, hasta que sean objeto de la publicidad prevista por la Ley[996].

3.1.6.- Argumento sociológico

El preámbulo del Proyecto de 14 de septiembre de 1979 anunciaba realizar *"... una profunda reforma y modernización de la disciplina de la sociedad de gananciales, tanto desde el punto de vista de la formulación y las soluciones técnicas como de adaptación a su fin propio de ser el régimen de los matrimonios que conviven en armonía*". Esto, según el mismo texto, había conducido a "*articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad*" con las que, "*junto con la libertad de otorgar capítulos después de la boda*", se confiaba en que habrían de "*obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio*". Uno de los referidos inconvenientes que ya presentaba "*la comunidad*" en situaciones anormales del matrimonio antes de la reforma, y que se ha perpetuado hasta nuestros días a pesar de los muchos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha sido el de no facilitar el cese del funcionamiento de la sociedad ganancial a efectos internos entre los esposos tras separación de hecho.

---

individuos que lo adopten como forma de vida, aun en los casos en que resulte más caprichoso y poco responsable.

[996] Principalmente, los artículos 1317 y 1333 del Código Civil.

El problema no se ha resuelto con la introducción del *flexible elenco* de causas de disolución de la sociedad referido por la exposición de motivos. Aunque ciertamente parece casi imposible conocer con precisión el número de matrimonios que, en la actualidad, sufre la separación de hecho, sabemos que ésta afecta y perjudica a un relevante segmento de la población, al menos por dos datos constatables:

1º) La elevada litigiosidad sobre la materia que puede apreciarse mediante el examen de los repertorios jurisprudenciales. Hemos traído a este trabajo una muestra de resoluciones pronunciadas sobre litigios planteados sobre la materia, pero es fácil comprobar que, sobre todo en tribunales de primera y segunda instancia, existen muchas más.

2º) La estadística notarial. En ésta se recopilan datos de los acuerdos de separación de hecho suscritos en escritura pública desde 2007. Durante los últimos cinco años computados con cifras revisadas, puede comprobarse cómo el número de acuerdos sobre esa materia ascendieron a 644 en 2019, 697 en 2020, 962 en 2021, 1124 en 2022, y 1344 en 2023[997].

Para realizar un cálculo aproximativo del número real de separaciones de hecho en matrimonios radicados en España, las cifras que acabamos de indicar deberían incrementarse de manera exponencial, si se tiene en cuenta que:

a) No incluyen los convenios reguladores que se firman ante notario y luego no son ratificados y solemnizados mediante escritura o resolución judicial de separación o divorcio[998].

b) No incluyen los acuerdos de separación de hecho que se articulan en documento privado, de cuya existencia queda fiel constancia por la jurisprudencia que resuelve sobre los mismos.

c) Si la tipología de las separaciones de hecho se corresponde, al menos por aproximación, con la que nos muestran las sentencias que se pronuncian sobre ese tipo de conflictos, todo apunta a que el número de las que se resuelven con acuerdos notariales entre los cónyuges es muy inferior a las que no se desarrollan así.

De todo ello se infiere que la separación de hecho es una situación jurídica que, aún a fecha de hoy, afecta a un segmento significativo de población, a pesar de los remedios articulados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y de la importantísima reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que incluso ha facilitado en mayor medida la disolución de los gananciales mediante la separación y el divorcio libres. La conclusión es, por tanto, que el legislador de 1981 dejó en el limbo jurídico el aspecto que estamos

[997] Disponible en *https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo*.

[998] En este sentido, VARA GONZÁLEZ, Jose Manuel: *Divorcio ante notario: problemas de ejecución*. 2 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10498-divorcio-ante-notario-problemas-de-ejecucion (fecha de consulta: 10 de febrero de 2025).

analizando, confiando en que las soluciones que ofrecían sus normas sobre régimen económico de matrimonio, separación y divorcio serían un remedio suficiente para resolver el problema, y no ha sucedido así.

Para superar esa contrariedad, el sistema se ha valido de la jurisprudencia, en concreto de la doctrina de la limitación funcional. Desde 1986, los tribunales vienen corrigiendo de ese modo la tesis de la inalterabilidad del régimen de la sociedad de gananciales por la separación de hecho. Tras estos casi cuarenta años, la sociedad española -sobre todo, su comunidad jurídica-, acepta que, valerse de la sociedad de gananciales para solicitar una participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge con quien ya no se convive representa una pretensión abusiva y de mala fe.

Por otra parte, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, aprobado en Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, subrayó que "*uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos*". El trabajo prelegislativo expresaba su confianza en que tales relaciones mejorarían "*solventando el aspecto económico desde el principio*". En sus informes sobre el texto, ni el Consejo de Estado ni el Consejo General del Poder Judicial cuestionaron esa valoración. Vemos en ello otra expresión fiable de la conflictividad que sigue generando a fecha de hoy mantener entre los cónyuges que rompen su relación personal los vínculos que derivan del régimen económico que adoptaron con su matrimonio.

La sociedad española, por lo demás, ha recibido bien la paulatina asimilación de efectos en otros muchos ámbitos de la separación de hecho con la separación legal. Son reflejo de ello las numerosas normas que relacionábamos en ese sentido en la primera parte de este trabajo.

Asimismo, la realidad social actual está representada por una sociedad en la que los matrimonios ya no están formados por hombres que trabajan fuera de casa y mujeres dedicadas a las tareas domésticas. Es claro que la sociedad de gananciales existe también en matrimonios homosexuales y que, por otra parte, la mujer se ha incorporado de forma masiva al mundo laboral y profesional, permitiendo ello que, en las parejas separadas de hecho, la realidad general sea la de dos personas con una capacidad potencial de obtener sus propios ingresos.

Una última evidencia que confirmaría el favorable contexto sociológico a la interpretación que esbozamos vendría de la mano de los *Principios europeos de Derecho de familia*. Los principios que sugiere adoptar la Comisión para el Derecho Europeo de Familia vienen justificados por una previa tarea de estudio de los ordenamientos europeos y de las demandas de los Estados que lo integran. El Estado español forma parte de dicho contexto y la recomendación es que la separación de hecho sea el momento relevante ante la ley para determinar el momento de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales.

Desde nuestro punto de vista, todo lo antedicho conforma una realidad social en España propicia a aceptar las consecuencias patrimoniales entre cónyuges que resultarían de una interpretación del artículo 1344 del Código Civil conforme al planteamiento que hemos desarrollado.

3.1.7.- Conclusión

Como conclusión de lo que ha quedado expuesto, la interpretación alternativa que hemos ensayado del artículo 1344 del Código Civil parece viable. El precepto podría entenderse así como una norma jurídica en cuya virtud, bajo el régimen de gananciales, los cónyuges harían comunes los bienes que cada uno de ellos fuera adquiriendo indistintamente durante su relación de convivencia. Con la separación de hecho, ya no operaría más la sociedad ganancial; o, si se prefiere, cesada definitivamente la convivencia, la sociedad ganancial dejaría de existir y, además, perdería su objeto, tal como ya supo ver FALCÓN[999] al exponer que:

"...el Código considera ordinariamente asociados al hombre y á la mujer casados para todos los fines de la vida (...) Es el legislador quien declara asociados á los cónyuges, cuando nada pactaron en contrario para cumplir mejor las cargas de su estado; y como su objeto es interesarles en la común prosperidad, la sociedad supone la vida común, y con el matrimonio comienza y con el matrimonio termina. (...) la sociedad legal principia y concluye con el matrimonio, puesto que sólo para la vida común de los cónyuges se forma. (...) cuando por unos ú otros motivos ya no existe vida común entre ellos, la sociedad tiene que cesar, porque carece ya de objeto".

Finalizado su objeto, la sociedad entre los esposos no puede continuar, aunque el régimen económico matrimonial no haya sido objeto de una disolución formal por los esposos. El hecho de que, frente a terceros, al no haber disolución formal, deba presumirse que la sociedad continúa, no impide que, entre esposos, la relación económica de sociedad haya concluido. Esa interpretación se podría realizar a partir de un entendimiento del artículo 1344 en el sentido que hemos esbozado.

3.3.- La aplicación del régimen de separación de bienes entre los cónyuges durante su separación de hecho

3.3.1.- La necesidad de asignar a los esposos separados de hecho un régimen económico matrimonial para regular sus relaciones internas

Si la interpretación del artículo 1344 que ensayamos pudiera aceptarse, la separación de hecho entre los cónyuges produciría la extinción de su sociedad ganancial. Se trataría, no obstante, de una *extinción* no identificable con la *disolución* a la que se refieren los artículos 1392 y 1393 del Código, sobre todo por dos argumentos:

[999] FALCÓN, Modesto: Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral, obra ajustada al último estado del derecho, después de la publicación Código civil español, Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, 1897, págs. 158-161.

a) Esos dos preceptos comprenden, junto al artículo 1373, todas las causas autorizadas de disolución formal de la sociedad de gananciales. En el régimen del Código Civil, no es posible liquidar con eficacia *erga omnes* una sociedad de gananciales sin acreditar antes la existencia de una de las causas de disolución previstas en esos preceptos, que no se presentan de modo ejemplificativo.

b) Aun si pudiera salvarse lo anterior, el artículo 1393.3º del Código Civil se refiere expresamente al modo en que debe procederse para disolver la sociedad de gananciales a causa de una separación de hecho. En nuestra opinión, no es aceptable eludir esa regla, principalmente en su exigencia de que sea una resolución judicial la que decrete esa disolución.

Esto lleva a concluir que, como entidad jurídica existente *erga omnes*, la sociedad de gananciales entre los esposos permanecerá hasta que éstos realicen uno de los actos que permiten su formal disolución o, en su defecto, se produzca uno de los eventos que la ley considera extintivos de la misma. Ahora bien, una cosa es que el Código Civil condicione la disolución de la sociedad de gananciales a que se produzca uno de los eventos previstos en sus artículos 1373, 1392 o 1393 y otra que, según el planteamiento que hemos propuesto, el artículo 1344 permita entender que los cónyuges siguen sujetos a las reglas del Capítulo IV, Título III, del Libro IV tras el cese de su relación de convivencia, pues no sería así. Los esposos separados de hecho mantienen el vínculo matrimonial y, en nuestro ordenamiento[1000], tal circunstancia obliga a atribuirles un régimen económico. Frente a terceros, ese régimen seguiría siendo el de gananciales pero, en lo que afectara a la relación interna entre esposos, ese régimen no sería aplicable y debería determinarse cuál habría de regir en su lugar[1001]. Para determinar cuál debería ser el régimen regulador las relaciones económicas entre los esposos casados en gananciales durante su separación de hecho, las opciones son:

a) Mantener entre ellos el régimen de la sociedad de gananciales, pero excluyendo aquellas reglas que vienen justificadas por la cooperación y la convivencia del matrimonio. Esta solución, por lo que ya hemos explicado antes, no parece viable.

b) Conceder a los esposos como nuevo estatuto para regir sus relaciones patrimoniales internas las normas del régimen de separación de bienes. Esta opción la consideramos más conveniente y posiblemente acorde con la ley, según procedemos a argumentar.

[1000] Según indicamos en la primera parte de este trabajo.

[1001] Como hemos visto ya, es posible que los cónyuges alcancen acuerdos económicos para regular su separación de hecho. De ser así, tales acuerdos deben ser respetados en la medida en que no desborden los límites de la autonomía privada. La sociedad de gananciales no podrá disolverse formalmente por un acuerdo de ese tipo, salvo que se formalice de la manera prevista en el artículo 1327 del Código Civil. Aun con ello, salvo que de dichos acuerdos se colija, directa o indirectamente, que los esposos desean continuar vinculados como socios gananciales, resultará necesario determinar cuál será ese régimen que regulará sus relaciones internas en lo no pactado.

3.3.2.- Argumento literal

El artículo 1435.3º del Código Civil establece que existirá entre los cónyuges separación de bienes "*cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales*" y los cónyuges no establezcan otro régimen distinto.

Aunque puede inferirse que el citado precepto concibe, en principio, la *extinción* del consorcio por alguna de las causas previstas en los artículos 1392.3º, 1393 y 1373 del Código, ello no obstaría a recurrir a la misma regla ante otro tipo de finalización de la sociedad de gananciales, como sería en nuestro caso la que tendría lugar a efectos internos, como consecuencia de la ruptura de convivencia entre los esposos.

Si se quiere, incluso la regla podría aplicarse por analogía, pues existiría, según exige el artículo 4.1 del Código Civil, una identidad de razón con la situación que planteamos y la que prevé el precepto, teniendo en cuenta que su invocación se realizaría exclusivamente a los efectos internos indicados, hasta que la sociedad de gananciales fuera objeto de formal disolución.

3.3.3.- Argumento teleológico

Cabe además inferir que, de interpretarse el artículo 1344 del Código Civil en la clave que escrutamos, la presumible voluntad del legislador podría ser la de atribuir a los esposos el régimen de separación de bienes.

Por una parte, las normas del régimen de separación de bienes son sin duda las más adecuadas para regular las relaciones patrimoniales entre esposos no convivientes. Como ha destacado la doctrina, "*la principal ventaja de este régimen económico matrimonial es su sencillez y la agilidad del tráfico, dado que sólo existen dos patrimonios, el de cada uno de los cónyuges, que mantienen su autonomía y que cada consorte gestiona y responsabiliza, salvo matices, con independencia del otro*"[1002].

Por otra parte, si se excluye la posibilidad de aplicar un régimen de gananciales atenuado entre los esposos separados de hecho y la ley obliga a asignarles otro de los previstos en el ordenamiento, la única alternativa posible a la que planteamos aquí sería atribuirles el régimen de participación. Sucede, sin embargo, que dicho régimen se presenta claramente inadecuado a tales efectos, entre otros motivos porque sólo está previsto en el Código para cuando se acuerda expresamente por los cónyuges y también porque parece concebido, como sucede con la sociedad ganancial, para matrimonios que conviven.

3.3.4.- Argumento contextual

Dos argumentos de orden contextual llevarían, en nuestra opinión, a la misma conclusión:

[1002] MÁS BADÍA, María Dolores: *La Ley*…, cit., pág. 7.

1º) La separación de hecho es, en el actual sistema, el régimen matrimonial supletorio de segundo grado. Éste se aplica a los matrimonios que simplemente deciden que no rija entre ellos la sociedad de gananciales, según lo previsto en el artículo 1435.2 del Código Civil. Cuando se trata de un matrimonio casado bajo el régimen de gananciales en el que los cónyuges se separan de hecho, aunque éstos no otorgan propiamente unas capitulaciones matrimoniales excluyendo para sí la sociedad de gananciales, esa misma debe ser la consecuencia que debería deducir la ley entre dos cónyuges que, *por facta concludentia*, extinguirían su sociedad ganancial al romper definitivamente su convivencia, sin pactar de forma expresa otro régimen diferente. Nuevamente, si la norma no se interpreta directamente con esa amplitud, podría traerse por analogía.

2º) Si los cónyuges, en la situación jurídica en que quedan según la interpretación que sugerimos, deciden acudir a la autoridad judicial para extinguir su sociedad de gananciales, alegando estar separados de hecho, lo harán ejercitando la acción del artículo 1393.3º. La sentencia que estimara su pretensión determinaría entonces la finalización formal de la sociedad de gananciales. Sería aplicable entonces lo previsto en el artículo 1435.3º del Código Civil. De este modo, los cónyuges habrán formalizado la disolución de su sociedad ganancial, adoptando *erga omnes* el régimen de separación de bienes. Y es lógico por tanto que ese mismo régimen ya haya sido el adoptado para ellos a efectos internos.

3.4.- Situación de los bienes gananciales adquiridos por los cónyuges antes de la separación de hecho

3.4.1.- Supuesto de hecho

Antes de la separación de hecho, los cónyuges casados en gananciales habrán podido acumular –al menos en algunos casos- algún patrimonio conjunto. Si, conforme a la interpretación alternativa que planteamos, la separación de hecho determinara el cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges, otro de los efectos coherentes con esa conclusión sería que la masa común de bienes acumulada hasta la fecha del cese definitivo de la convivencia integrara, a efectos internos, lo que se denomina una *comunidad postganancial*.

No es nuestro propósito incidir en el análisis de esta figura, pero sí habrían de destacarse algunos de sus aspectos al hilo de esta exposición. A varios de ellos se refiere la STS de 10 de noviembre de 2017, siendo habitual también el estudio de la referida comunidad por la doctrina científica[1003].

[1003] GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: *El régimen jurídico de la comunidad postganancial*. Disponible en: https://vlex.es/vid/regimen-juridico-comunidad-postganancial-327207 (fecha de consulta: 10 de febrero de 2025); BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de*…, cit., pág. 158; SAIZ GARCÍA, Concepción: *La sociedad de gananciales (II)*. 31 de julio de 2023. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/01-derecho-familia/09-sociedad-gananciales/teoria-unidad/unidad-9-segunda-parte.pdf (fecha de consulta: 11 de febrero de 2025); LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, y otros:

3.4.2.- Inicio y conclusión de la comunidad surgida por la separación de hecho

La llamada *comunidad postganancial* existe desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación.

Conforme a la hipótesis que analizamos, la comunidad postganancial entre esposos separados de hecho iniciaría, sin embargo, con la ruptura definitiva de su convivencia. La conclusión como tal de esta peculiar comunidad postganancial no se produciría tampoco con su liquidación, sino que tendría lugar con el advenimiento de alguna de las causas previstas en los artículos 1373, 1392 y 1393 del Código Civil. En la actual estructura del Código Civil, esto supondría la transformación de la comunidad postganancial entre esposos separados de hecho en otra ordinaria.

En cuanto a la posibilidad de liquidar esa eventual comunidad postganancial entre los esposos separados de hecho, cabe traer a colación lo que explica RIVERA FERNÁNDEZ[1004] acerca de la liquidación de la sociedad de gananciales sin previa disolución. El autor se refiere a los supuestos en que los cónyuges "*acuerdan liquidar la sociedad de gananciales en previsión de la futura disolución de la sociedad conyugal*", indicando que el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia de estos pactos[1005]. En este mismo sentido, BUSTOS MORENO[1006] abunda en la idea de que los cónyuges pueden convenir también los reintegros por pagos de deudas gananciales en el momento que tengan por conveniente, precisando que, "*en el caso de la separación de hecho entre los cónyuges, lo normal será que estos pretendan realizar los reintegros con anterioridad a la disolución del régimen*"[1007].

3.4.3.- Comuneros

En una eventual comunidad postganancial resultante de la separación de hecho, los titulares serían siempre los cónyuges -o quizás un adquirente *inter vivos* de alguna de

---

op. cit., pág. 486; o RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1396 del Código Civil", *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, Tomo III, Comares, Granada, 2009, págs. 2810-2812.

[1004] RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1396 del Código Civil", cit., págs. 2810-2812.

[1005] Cita en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1151/1997, de 19 de diciembre de 1997 (Numroj: STS 7874/1997, Ecli: ES:TS:1997:7874). Esta misma tesis es la que habría aplicado, en nuestra opinión, la ya analizada STS de 11 de octubre de 1999.

[1006] BUSTOS MORENO, Yolanda B.: *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 402-403.

[1007] BUSTOS MORENO, Yolanda B.: op. cit., pág. 403, nota al pie 131.

sus cuotas-, a diferencia de lo que puede predicarse de la sociedad postganancial subsiguiente a la disolución formal de la sociedad de gananciales[1008].

Si uno de los esposos falleciera, o concurrieran sobrevenidamente una separación legal, un divorcio o una nulidad, los esposos, ex esposos o herederos que accedieran a la titularidad ya lo serían de una comunidad postganancial resultante de alguna de las causas previstas en los artículos 1392 o 1393 del Código Civil.

3.4.4.- Normas básicas reguladoras de la comunidad

Con carácter general, no resultarían de aplicación a la masa postganancial las reglas de la sociedad de gananciales. Dicho patrimonio se configuraría internamente como una comunidad ordinaria[1009], aunque, como ocurre en toda comunidad postganancial, los cónyuges no tendrían una cuota sobre cada uno de los bienes acumulados hasta la separación de hecho, sino sobre la totalidad de dicho patrimonio y, a efectos internos, estarían obligados a observarlo así.

Conforme a la interpretación alternativa que ensayamos, la composición de la comunidad postganancial resultante de la separación de hecho podría ser objeto de algunas alteraciones:

a) Su activo no se vería aumentado con las rentas de trabajo ni con los frutos y rendimientos del capital privativo de cada cónyuge obtenidos tras la separación de hecho, que serían, en todo caso, privativos de su correspondiente titular.

Únicamente los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la separación de hecho sí incrementarían la comunidad, por aplicación analógica de las normas sobre la liquidación del usufructo[1010].

[1008] Como explica GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: ibid., en la sociedad postganancial derivada de las causas de disolución previstas en los artículos 1373, 1392 y 1393, los titulares pueden ser: "*a) Los cónyuges. Supuestos de los artículos 1.392.3.º y 4.º, 1.393 y 1.373 del Código Civil. b) Los ex cónyuges. Supuestos del artículo 1.392.1.º (en caso de divorcio) y artículo 1.392.2.º. c) El cónyuge supérstite y los herederos del premuerto. Artículo 1.392.1.º en caso de muerte o declaración de fallecimiento. d) Los herederos de los dos cónyuges en caso de fallecimiento de ambos*". Creemos que, a este elenco, podría incorporarse el eventual adquirente de una cuota.

[1009] BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de*…, cit., pág. 158; SAIZ GARCÍA, Concepción: *La sociedad…,* cit., loc. cit.; o LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: op. cit., pág. 486.

[1010] SEBASTIÁN CHENA, Marta Soledad: *La liquidación de la sociedad de gananciales enfoque práctico de los aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 37. En este sentido, puede verse también la STS de 25 de abril de 2024. Habrían de aplicarse entonces los criterios del artículo 472 del Código Civil: "*Los frutos naturales o industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario.*

Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario.

En los precedentes casos, el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo,

b) Se beneficiaría también la comunidad de los incrementos de los frutos de los bienes comunes, así como de los aumentos del valor del patrimonio común y de las plusvalías que dichos bienes y sus frutos pudieran experimentar.

Por otra parte, el patrimonio común que quedaría tras la separación de hecho, en lo que afectara a las relaciones entre cónyuges, estaría sujeto:

a) Al cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad de gananciales antes de que se produjera el cese de la convivencia.

b) Al pago de los gastos que generara su administración o tenencia, o a la responsabilidad por daños que pudieran producir los bienes comunes.

c) Al pago de los alimentos previstos en el artículo 1408 del Código Civil, con las consecuencias previstas en ese precepto.

d) El pago de las "*cargas del matrimonio*" que eventualmente pudieran surgir durante la separación de hecho, conforme a lo previsto en el artículo 1438.

Las deudas que contrajera cada cónyuge una vez cesada la sociedad de gananciales por la separación de hecho, a efectos internos entre esposos, serían tratadas como privativas.

Sobre los bienes comunes, se aplicaría el principio de subrogación real[1011].

No se aplicaría entre los cónyuges la presunción de ganancialidad.

Cualquiera de los cónyuges podría actuar en defensa del patrimonio común.

3.4.5.- Normas sobre la disposición y administración de los bienes de la comunidad

Parecería aceptable que, en este tipo de comunidad, cada cónyuge pudiera disponer de lo que RIVERA FERNÁNDEZ denomina "*posición jurídica que proporciona a cada partícipe su status de cotitular en la comunidad postganancial*". Creemos, con el autor, que así permiten inferirlo los artículos 399, 1532 y 1067 del Código. No obstante,

---

con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario.

Lo dispuesto en este artículo no perjudica los derechos de tercero, adquiridos al comenzar o terminar el usufructo".

[1011] En este sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: ibid. También lo han considerado así la SAP de Pontevedra de 18 de julio de 2024 y la STSJ de La Rioja de 12 de noviembre de 2014. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1396 del Código Civil", cit., pág. 2818, matiza que, "*frente a la subrogación* strictu sensu*, debe sostenerse el criterio por el cual el bien adquirido individualmente por un partícipe con fondos comunes pertenece a éste, si bien con el consiguiente nacimiento de un crédito a favor de la comunidad postganancial por el importe actualizado de los fondos comunes utilizados*".

también entendemos que esa mutación no será oponible ni podrá perjudicar los derechos adquiridos por terceros acreedores.

Los actos de disposición *inter vivos* sobre los bienes comunes exigirían la actuación conjunta de los cónyuges, de acuerdo con lo previsto en el artículo 397 del Código Civil.

En cuanto a las disposiciones *mortis causa*, aunque la cuestión suscita cierta controversia, parece razonable lo que propone RIVERA FERNÁNDEZ[1012], en cuanto a entender aplicables analógicamente los artículos 1379 y 1380 del Código. El bien de la comunidad postganancial objeto de legado se entregaría *in natura* al beneficiario si se adjudicara al testador en la partición del remanente social; caso contrario, el legado se transformaría en un legado de cantidad.

La administración de la comunidad postganancial sería mancomunada entre comuneros, lo que obligaría a remitirse al artículo 398 en cuanto al régimen de mayorías. No obstante, creemos que sería aplicable el artículo 90 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en cuanto permitiría a cualquiera de los cónyuges acudir a la vía judicial para resolver cualquier diferencia relativa a la realización de un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos; o para la realización de actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios. Creemos que también resultaría aplicable el artículo 1388 del Código Civil, que la jurisprudencia ha considerado adecuado en situaciones conflictivas producidas en la comunidad postganancial[1013].

Según el tenor del artículo 1388, entre las situaciones que permiten confiar a uno de los cónyuges la administración del patrimonio ganancial, se contemplan tanto el "*abandono de familia*" como la "*separación de hecho*". Este es un aspecto relevante, dado que el precepto otorga un trato diferente a ambas situaciones, pues, mientras en el caso de abandono la norma solo permite conceder la administración de los bienes al

[1012] RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1396 del Código Civil", cit., págs. 2821-2822.

[1013] En este sentido, por ejemplo, lo afirma la SAP de Bizkaia de 14 de diciembre de 2009: "*el legislador prevé la posibilidad de conferir la administración a uno solo de ellos (art. 1.386 y 1.388 Código Civil); regulación que no hay razón para no aplicar a la comunidad postganancial derivada de la disolución del matrimonio*". También permite administrar la sociedad postganancial al esposo, por aplicación del artículo 1388 del Código Civil, la SAP de Madrid de 10 de marzo de 2004.

cónyuge abandonado[1014], en el supuesto de la separación de hecho autoriza decidirla a favor de cualquiera de los esposos, o incluso distribuirla entre ambos[1015].

Algunos autores deducen de ello que la "*separación de hecho*" a la que se refiere la norma es únicamente la alcanzada de mutuo acuerdo por los esposos[1016]. Sobre este extremo, creemos que el precepto no identifica el abandono de familia con la separación impuesta por uno de los esposos, y la separación de hecho con la ruptura que es mutuamente consentida por ambos. A nuestro juicio, el artículo 1388 pretendió identificar el abandono de familia con la conducta tipificada en el artículo 487 del Código Penal que se encontraba vigente en el momento en que tuvo lugar su aprobación[1017]. De este modo, a los efectos de aplicación del 1388 del Código Civil, la separación de hecho no recoge únicamente aquellas situaciones de ruptura de la convivencia mutuamente consentida por las dos partes, sino también aquellas que, aun siendo impuestas por uno de los cónyuges, no podían calificarse como abandono de familia desde la perspectiva penal[1018].

[1014] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1388", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1777. En el mismo sentido, MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1388", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1614.

[1015] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1388"…, cit., pág. 1777.

[1016] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1388"…, cit., pág. 1777, entiende que la separación de hecho prevista como hipótesis en el precepto exige que uno de los cónyuges no haya roto la convivencia familiar, o que, en tal caso, se haya producido una posterior aquiescencia por el otro, que transforme su carácter. También MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1388", cit., pág. 1614.

[1017] Este precepto castigaba a quien "*dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio"* en caso de que –junto a otro supuesto- *"abandonare maliciosamente el domicilio familiar".*

[1018] En este sentido, PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: "Tratamiento penal de las obligaciones económicas derivadas de la relación jurídica familiar", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 1993, pág. 264, explica con abundancia de ejemplos aquellas situaciones en las que la salida del domicilio conyugal no podía ser considerada como abandono, aunque no hubiera sido pactada. Según este autor, la propia jurisprudencia mantenía que el abandono malicioso era aquel que "*no tiene razón de ser en modo alguno ni tiene explicación suficiente, que es voluntario o injustificado, dejando el hogar en la mayor indigencia debida al capricho personal o arbitraria decisión*", añadiendo que "*no basta con el simple apartamiento del lugar, ni la indolencia en el cumplimiento de los deberes (…), como tampoco hay abandono malicioso cuando (…) se carece de medios económicos (…), si se remite con periodicidad cantidades de dinero para el sustento de la familia (…), si hay notoria desarmonía matrimonial (…), si la desarmonía matrimonial se manifestó en formas violentas, de modo que la ruptura de la convivencia conyugal no puede ser tachada de caprichosa o arbitraria, sino que viene asistida de racionalidad aparente (…), si hay incompatibilidad de caracteres y disputas constantes o malos tratos de palabra u obra, o convivencia con otros parientes indeseados, o fuerza mayor, o traslado laboral (…), si la desarmonía hace penosa y difícil la vida en común (…), si hay graves disensiones por creer que la esposa o el esposo eran infieles (…), o si hay una causa moral o social protegida jurídicamente (…)*"; o REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: "Comentario al artículo 1368", "Comentario al artículo 1388", "Comentario al artículo 1392" y "Comentario al artículo 1393", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, T.VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9789; Sostienen una interpretación contraria MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1388", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio,

La interpretación lógica y sistemática de la norma sugiere esta consideración, ya inducida por su dicción literal. Es perceptible que el artículo 1393 contempla, también, como realidades diferentes el abandono de familia (supuesto del número 1º) y el abandono de hogar (situación incardinada, junto a la mera separación de hecho y con idéntico tratamiento, en el número 3º).

Esta interpretación, en definitiva, creemos que tiene aún más sentido en el marco del ordenamiento actual, una vez el divorcio y la separación no requieren acreditación de causa y, además, la ley prescinde de cualquier análisis de culpabilidad en la decisión del cónyuge que decide poner fin a la relación conyugal.

En consecuencia, creemos que el artículo 1388 permite atribuir a cualquiera de los esposos la administración de los bienes de la sociedad postganancial resultante de la separación de hecho, conforme a la tesis alternativa que planteamos, ya sea aquella consentida por ambos o impuesta por uno solo de ellos. Obviamente, en el modelo que ensayamos, el cónyuge que soportara la administración del otro sobre la masa común obtenida antes de la ruptura conservaría la administración de los bienes obtenidos tras ella, generados por su propio patrimonio o con su trabajo, pues el esposo administrador no es el representante legal del otro, a diferencia de lo que ocurre en la situación prevista en el artículo 1387[1019].

3.4.6.- Responsabilidad de la comunidad

Cuando la comunidad postganancial surge de la disolución de la sociedad de gananciales por cualquiera de las causas previstas en los artículos 1392 y 1393 del Código, los acreedores pueden pedir el embargo de la cuota abstracta que el cónyuge que sea su deudor tiene sobre el patrimonio común[1020].

Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 195; y ATIENZA NAVARRO, María Luisa: "Comentario al artículo 1388", *Código Civil Comentado*, Volumen III, VVAA, Dir. CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, Civitas, Navarra, 2011, pág. 1038, al entender que los supuestos de "*abandono de familia*" y "*separación de hecho*" previstos en el precepto deben interpretarse, aquél como la ruptura impuesta por uno de los cónyuges y esta última como la que "se da de mutuo acuerdo entre los cónyuges". Añade después la autora que, en caso de abandono, la legitimación para pedir la administración sólo corresponde al cónyuge que permanece en el hogar, mientras que si la separación es de mutuo acuerdo, ambos quedan legitimados.

Ello no obstante, estamos de acuerdo en que la conducta de abandono de familia contemplada en el precepto se describe en términos objetivos y, por tanto, no requiere el seguimiento de una causa penal en la que se así se apreciara, ni menos aún el pronunciamiento de una eventual sentencia de condena (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1388"…, cit., pág. 1777).

[1019] MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1388", cit., pág. 1613.

[1020] En este sentido se pronuncia, con referencia a resoluciones anteriores, la antedicha STS de 10 de noviembre de 2017. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: "Embargo de bienes y sociedad de gananciales", *Tribunales de justicia: Revista española de Derecho procesal*, Número 7, 2001, pág. 22, ha precisado, con cita de resoluciones registrales y judiciales, que, "*en alguna ocasión, se ha señalado que lo realmente*

En cuanto a la comunidad postganancial resultante de la separación de hecho según la interpretación que venimos sugiriendo, dado que ésta tendría una eficacia meramente interna entre los cónyuges, deberían seguir siendo aplicables los artículos 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1372, 1373 y 1374. Aparte de ser lo coherente con el planteamiento que realizamos, esa interpretación la entendemos más acorde con el principio de protección de los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

Como consecuencia de lo anterior, es evidente que podrían producirse perjuicios patrimoniales al acervo común como consecuencia de las acciones ejercitadas por un acreedor particular de uno de los esposos, en reclamación de un crédito nacido con posterioridad al inicio de la separación de hecho. En tal caso, según la interpretación alternativa que ensayamos, estos perjuicios deberían compensarse al cónyuge perjudicado en las futuras operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. Serían aplicables en su caso los artículos 1397.2º y 3º, y 1405 del Código Civil.

3.5.- Efectos de una eventual reconciliación

Ante la eventual reconciliación de los cónyuges separados de hecho, las normas del Código Civil dan a entender que la sociedad de gananciales volvería a ser operativa entre ellos, recuperando su integridad, en consecuencia, el régimen que, desde el cese de la convivencia, sólo se había mantenido frente a terceros.

Conforme al artículo 1443, "*la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado*".

La separación de bienes que tendría lugar entre los cónyuges separados de hecho no sería una separación de bienes *decretada* de las contempladas por el precepto. En su caso, el cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges no se habría producido como consecuencia de una resolución judicial. La lectura del precepto permite entender, por tanto, que, al tratarse de una *separación de bienes no decretada,* ésta sí podría ser objeto de alteración por la reconciliación de los cónyuges, precisamente por la mera desaparición de la causa que la habría motivado. En esta línea de razonamiento, resulta que ese mismo efecto es el que se produce, a efectos sucesorios, atendiendo a lo previsto en los artículos 844 y 845. En efecto, según el artículo 834 del Código, el cónyuge que al morir su consorte se hallase separado de hecho de éste, no tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. El artículo 835 aclara que, si entre los cónyuges separados hubiera mediado "*reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos*". De la lectura del precepto, la doctrina ha concluido que, cuando la

---

susceptible de embargo y anotación preventiva es el derecho eventual que corresponde al cónyuge sobre los bienes concretos que se le adjudiquen como consecuencia de la liquidación y división, pero no la mitad indivisa de la comunidad post-ganancial".

separación que determina la eventual pérdida del derecho sucesorio es una mera separación de hecho, la reviviscencia del derecho que produce la reconciliación no exige más formalidad que el mero reinicio de la vida conyugal[1021].

Si bien se piensa, sería lógico y además coherente con el contenido del artículo 1443 que dos separaciones de bienes diferentes, la decretada y la no decretada, tuvieran distinto trato, como régimen económico adoptado por el matrimonio, en caso de reconciliación conyugal. La *separación de bienes decretada* no debería verse alterada por la reconciliación, por imperativo del precepto. La medida sería lógica, porque si los cónyuges disfrutan ya de una separación de bienes formal y publicada, y desean volver a la sociedad de gananciales, deberían suscribir un nuevo acto formal que lo rubricara en este sentido; máxime, cuando la reconciliación parece proporcionar a los esposos el espacio de confianza idóneo para poder alcanzar un acuerdo de esa naturaleza. Por el contrario, una hipotética *separación de bienes no decretada* (que sería la que tendría lugar en la interpretación alternativa que sugerimos del artículo 1344 del Código Civil) permitiría a los cónyuges reconciliados volver en el plano real y formal al régimen de la sociedad de gananciales, sin necesidad de operar cambio alguno. Nótese que ese sería el régimen económico en el que externamente habría seguido viviendo el matrimonio tras la mera separación de hecho[1022].

A efectos internos, tendría sentido entender que entre los cónyuges, en realidad, ha habido dos sociedades de gananciales diferentes. La primera sería la vigente desde su inicio hasta la separación de hecho y, la segunda, comenzaría con la reconciliación y finalizaría con cualquier evento con eficacia disolutoria sobre el consorcio. Frente a terceros, insistimos, esa distinción sería del todo indiferente, pues para éstos la sociedad ganancial siempre seguiría vigente, incluso durante la separación de hecho.

[1021] REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: *Comentario al artículo 835 del Código Civil*. Disponible en: https://vlex.es/vid/articulo-835-362178 (fecha de visita: 10 de febrero de 2025), o MOLINA BALAGUER, Francisco: "La sucesión del cónyuge supérstite tras la Ley 15/2015, de 8 de julio o cómo apreciar la separación de hecho", *Lunes 4:30*, Número 412, Abril 2006, pág. 30.

[1022] Analizando los acuerdos de separación de hecho, RUIZ-RICO ARIAS, María Dolores y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Derecho de Familia Avanzado, Bloque 1, Parte 2*. *Bloque introductorio. Familia y Constitución. Autonomía de la voluntad en el ámbito familiar. Derecho de alimentos*. Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/27389/DERECHO%20DE%20FAMILIA%20AVANZADO%20%282%29%20MATERIAL%20DID%c3%81CTICO.pdf?sequence=3&isAllowed=y (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025), págs. 16-17, se plantean si "*sería eficaz jurídicamente un acuerdo de extinción del matrimonio inter partes, antes incluso de la sentencia de divorcio (o del divorcio notarial consensual), o incluso sin que éste llegue a producirse formalmente. Este asunto no se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí se ha hecho respecto de los pactos de separación de hecho (…)*", y opinan que "*sería un pacto con eficacia jurídica, si no con todos los efectos propios del divorcio, sí que con algunos efectos, tales como el cese del deber de convivencia; incluso podría afectar al deber de alimentos, que cesaría por haberlo acordado las partes afectadas, como una suerte de renuncia de ambos cónyuges a reclamárselos al otro, de forma actual o futura, sin estar condicionada a una resolución judicial de disolución del matrimonio o a una escritura de divorcio notarial. La particularidad sería que no afectaría a terceros, quienes no tienen por qué conocer los entresijos de la pareja. También se podría decir que quizás se podría deshacer ese pacto, de forma conjunta, si se decide no acudir al juez o al Notario y restablecer la convivencia*".

3.6.- Régimen de responsabilidad ante terceros

3.6.1.- La aplicación del artículo 1368 del Código Civil

El Código Civil dedica su Sección Tercera, del Capítulo IV, del Título III, del Libro Cuarto al tratamiento y regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Uno de sus preceptos, el artículo 1368, se refiere expresamente a la responsabilidad de la sociedad de gananciales en las situaciones de separación de hecho y dispone así:

"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".*

El precepto se encuadra dentro del modelo dual en el que el legislador distingue entre cargas y responsabilidad de la sociedad de gananciales. Cuando el Código emplea en sus artículos 1362 y siguientes las expresiones *cargas* (o *cargo*) y *responsabilidad* (o su voz derivada, *responderán*), hace referencia a dos categorías distintas[1023]:

1º) Las *cargas* forman parte de la relación interna entre los cónyuges. Se refieren a conceptos que, en su esfera interna, *inter partes* o *ad intra*, los cónyuges tienen el deber de asumir a expensas de sus bienes comunes. Las cargas representan lo que también se ha denominado por la doctrina pasivo definitivo[1024].

2º) En aquellos artículos en los que el Código utiliza el término *responsabilidad* (o su derivado), se hace referencia a conceptos de los que la sociedad ganancial responde con sus bienes *ad extra* o *erga omnes*, esto es, frente a los acreedores. Por lo tanto, dichas normas regulan la relación externa entre los esposos casados en gananciales -y la masa común de bienes que ambos comparten- y los operadores con quienes interactúan en el tráfico, para determinar el patrimonio que éstos pueden agredir para percibir las contraprestaciones que les son debidas. La doctrina lo ha denominado también pasivo provisional[1025].

[1023] DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: "Lección 8. La sociedad de gananciales (Continuación)", *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 245.

[1024] SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de…* cit., pág. 27.

[1025] Esta diferenciación ha sido ampliamente tratada, por ejemplo, por FABAR CARNERO, Alberto: "Aproximación al régimen de responsabilidad externa en la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho UNED*, Número 19, 2016, págs. 653-690; FERNÁNDEZ VILLA, José: "El Pasivo de la sociedad de gananciales en torno al art. 1369 CC", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 46, Número 2, 1993, pág. 643-746., pág. 646; LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: op. cit., pág. 747 y siguientes; y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Cargas y deudas gananciales*. 29 de julio de 2023. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/cargas-deudas-gananciales// (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

Aunque existe un alto grado de correspondencia entre los conceptos que el Código Civil cataloga como *cargas* de la sociedad de gananciales y aquellos otros que califica como de su *responsabilidad*, pueden advertirse entre ellos algunas diferencias[1026].

El artículo 1368 es, por tanto, una regla de responsabilidad, pues la sociedad de gananciales queda comprometida *ad extra*, en los términos de su enunciado, por los conceptos incluidos en el mismo. En consecuencia la responsabilidad de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho frente a terceros es la que resulta del artículo 1368 del Código, en los términos que procedemos a concretar.

3.6.2.- Posiciones doctrinales sobre el alcance del precepto

Gran parte de la doctrina científica ha entendido que el artículo 1368 del Código Civil es un precepto redundante. Estos autores apuntan que los artículos 1319, 1365.1 y 1386 ya dejan absolutamente claro que los bienes gananciales responden frente a terceros de las deudas que vendría a recoger de nuevo el artículo 1368[1027].

En la exposición de este discurso suele incidirse en que la mera separación de hecho entre esposos no extingue ni modifica su régimen económico matrimonial y, en consecuencia, la responsabilidad de la sociedad de gananciales permanece incólume ante los acreedores, por mucho que los desafectos conyugales de sus deudores les lleven a romper su convivencia[1028].

Aun así, los autores que participan de esta propuesta de interpretación del precepto consideran que el artículo 1368 sí cumple alguna función efectiva. En este sentido, se dice que, mediante este precepto:

1º) El Código atribuye a cada uno de los cónyuges un mayor poder en el ejercicio de la potestad doméstica. Mientras la realización de actos destinados a proveer las necesidades extraordinarias de los hijos requiere, con carácter general, una actuación conjunta de ambos progenitores, desde la separación de hecho dichos actos pueden ser

[1026] BELLO JANEIRO, Domingo: *Sistema matrimonial en el Derecho Español*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020. pág. 319; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lexnova, Valladolid, 1991., pág.348; FABAR CARNERO, Alberto: "Aproximación al… cit., págs. 664-666; RUEDA PÉREZ, Miguel Ángel y RUEDA PÉREZ, Jose María: "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981", *Revista de Derecho Privado*, 1982, pág. 578; o FERNÁNDEZ VILLA, José: op. cit. pág. 647.

[1027] Por ejemplo, TORRALVA SORIANO, Vicente: "Comentario al artículo 1368", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984., pág.1711.

[1028] SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de*… cit., págs. 67-68.

realizados de manera unilateral por cualquiera de ellos, comprometiendo el patrimonio ganancial aun sin el concurso del otro[1029].

2º) El Código Civil cumpliría con la función de enfatizar la irrelevancia frente a terceros de la separación de hecho entre los cónyuges. El precepto alcanzaría así el cometido de ratificar la existencia de responsabilidad de los bienes gananciales ante los posibles acreedores del cónyuge separado de hecho que asuma frente a ellos una obligación por interés doméstico[1030].

Frente a la anterior interpretación, existe otra propuesta doctrinal sobre el alcance y significado del artículo 1368 del Código. Según dicha tesis alternativa, el artículo es una norma especial, con la que legislador patentiza que la ruptura de la convivencia conyugal interfiere en el normal funcionamiento de la sociedad de gananciales. La norma, en particular, vendría a limitar la responsabilidad de los bienes gananciales tras la separación de hecho ante las actuaciones aisladas de los socios. Desde la ruptura de la convivencia, se suspendería la sociedad de gananciales y los conceptos de carga de matrimonio y potestad doméstica quedarían limitados a los alimentos de los hijos que convivan con uno u otro cónyuge[1031].

[1029] MONFORT FERRERO, María Jesús: op. cit., pág. 117 y SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de*… cit., pág. 68; GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Comentario al artículo 1368", *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, VVAA, Dir. ALBÁCAR LÓPEZ, Jose Luis, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1992, pág. 1514; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1368", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 144; o REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: "Comentario al artículo 1388", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 9687-9688.

[1030] Así, SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de…* cit., págs. 67-68, explica que, en los casos de separación de hecho, "*la sociedad de gananciales sigue vigente y, en consecuencia, siguen siendo de aplicación las normas que la regulan*", y que "*la responsabilidad ganancial (…) establecida en el artículo 1368 es redundante, porque el 1365.1 CC ya las contempla como deudas de la sociedad y la vinculación directa frente a terceros ya deriva del mismo por incluirse dentro del concepto de potestad doméstica y porque, además, el artículo 1365 no excluye la posibilidad de que el matrimonio se encuentre separado de hecho*". No obstante, la utilidad del precepto para el tráfico jurídico la encuentra en que "*favorece la posición del cónyuge frente a terceros con quien contrata, reforzando su confianza en la garantía patrimonial que supone el patrimonio ganancial*". Pueden verse, en ese mismo sentido, MONFORT FERRERO, María Jesús: op. cit., pág. 117; TORRALVA SORIANO, Vicente: op. cit., pág. 1711; o MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1368", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1594.

[1031] En este sentido, destaca el planteamiento de RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *"*La sociedad…, cit., págs. 733-734. Su tesis parte de la hipótesis de que el Código Civil "*no prevé expresamente en su redacción actual de la suspensión de la sociedad de gananciales en caso de separación de hecho, pero sus preceptos apuntan en esta dirección*". Su razonamiento es que, "*cuando existe una separación de hecho existen dos hogares, dos economías domésticas y dos diversas organizaciones de vida. Cada cónyuge va por su lado y no existe una relación afectiva y de convivencia que justifique la comunidad patrimonial y las ventajas que pueda obtener el cónyuge menos favorecido desde el punto de vista económico*". Para el autor, esa es la razón de ser del artículo 1368: "*Si la sociedad de gananciales continuara teniendo plena vigencia en caso de separación de hecho, el artículo 1368 sería redundante, pues las atenciones que en él se mencionan ya aparecen recogidas en los artículos 1362.1º y 1365.1º CC. Como el artículo 1368 CC no puede ser un precepto inútil, refleja precisamente que la sociedad de gananciales se suspende en caso de separación de hecho, quedando reducidos los conceptos de carga de*

Es claro que, dependiendo de la interpretación que se conceda al precepto, en uno u otro sentido, la separación de hecho entre esposos tendría una incidencia de muy distinto alcance sobre el funcionamiento de la sociedad ganancial.

3.6.3.- Antecedentes del precepto

El origen remoto del actual artículo 1368 se encuentra en el Proyecto de Ley de 28 de septiembre de 1978, sobre régimen económico matrimonial en el Código Civil.

El preámbulo del Proyecto de Ley puntualizaba:

"*La idea matriz del proyecto en este punto ha sido que la comunidad de gananciales es un sistema óptimo en los matrimonios que se encuentran en normal funcionamiento, pero que es, en cambio, tremendamente perjudicial fuera de las situaciones de normalidad*".

Llama la atención el énfasis en la "*idea matriz*" de que la sociedad de gananciales se concebía como un régimen no solo inadecuado, sino "*tremendamente perjudicial*", para los matrimonios que vivían ajenos a "*la normalidad*". Recordemos que, a la fecha del proyecto, aún no existía el divorcio en España, por lo que es palmario que esa "*normalidad*" referida en el texto no era otra cosa que la existencia de un matrimonio en pacífica "*convivencia*". Dicho de otro modo, el preámbulo del Proyecto de 1978 reconoció que el régimen de la sociedad de gananciales era tremendamente perjudicial para aquellos matrimonios que se encontraran en situación de separación de hecho.

En esa tesitura:

1º) El artículo 1361 del Proyecto disponía, en todo caso, la *responsabilidad* de los bienes gananciales por las "*obligaciones que fueran contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento del otro*".

2º) El artículo 1362, recogía cuatro "*casos*" en los que la sociedad de gananciales "*también*" *respondería* "*de las obligaciones contraídas individualmente por uno de los*

---

matrimonio y de potestad doméstica al de alimentos de los hijos que convivan con uno u otro cónyuge". La limitación que propone RAGEL SÁNCHEZ es notable pues, en condiciones normales, los conceptos de carga de matrimonio y de potestad doméstica abarcan, como explica MÁS BADÍA, María Dolores: *La organización económica del matrimonio: Normas básicas. Las donaciones propter nuptias. Unidad 6.* 30 de julio de 2021. Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/de35e4c1-ce8f-43f9-abf1-6b50484fbfdf/content (fecha de consulta: 17 de febrero de 2025), pág. 6, "*aquellos actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma (art. 1319.I CC). (...) Se consideran como necesidades ordinarias las siguientes: alimentación, vestido, educación, medicina, farmacia, ajuar o enseres de la casa, reparaciones incluidas las mejoras, agua, electricidad, gas, teléfono, gastos de comunidad, entretenimiento ordinario, transporte, servicio doméstico, regalos de uso, incluso caprichos personales cuyo coste no supere el "dinero de bolsillo" de la familia. Como supuestos dudosos se consideran, entre otros, el alquiler de un apartamento de vacaciones, un viaje de placer, etc*".

cónyuges", añadiendo la precisión "*con las limitaciones siguientes*". El texto del precepto decía así:

"También responderá de las obligaciones contraídas individualmente por uno de los cónyuges en los casos y con las limitaciones siguientes:

1.º Cuando dimanaren de los actos realizados por cualquiera de los cónyuges relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma.

2.º Cuando hubieran sido contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio.

Si el marido o la mujer fuesen comerciantes se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

3.º Cuando las obligaciones sean consecuencia de los actos de gestión o administración que, conforme a lo establecida en la Sección tercera de este Capítulo, pueden ser realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro o se hubiesen contraído para hacer frente a los gastos a los que se refieren los apartados 2." y 3." del artículo 1.359.

4.º Cuando se trate de obligaciones contraídas, en caso de separación de hecho, para atender a cualquiera de los gastos especificados en el número 1.º del artículo 1.359 por el cónyuge a cuyo cargo hubiera quedado el sostenimiento de la familia".

Así, la separación de hecho quedaba recogida en el ordinal 4º del precepto como uno de los "*casos*" en los que el cónyuge "*a cuyo cargo hubiera quedado el sostenimiento de la familia"* podía actuar *individualmente,* comprometiendo frente a los acreedores los bienes de la sociedad ganancial. Con su actuación unilateral, el cónyuge *custodio* podía hacer *responder* a los bienes gananciales frente a terceros por los gastos especificados en el artículo 1359.1, que eran los contraídos para "*el sostenimiento de la familia, la educación, instrucción y asistencia de los hijos comunes o de uno solo de los cónyuges y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias y posición de la familia*".

El Proyecto de 1978 fue abandonado, ocupando su lugar el Proyecto de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, de 14 de septiembre de 1979.

Este otro Proyecto de reforma del Código Civil siguió apostando por la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio en el matrimonio. Sobre la sociedad ganancial, el preámbulo del nuevo Proyecto incidía esta vez en que, "*al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de*

impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual".

Cabe destacar también que, el preámbulo del Proyecto, al referirse a la patria potestad, advertía que el texto articulado la otorgaba "*como regla general, conjuntamente al padre y a la madre, de modo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno de los dos con el consentimiento del otro".* Sin embargo, la exposición de motivos explicaba que *"la aplicación rígida de tal regla la haría impracticable en muchos casos; y a fin de darle la indispensable flexibilidad se admite la actuación unilateral de uno cualquiera de los padres cuando sea conforme al uso social y a las circunstancias de la familia o resulte necesaria por razones de urgencia*". Así las cosas, el artículo 1367 del Proyecto de 1979 previó que "*[l]os bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro*". La norma que el Proyecto destinaba expresamente a regular la sociedad de gananciales en caso de separación de hecho constituía ahora un precepto propio, y únicamente dedicado a ese fin exclusivo. Se trataba de su artículo 1368, que disponía:

"*También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas 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 legal*".

Tanto por el tenor de la regla como por los principios y preocupaciones expuestos en el preámbulo del Proyecto de 1979, la norma parecía pretender, al menos con carácter principal, una ampliación del posible ejercicio de la potestad doméstica por unos esposos que, obviamente, actuarían casi siempre por separado tras la ruptura de su convivencia. Esta idea se confirma por la posterior discusión parlamentaria que llevaría a la modificación y ulterior aprobación definitiva de la norma.

La redacción del artículo 1368 del proyecto propició una enmienda del Grupo Andalucista[1032]. En ésta se venía a denunciar que el precepto no tenía sentido, dado que la separación de hecho no determinaba la disolución de la sociedad de gananciales. Según la enmienda, la norma confrontada implicaba una "*ruptura del principio general del Código Civil de que todo deudor –en este caso la sociedad ganancial- responde con todos sus bienes presentes y futuros*", lo cual, además, se hacía depender de una

[1032] La enmienda fue presentada por el diputado Sr. AGUILAR MORENO. Puede leerse en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9011-9012.

situación tan poco clara ante terceros como era la mera separación de hecho entre los esposos eventualmente deudores[1033].

El grupo que planteó la enmienda subrayó ante todo que "*el peligro de defraudación a terceros es evidente y nosotros estamos en esta enmienda, y en otras, por la máxima extensión de garantías a terceros*".

Es claro, por tanto, que el proponente de la enmienda creyó advertir en el precepto del Proyecto una limitación de la responsabilidad *ad extra* de la sociedad de gananciales, por la mera separación de hecho entre los cónyuges. En consecuencia, la enmienda planteaba suprimir la regla propuesta en el Proyecto, o bien sustituirla por otra que dispusiera que "*la separación de hecho no determina la alteración del régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior*".

La discusión parlamentaria se resolvió mediante una enmienda transaccional propuesta por el Grupo Centrista[1034] que, previa conformidad del Grupo Andalucista[1035], mereció una amplia aceptación por el Pleno de la Cámara[1036]. Básicamente, la solución propuesta y admitida consistió incluir en el precepto que "*también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas -y aquí vendría la adición- por uno solo de los cónyuges, en caso de separación de hecho, para atender los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad*"[1037].

En definitiva, la discusión parlamentaria del precepto clarifica a nuestro juicio dos cuestiones relevantes en el artículo 1368:

[1033] En este sentido, la enmienda incluso hace referencia a la discusión parlamentaria que estaba en paralela tramitación en torno al proyecto sobre formas de matrimonio y separación, nulidad y divorcio, en el cual, recordaba, "…*caben situaciones de separación compatibles con convivencia de los cónyuges por razones de interés de los hijos y otras análogas*".

[1034] La enmienda fue presentada por el diputado Sr. ESCATÍN IPIENS. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9012.

[1035] Consta en la discusión parlamentaria cómo el diputado proponente de la enmienda, Sr. AGUILAR MORENO, expresó su satisfacción con la enmienda transaccional, dado que "*satisface prácticamente en su totalidad la finalidad que perseguimos con nuestra enmienda*". Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, pág. 9012.

[1036] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria número 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9013. Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 232: a favor, 226; abstenciones, 5; nulos, 1.

[1037] La explicación de la enmienda transaccional añadía que, "*con ello habríamos solucionado el problema de que estos gastos constituyen algo que ya en el artículo 1.319 se encomendó, dentro de lo que puede ser la potestad doméstica, a una serie de obligaciones encargadas, en principio, a cualquiera de los cónyuges en un régimen de consentimiento tácito o indistinto que permite obligar a la comunidad dentro del régimen ganancial. Creo que queda dentro del propio espíritu del sistema el recoger la enmienda transaccional en el sentido que he indicado y que satisfaría buena parte de la preocupación del Grupo Andalucista*".

1ª) La primera, es evidente e indiscutible; se trata de la propia inclusión del precepto en el texto definitivo. Al haberse rechazado su expurgo, a pesar de haber sido esa la demanda principal perseguida en la enmienda, tal decisión invita a considerar que el legislador entendió de alguna utilidad la inclusión del precepto. Esto cuestiona su carácter superfluo, al menos si así se entiende en términos absolutos.

2ª) La segunda, se refiere a la finalidad del propio precepto, y ésta, ante todo, fue la de permitir que los cónyuges separados de hecho pudieran realizar los actos descritos en el mismo unilateralmente, comprometiendo aún de esta manera los bienes gananciales frente a los acreedores.

En el ámbito de los referidos gastos, que son los realizados para el "*sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales*", parece además cierto que, dada la redacción del precepto y su finalidad, la legitimación del cónyuge separado de hecho se extiende también a aquellos de dicha naturaleza que se presentan urgentes o extraordinarios, pues no se limita a los gastos realizados para sufragar "*necesidades ordinarias*", ya contemplados expresamente en el artículo 1319.

Se ha indicado que el artículo 1368 del Código Civil era innecesario también en este último sentido porque, conforme al artículo 1386, uno solo de los cónyuges ya queda habilitado para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando fueran extraordinarios[1038]. Sobre ello, creemos acertada la observación de que, en este aspecto, el artículo 1368 despeja las dudas sobre la posible aplicación del artículo 1386 a las situaciones de separación de hecho[1039]. El precepto, ciertamente, permite sustraer del escrutinio judicial la posible evaluación de urgencia o necesidad del gasto, siempre que este se realice en ese preciso marco –durante la separación de hecho- que establece el artículo 1368.

3.6.4.- Conclusión

3.6.4.1.- Responsabilidad ad extra

De acuerdo con el planteamiento que venimos realizando, sin perjuicio de los efectos de la separación de hecho en la relación interna entre los cónyuges, la sociedad de gananciales seguirá respondiendo ante terceros en los términos previstos en el Código Civil.

Entendemos que tienen razón los autores que consideran que el artículo 1368 no deja sin efecto lo previsto en los artículos 1362 y siguientes del Código Civil, pues la sociedad ganancial permanece vigente frente a terceros mientras los esposos viven separados de hecho sin instar su disolución. Por ello, mientras se perpetúe esa situación, coincidimos con quienes propugnan esa posición doctrinal en que los bienes gananciales

[1038] FABAR CARNERO, Alberto: *Actuación separada*..., cit., págs. 257-258.

[1039] RUEDA PÉREZ, Miguel Ángel y RUEDA PÉREZ, Jose María: op. cit., págs. 579-580.

responderán frente a los eventuales acreedores de todas las obligaciones previstas por la ley, exista o no convivencia entre los cónyuges. El precepto, como propone ese sector de la doctrina, dispondría así de un adicional valor enfático sobre lo que ya propugnan los artículos 1319, 1365.1, o 1386 del Código Civil.

Hemos subrayado antes también que, según el propio tenor del artículo 1368, los bienes gananciales *responderán* de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén *a cargo* de la sociedad de gananciales. Con ello, el precepto hace responder directamente la masa de bienes gananciales de todo cuanto constituya para ella una *carga* relacionada con gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos de los cónyuges separados de hecho. Esto, a nuestro juicio, evidencia que el precepto no pretende ampliar el espectro de gastos que pueden cargarse sobre el patrimonio común mientras dure la situación de separación de hecho. La regla persigue, más bien, no dejar fuera del ámbito de responsabilidad del patrimonio común ningún débito generado por uno solo de los cónyuges para satisfacer cualesquiera gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos, dentro de lo que le permiten los artículos 1319, 1362.1, o 1386 del Código Civil.

La regla, en consecuencia, se confirma en nuestra opinión como instrumento directo de garantía para los acreedores, por la mayor solvencia que concede al cónyuge que realiza el gasto de manera unilateral frente a terceros. Incluso, de manera indirecta, el precepto protege patrimonialmente al cónyuge que atiende la impensa, pues de su actuación responderá siempre, en solidaridad, el acervo común, y, cuando además se trate de gastos incardinables en el artículo 1319 del Código, de manera subsidiaria los bienes privativos de su consorte.

Hemos de admitir que este modo de entender las cosas puede llevar a situaciones en las que uno de los cónyuges separado de hecho vea agredido el patrimonio que ha obtenido tras la ruptura de la convivencia por la acción de los acreedores de su consorte, en reclamación de créditos adquiridos también durante el período de ruptura. Ello obstante, creemos que debe repararse en lo siguiente:

1º) El perjuicio indicado se produce también cuando se propone como modelo la continuidad de la sociedad de gananciales, incluso *ad intra*, tras la separación de hecho. De hecho, en ese caso, el cónyuge perjudicado no tendría un posible derecho a reembolso, dado que las deudas posteriores al inicio de la separación de hecho, *ad intra*, serían también gananciales; no lo serían, sin embargo, de entenderse el sistema en la clave alternativa que ensayamos, que sí permitiría al cónyuge perjudicado el reembolso de ese perjuicio, como indicaremos a continuación.

2º) En la práctica, en matrimonios cuyos cónyuges disponen de recursos suficientes para desarrollar su vida independiente, generalmente cada hogar atenderá a sus propios gastos, sin perjuicio de que los gastos comunes se distribuyan y atiendan conforme a la

regla del artículo 1438 del Código Civil. El régimen común de responsabilidad frente a terceros que vincula a los cónyuges no perjudicará necesariamente a éstos.

3º) En cualquier caso, ante las situaciones críticas frente a acreedores que puedan producirse como consecuencia de la actuación de uno de los cónyuges, el esposo perjudicado no sólo tendrá derecho a reembolso al liquidarse formalmente la sociedad. Éste podrá recurrir también a otros remedios, como los previstos en el artículo 1388 y, sobre todo, instar la acción prevista en el artículo 1393.3º del Código para solemnizar la separación de bienes.

3.6.4.2.- Responsabilidad ad intra

Dicho lo anterior, es muy razonable la observación que comparte RAGEL SÁNCHEZ[1040] en cuanto a que, cuando existe una separación de hecho, existen dos hogares, dos economías domésticas y dos diversas organizaciones de vida. En esta situación, es cierto que no se justifican la comunidad patrimonial ni la obtención de ventajas económicas de un cónyuge a cargo del otro. Sería lógico conceder, por tanto, que los conceptos de *carga* de matrimonio y de potestad doméstica pudieran quedar limitados a la satisfacción de necesidades y alimentos de los hijos, como plantea el referido autor[1041].

La separación de hecho, en tanto no se ejercite la acción derivada de la misma para obtener la formal disolución de la sociedad de gananciales y se obtenga la correspondiente sentencia con su publicidad, será inocua frente a los acreedores consorciales. Por sí sola, la mera ruptura de la convivencia marital no permite alterar las

[1040] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Tratado de…* cit., págs. 733-734. MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1368"… cit., opina que, tras la separación de hecho, la expresión "*hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales*" no debe seguir incluyendo los que lo sean de uno solo de los cónyuges. En el mismo sentido, PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen: El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 1998, págs. 153-154.

[1041] Ello no obstante, en ese caso, a nuestro juicio, podría operar acaso como salvaguarda del cónyuge separado de hecho que lo necesite el posible derecho a recibir alimentos del otro, y ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1408 del Código. Conforme explica JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: op. cit., pág. 748: "*la obligación de alimentos, cuando se refiere a los cónyuges (art. 143.1.º CC), normalmente estará absorbida por el más amplio deber de socorro mutuo, comenzando a regir propiamente cuando cese éste por desaparecer la vida en común de los cónyuges, en los supuestos de preparación y sustanciación del proceso de separación, nulidad o divorcio, o de separación matrimonial de hecho mutuamente consentida. No así en la separación de Derecho, pues en la sentencia o convenio regulador que establezcan sus efectos deberán determinarse en su caso la «contribución a las cargas del matrimonio y alimentos» y la pensión compensatoria a favor del cónyuge al que la separación produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que a su vez sustituyen tanto al deber de socorro mutuo como a la obligación de alimentos propiamente dicha (según se haya pasado de la convivencia matrimonial a la situación de separación legal directamente o con una fase intermedia de separación de hecho); por otra parte, en caso de divorcio, disuelto el matrimonio, desaparecerá el vínculo entre los antiguos cónyuges –que, a diferencia del verdadero parentesco, sí puede desaparecer– y sólo habrá derecho en su caso a la pensión compensatoria*". En contra, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: op. cit., pág. 141, entiende que el deber de socorro se mantiene entre esposos a pesar de la separación.

reglas de *responsabilidad* de la sociedad de gananciales. Cuestión distinta es que, como plantea el citado autor, la separación de hecho, a efectos meramente *ad intra*, sea susceptible de provocar, mientras se perpetúe, una razonable alteración en el conjunto de cargas que deba soportar la masa postganancial.

De plantearse en su momento la acción judicial para obtener la disolución de la sociedad al amparo del artículo 1393.3ª del Código, solicitándose la retroacción de sus efectos al momento inicial de la ruptura, el artículo 1368 no impide en absoluto plantear posteriormente en las operaciones de liquidación posibles reembolsos que, como consecuencia del cese de la comunidad, se reputen inconciliables con los gastos que, *ad literam*, podrían tener cabida en los números 1º a 4º del artículo 1362. En este sentido, la propia jurisprudencia ha avalado que, desde que se produce la disolución de la sociedad de gananciales, cada cónyuge conserva los frutos de sus bienes privativos y, en lógica consecuencia, cada uno debe pechar personal y exclusivamente con los gastos que genere su administración (contra lo que dispone el artículo 1362.3º) y hacer propios los ingresos procedentes de su negocio, o del desempeño de su profesión, arte u oficio, debiendo cada beneficiario asumir exclusivamente los gastos que genere su explotación regular (contra lo que dispone el artículo 1362.4º) [1042]; o incluso atender a sus propias y exclusivas expensas los gastos de consumo y de reparación ordinaria de bienes gananciales utilizados en exclusiva por uno solo de los consortes tras la separación de hecho[1043]. Estas previsiones, en el modelo que ensayamos, tendrían lugar entre esposos durante la separación de hecho, como consecuencia de tener lugar la disolución *ad intra* de la sociedad ganancial.

Conforme a la normativa vigente, FABAR CARNERO [1044] ha propuesto que la disolución material *de facto* que produce en el consorcio la separación de hecho no tendrá eficacia en la actuación externa de la sociedad, con la consiguiente continuidad del régimen de responsabilidad directa y provisional de la sociedad de gananciales. Como apunta el referido autor, *"[e]ntender lo contrario y pretender así que una disolución social que adolece de* (sic) *publicidad registral alguna opere erga omnes iría flagrantemente en detrimento de la seguridad jurídica y de los derechos de los*

[1042] Por ejemplo, la STS de 19 de marzo de 2024 explica que el derecho de la comunidad a gozar de los bienes privativos de los cónyuges termina cuando se produce la disolución de la sociedad de gananciales y, si lo hace, procede su indemnización al propietario. En el caso resuelto por la citada resolución, se dispone que procede incluir en el pasivo del inventario una deuda de la sociedad frente al esposo por el coste de alquiler del local de su propiedad privativa donde radica el negocio ganancial, durante el tiempo transcurrido desde la disolución de la sociedad de gananciales hasta la liquidación. Pueden verse también la SAP de Alicante de 24 de octubre de 2023.

[1043] Por ejemplo, en la SAP de La Coruña de 21 de septiembre de 2023, en referencia a un vehículo automóvil ganancial: *"… las reparaciones no ordinarias del vehículo derivan de averías que son consecuencia del uso, de modo que no es justo imponer a quien no usa ni tiene la posibilidad de usar el coche la carga de contribuir a gastos generados por y en interés exclusivo del usuario, cuando, además, se trata de reparaciones muy posteriores a la fecha del cese de la convivencia y derivan, por lo tanto, de un uso que ya no repercute, ni siquiera indirectamente, en beneficio de la familia*".

[1044] FABAR CARNERO, Alberto: *Actuación separada…,* cit., págs. 247-249.

terceros contratantes, quienes no tienen por qué conocer aquella situación fáctica matrimonial y que verían drásticamente limitada la extensión de la garantía patrimonial ínsita a las deudas gananciales asumidas autónomamente por la pérdida material de vigencia de la sociedad de gananciales y la transmutación de cualesquiera débitos en privativos del cónyuge que los produce". Ello no obstante, a efectos patrimoniales, en caso de que se produzca una separación de hecho entre los cónyuges, el autor distingue en el tratamiento del pasivo social dos planos diferentes, el interno y el externo de la sociedad ganancial. En su opinión, las deudas contraídas unilateralmente por cada cónyuge habrían de ser tratadas, frente a terceros, como gananciales, "*si se adecuan a las previsiones legales contempladas en las distintas normas de responsabilidad externa de la sociedad*". Internamente, el gasto se consideraría "*como una carga de la masa común (en liquidación) si se ha realizado en interés o beneficio de la misma (por ejemplo, gastos de conservación o gestión de los bienes comunes), con amparo, por lo tanto, no en las reglas que regulan el pasivo ganancial definitivo, no aplicables ya, por definición, en esa coyuntura en la que regiría el régimen de separación de bienes ex art. 1435.3º del Código civil, sino en los artículos 393 y 395, atinentes a la comunidad ordinaria*". Conforme al modelo alternativo que ensayamos, esta observación sería atinada, pero obviamente si se sobreentiende que:

1º) La masa común en liquidación a la que se refiere el autor es la comunidad postganancial.

2º) Precisamente porque regiría entre los esposos, *ad intra*, el régimen de separación de bienes, las cargas familiares lo serían de dos hogares y, de haber cargas comunes a soportar por ambos esposos, serían las previstas en el artículo 1438 del Código.

Ese modelo de responsabilidad se ajusta bien en su concepción y reglas básicas al que entendemos que sería aplicable en el supuesto de que las normas del régimen económico de la sociedad de gananciales se interpretaran conforme a la propuesta que hemos planteado como alternativa, si bien cabría realizar algún matiz:

1º) Como regla general, coincidimos en que la separación de hecho no implicaría ante terceros la alteración del sistema de responsabilidad que la ley atribuye al matrimonio casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales. El derecho que reconoce el artículo 1393.3º a los cónyuges para que puedan ejercitar su acción de disolución de la sociedad sigue existiendo en la interpretación alternativa que ensayamos y constituye un argumento adicional a favor de mantener ese régimen de responsabilidad *ad extra*, cuando ninguno de ellos lo hace efectivo.

2º) Las deudas contraídas unilateralmente por cada cónyuge habrían de ser tratadas, frente a terceros, como gananciales, si se adecuaran a las previsiones legales contempladas en las distintas normas de responsabilidad externa de la sociedad. Las normas de responsabilidad sobre pasivo provisional previstas en el Código Civil para el régimen de gananciales continuarían en vigor tras la separación de hecho de los cónyuges, siendo además aplicable, añadimos nosotros, lo previsto en el artículo 1368.

3º) Si las normas del régimen de la sociedad de gananciales se interpretaran conforme a la tesis alternativa que hemos esbozado, creemos que cabría realizar algún matiz en torno a la aplicabilidad de las normas de responsabilidad sobre pasivo provisional previstas en el Código Civil cuando pudiera acreditarse que el acreedor consorcial ha actuado abusando de su Derecho, o contraviniendo las reglas de la buena fe[1045].

VI.- CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. Una vez ha cesado con ella la relación colaborativa entre esposos, la continuación de la sociedad de gananciales carece de sentido. Si los cónyuges deciden divorciarse o formalizar su separación legal, la sociedad de gananciales se disuelve. Este mismo efecto se produce cuando los cónyuges no se divorcian ni se separan, pero se deciden a poner fin a sus gananciales otorgando capitulaciones matrimoniales o, en su caso, ejercitando ante la autoridad judicial la acción que les concede el artículo 1393 del Código. En todos estos supuestos, el ordenamiento tiene previsto, y consigue eficazmente, que la ruptura de la convivencia conyugal determine la consecuencia lógica y deseable de extinguir la sociedad de gananciales. En aquellos casos en que el matrimonio se extingue, también lo hace el régimen económico matrimonial. Cuando la disolución de la sociedad de gananciales no implica el fin del matrimonio, el ordenamiento atribuye a los cónyuges otro régimen matrimonial subsidiario de segundo grado, la separación de bienes. Cuando el fin de la sociedad de gananciales deriva del otorgamiento de capítulos nupciales, el nuevo régimen matrimonial será el que escojan o, de no elegir ninguno, se entenderá que optan por el subsidiario de segundo grado.

Al disponer todo ese elenco de soluciones, el legislador de 1981 no se detuvo en regular el tratamiento que provocaría la existencia de situaciones de separación de hecho entre cónyuges casados en gananciales que, por el motivo que fuera, no instaran ninguna de las soluciones legalmente dispuestas para la disolución de la sociedad. La experiencia ha demostrado que, en los casos de separación de hecho, es erróneo identificar la inacción judicial o capitular de los esposos con la voluntad de ambos de

[1045] Pensamos en algunas situaciones especiales como las que traemos a modo de ejemplo, en las que el acreedor conoce la separación de hecho entre los esposos y, aun así, interviene en la venta, financiación o cualquier otra prestación onerosa para:

1º) La adquisición de activos pretendidamente gananciales, que sin embargo se sabe que son únicamente para disfrute o en exclusivo interés del cónyuge que los adquiere sin disponer de solvencia, con intención de hacer efectivo el crédito sobre el patrimonio del otro cónyuge, como socio ganancial.

2º) La inversión en el negocio propio del cónyuge contratante que carece de solvencia, con intención de hacer efectivo el cobro con los ingresos del otro.

3º) El pago de unos estudios en el extranjero de coste extraordinario para la educación de un hijo mayor de edad que lo es sólo del cónyuge que contrata, y que convive con él, con intención de hacer efectivo el cobro con los ingresos del otro.

seguir vinculados como socios gananciales. Las medidas que prevé el ordenamiento para enfrentar esa situación son limitadas:

1º) Únicamente se establecen con claridad dos normas especiales destinadas a superar la problemática, que son las previstas en sus artículos 1368 y 1388 Código Civil. Lo cierto es que con estos recursos el Código no corrige los graves problemas que la situación jurídica que analizamos genera entre los esposos.

2º) A través de la doctrina de la limitación funcional, la jurisprudencia ha conseguido mitigar uno de los mayores perjuicios que derivan de mantener la sociedad de ganancias entre dos cónyuges que no conviven y que llevan vidas independientes. Mediante el recurso a dos instituciones generales, la proscripción del abuso y la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos se ha logrado superar en buena medida el absurdo de atribuir una participación al cónyuge con quien no se convive en los bienes ganados sin su colaboración tras el cese de la convivencia. Esta solución, aun siendo muy importante, representa un remedio insuficiente, porque se limita a resolver uno solo de los aspectos de la problemática y, además, actualmente se aplica con carácter excepcional.

3º) Interpretar el artículo 1394 del Código Civil como una regla que garantiza la retroactividad de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de la separación de hecho representa un avance más. De este modo, se dota a los cónyuges separados de hecho de una mayor seguridad jurídica pues, de este modo, la conservación como propio de lo ganado durante su vida independiente es el dictado de norma legal. El propio Código Civil enmendaría así, con carácter sobrevenido, lo que suele afirmarse que no rechaza mientras la sociedad de gananciales continúa sin disolver formalmente entre los cónyuges separados de hecho.

A fecha de hoy, el criterio más extendido entre la doctrina y la jurisprudencia es que las normas vigentes no permiten conceder a los cónyuges separados de hecho un estatuto más favorable que el descrito hasta aquí. En los ámbitos forense y académico se ha sugerido una propuesta interesante y bien enfocada, que consistiría en entender suspendida la sociedad de gananciales durante la separación de hecho. Las críticas a este planteamiento se realizan sobre todo por no explicar la totalidad de las consecuencias que derivarían de la situación jurídica de la suspensión.

Con las normas del ordenamiento vigente, nosotros hemos intentado avanzar en esa misma dirección. Más precisamente, hemos tratado de ensayar una alternativa interpretativa que, respetando el límite de lo prescrito por el ordenamiento (esto es, que no puede haber una disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia la separación de hecho sin resolución judicial que la acuerde y que tal regla garantiza la protección de los derechos adquiridos por terceros con las normas de responsabilidad que regulan su pasivo provisional), permita entender que el consorcio cesa en el ámbito interno del matrimonio, atribuyendo a los cónyuges en su lugar un régimen de separación de bienes. Esta propuesta se ha tratado de elaborar a partir de una interpretación alternativa del artículo 1344 del Código Civil. El modelo resultante

podría resolver una parte relevante de los problemas que genera la situación jurídica que analizamos:

1º) En el ámbito interno del matrimonio, desde la separación de hecho:

a) Cesaría la sociedad de gananciales.

b) Establecería entre los cónyuges el régimen de separación de bienes, sin haber lugar a la compensación prevista en el artículo 1438.

c) Permitiría a los cónyuges la posibilidad de instar, en cualquier momento, la acción del artículo 1393.3º, pudiendo disolver erga omnes la sociedad de gananciales.

d) Permitiría a los cónyuges mantener lo obtenido durante su vida en común como una sociedad postganancial. Las diferencias sobre la administración y disposición se arbitrarían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1388 del Código y el artículo 90 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

e) Los cónyuges verían garantizado su derecho a mantener como propio lo obtenido tras la separación de hecho; a gestionarlo con independencia y absoluta intimidad; a que les fuera atribuido personalmente al liquidarse formalmente la sociedad ganancial; y a ser compensados por el otro cónyuge en los importes que debieran atender frente a terceros y que no fueran de su cuenta, al liquidarse la sociedad ganancial.

2º) Frente a terceros de buena fe, a pesar de la separación de hecho, los cónyuges mantendrían la sociedad de gananciales, siendo aplicables las reglas del pasivo provisional, así como el artículo 1368.

Somos conscientes de que la solución que hemos planteado a modo de ensayo se presta a objeciones. La institución a la que afecta, la sociedad de gananciales, goza de un enorme arraigo en nuestro ordenamiento y no es fácil someterla a un giro exegético tan acusado. La lectura alternativa de los preceptos del Código Civil que hemos intentado requiere además extremar alguno de sus argumentos.

Ello no obstante, con la interpretación que hemos ensayado del artículo 1344 del Código Civil hemos querido proveer a los cónyuges casados en gananciales de un estatuto que creemos razonable y adecuado para las situaciones de separación de hecho, en el que entendemos más realizable el ejercicio de la libertad personal dentro de un marco estable de seguridad jurídica. Este último interés se conseguiría mejor, sin duda, con una reforma adecuada de las normas de la sociedad de gananciales que permitiera llevar al texto de la ley algunas correcciones que se han introducido por la jurisprudencia en la materia, así como algunas de las propuestas que ha planteado la doctrina científica. Los sistemas que se han analizado en el Derecho comparado y los trabajos pre-legislativos e informes elaborados en torno a esta cuestión pueden inspirar su desarrollo.

Una posible mejora del ordenamiento podría lograrse a partir de la propuesta que realizó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de febrero de 2014. En ese documento se propuso modificar el artículo 1392 del Código Civil, concediéndole la siguiente redacción:

"La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1º. Desde la admisión a trámite de la demanda de disolución del matrimonio o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública.

2º. Desde la admisión a trámite de la demanda de nulidad matrimonial.

3º. Desde la admisión a trámite de la demanda de separación matrimonial o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges a la separación otorgado en escritura pública.

4º. Desde que se acredite fehacientemente la separación de hecho de los cónyuges.

5º. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código".

En su Informe, el Consejo General del Poder Judicial añadía una explicación a esa causa 4ª, que recomendaba conceder "*sin constancia jurisdiccional*", si bien debiendo "*exigirse la acreditación fehaciente, como ya existe en diversas legislaciones sobre uniones de hecho (v. gr. Manifestación o requerimiento notarial)*".

La citada propuesta requeriría, a nuestro juicio, alguna corrección [1046] y la introducción de algunas medidas adicionales. Por ejemplo, convendría precisar con exactitud en qué consiste la acreditación fehaciente e incorporar su regulación; habría de clarificarse qué sucede con la sociedad de gananciales entre los esposos durante el período de separación de hecho previo a su acreditación fehaciente; interesaría despejar la posible duda en cuanto a si el nuevo supuesto 4º del artículo 1392 supondría la derogación del vigente 1393.3º, o si, por el contrario, ambos operarían de manera independiente; convendría coordinar el contenido del nuevo artículo 1392 que se

[1046] El actual artículo 1392.1º considera extinguida de pleno derecho la sociedad de gananciales "*Cuando se disuelva el matrimonio*". Esto incluye obviamente todas las causas previstas en el artículo 85 (muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, y divorcio). Si el texto que se propone para su sustitución se limita a indicar "*Desde la admisión a trámite de la demanda de disolución del matrimonio o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública*", la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges quedarían excluidas del elenco de causas que determinan la disolución *ex lege* de la sociedad ganancial. Quizás no se haya considerado necesario incorporarlo de manera expresa por resultar obvia, en cualquier caso, la extinción del consorcio ganancial por ambos eventos omitidos. Aun así, su inclusión parece correcta y rigurosa en lo sustantivo, y despejaría cualquier eventual duda interpretativa. Aparte, creemos que, si la propuesta de reforma no incluye una modificación del artículo 95 del Código, merece distinguirse en el artículo 1392, como haremos nosotros, entre cuándo se produce la disolución y cuál es la fecha de sus efectos.

propone con el del actual artículo 95; y sería necesario adaptar el régimen de publicidad ante terceros de la nueva realidad.

Ponderando los anteriores aspectos, creemos que la reforma de algunos artículos del Código Civil, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de la Ley del Registro Civil podría contribuir a un mejor tratamiento normativo del problema que concita nuestro interés, ajustándose a las siguientes modificaciones:

1ª) Modificación del artículo 69 del Código Civil, con la introducción de un segundo párrafo: "*Los cónyuges tendrán derecho a dejar constancia fehaciente de su separación de hecho. La comparecencia ante el Juez en expediente de jurisdicción voluntaria, o la comunicación por acta notarial dirigida al otro cónyuge, en las que conste la voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal de su promotor, serán suficientes para considerar acreditada fehacientemente entre los cónyuges la separación de hecho, a todos los efectos legales y sin perjuicio de terceros. En todo caso, los cónyuges tendrán derecho a que se reconozca efectos a su separación de hecho desde la fecha de su inicio, que podrán acreditar por cualquier medio admitido en derecho si concurre discrepancia*".

2ª) Modificación del artículo 95 del Código Civil, párrafo primero: "*La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, con expresión de su fecha de efectos según las reglas previstas en este Código, y aprobarán su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*".

3ª) Modificación del artículo 1344 del Código Civil, con la introducción de un segundo párrafo: "*Desde que se produzca la separación de hecho, se entenderá extinguida entre los cónyuges la sociedad ganancial a todos los efectos, y se estará entre ellos a lo previsto en el artículo 1435.3º de este Código, sin perjuicio de terceros*".

4ª) Modificación del artículo 1392 del Código Civil, adaptando su actual tenor al propuesto por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de febrero de 2014, con algunos matices: "*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

1º. Cuando se disuelva el matrimonio, con efectos desde la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, la presentación de la demanda de disolución del matrimonio o de solicitud de medidas provisionales previas, o la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública.

2º.Cuando el matrimonio sea declarado nulo, con efectos desde la admisión a trámite de la demanda de nulidad matrimonial.

3º. Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges, con efectos desde la presentación de la demanda de separación matrimonial o la solicitud de medidas

provisionales previas, o la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges a la separación otorgado en escritura pública.

4º. Cuando se produzca la separación de hecho de los cónyuges, con efectos desde su fecha de inicio o, en todo caso, desde la fecha en que conste comunicada fehacientemente la voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal a instancia de uno de los cónyuges al otro.

5º. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código, con efectos desde la fecha del acuerdo".

5ª) Supresión del artículo 1393.3º del Código Civil.

6ª) Modificación del artículo 1394 del Código Civil, mediante la siguiente redacción: *"Los efectos de las disoluciones previstas en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que, según la resolución judicial que las acuerde, hubieran tenido lugar las causas que las determinen. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal existente hasta la fecha de la demanda, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*".

7ª) Modificación del artículo 1438 del Código Civil, con la introducción de un segundo párrafo: "*Desde la separación de hecho, el trabajo para la casa no dará derecho a compensación, pero será computado como contribución a las cargas cuanto se realice para los hijos comunes u otras personas dependientes del matrimonio, o para los animales de compañía*".

8ª) Inclusión de un apartado "f)" en el artículo 90.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: "*Dejar constancia de la disolución de la sociedad de gananciales a instancia de uno de los cónyuges, por expresión de su voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal y, en su caso, de la fecha efectiva de la disolución*".

9ª) Modificación del artículo 40.3.1º de la Ley de Registro Civil, mediante la siguiente redacción: "*El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil, y las solicitudes de inicio del expediente de jurisdicción voluntaria o de requerimiento notarial previstos en el párrafo segundo del artículo 69 del Código Civil*".

10ª) Modificación del artículo 60.2 de la Ley de Registro Civil, con la introducción de dos nuevos párrafos, que serían el tercero y cuarto: "*El Juzgado que conozca del expediente regulado en el artículo 90.1.f) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, una vez sea firme la resolución que lo finalice, deberá remitir testimonio de la misma al Registro Civil a los efectos de su inscripción.*

El Notario que intervenga en el acta de notificación prevista en el artículo 69 del Código Civil, una vez verificada su entrega, deberá remitir en el mismo día copia

autorizada electrónica al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la inscripción de matrimonio".

CAPÍTULO CUARTO.- LA CONCLUSIÓN EFECTIVA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LA SEPARACIÓN DE HECHO

I.- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

1.- LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

A lo largo de su evolución como disciplina jurídica, el Derecho de familia ha ido concediendo mayores espacios al desarrollo de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Aunque este fenómeno es perceptible en la regulación del régimen económico matrimonial, las relaciones económicas entre esposos presentan algunas particularidades que obligan al legislador a conciliar el necesario reconocimiento de sus libertades con la protección de otros intereses a los que se encuentran estrechamente vinculados. Los familiares dependientes, las personas menores de edad que desarrollan su vida en el entorno del matrimonio, o los terceros que operan con las personas casadas, no son indiferentes ante los trastornos de la economía conyugal.

La STC de 10 de diciembre de 1984, recordó que, en todo proceso matrimonial, "*se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia*". Definir qué cuestiones corresponden a cada uno de esos ámbitos (*ius cogens* o derecho dispositivo) es relevante, pues permite conocer si las partes pueden, libremente:

1º) Disponer sobre lo que constituya el objeto de su discusión.

2º) Iniciar un procedimiento judicial sobre dicho objeto, sin haber intentado antes una solución extrajudicial.

En nuestro Derecho, las normas que regulan la disolución de la sociedad de gananciales y sus efectos presentan algún aspecto de *ius cogens* aunque, con carácter general, constituyen derecho dispositivo. Así, cuando se produce cualquiera de las causas previstas en el artículo 1392 del Código Civil, la sociedad de gananciales se disuelve indefectiblemente de pleno derecho. Sin embargo:

1º) Las causas recogidas en el artículo 1393 del Código únicamente producen la disolución de la sociedad cuando se solicita por uno de los cónyuges y se acuerda en ese sentido por la autoridad judicial. De hecho, la doctrina se refiere en ocasiones a estas últimas como "*causas de disolución de carácter facultativo*"[1047].

2º) Según afirma el artículo 1392.4º del Código Civil, la conclusión de la sociedad de gananciales se producirá de pleno derecho "*cuando los cónyuges convengan un régimen distinto en la forma prevenida en este Código*", concediéndose así en este ámbito una clara prevalencia al derecho de disposición de las partes.

[1047] RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario a los artículos 1392 a 1394 del Código Civil", cit., pág. 2801.

3º) Los límites que establece el artículo 1814 del Código Civil sobre las cuestiones que pueden ser objeto de transacción deben interpretarse con carácter restrictivo. La norma no prohíbe transigir sobre las cuestiones matrimoniales de carácter meramente patrimonial[1048].

4º) Es regla reiterada en la jurisprudencia que las partes pueden disponer libremente del objeto en los procedimientos sobre liquidación de la sociedad de gananciales[1049].

5º) El artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no extiende la regla de la indisponibilidad del objeto del proceso a los procedimientos que versen sobre la disolución y la liquidación del régimen económico del matrimonio.

6º) En particular, las partes pueden disponer también sobre la fecha en que la disolución de la sociedad de gananciales deba tenerse por efectiva. Sobre ello, la STS de 5 de abril de 2022 resolvió que, "*de la misma manera que si las partes están de acuerdo en atribuir carácter privativo o ganancial a determinado bien*[1050]*, o acerca de que uno de ellos asuma el pago de deudas comunes, también pueden ponerse de acuerdo en liquidar atendiendo a determinada fecha, o renunciar a alguno de los derechos que les reconoce la ley, quedando siempre a salvo los derechos de terceros".*

[1048] El ATS de 6 de noviembre de 2001 lo explicó así: "*el artículo 1814 CC (...) se refiere a la imposibilidad de transigir "sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros", precepto que además de ser, como todas las prohibiciones, de aplicación restrictiva, no resulta aplicable al régimen económico matrimonial. Al respecto se ha de afirmar que doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo por estado civil sólo aquellas cualidades personales que marcan la impronta a través de la cual la persona es situada dentro de la comunidad, determinando el trato jurídico que recibe y el diferente ámbito de poder y de responsabilidad que se le otorga, siendo el fundamento de la prohibición de transigir sobre él el hecho de que el estado civil es de interés general y por tanto de orden público indisponible por los particulares, prohibiéndose los negocios jurídico-privados por medio de los cuales se pretenda fijar, dar certidumbre o modificar un estado civil, o recoger una renuncia al ejercicio de acciones judiciales relativas al mismo. Sin embargo (...) no están excluidas de la autonomía de la voluntad privada las consecuencias patrimoniales o intereses pecuniarios que surgen o nacen del estado civil reclamado, dado que revisten carácter privado y no afectan al interés público y, por ende, pueden ser materia de transacción*". En particular, TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: "Lección 27. Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación", *Derecho civil II: obligaciones y contratos*, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 579, remitiéndose la STS de 31 de enero de 1985, puntualiza que "*las consecuencias económicas acordadas en una separación e hecho no incurrirían en la prohibición del artículo 1814 CC*".

[1049] Lo recuerdan, por ejemplo, la SAP de Gerona de 24 de septiembre de 2014 o la SAP de Málaga de 15 de noviembre de 2016.

[1050] La STS de 6 de junio de 2019 es especialmente incisiva en este aspecto. La ha comentado MECO TÉBAR, Fabiola: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancialidad a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 29, 2020, pág. 549, destacando que, aunque "*los derechos capitalizados en función de un plan de pensiones (...) son privativos del cónyuge en cuyo favor estuviera constituido el mismo (...) prima el sentido de la voluntad imprimida por los cónyuges, que en este caso es clara e indubitadamente atribuirle la condición de bien ganancial al plan de pensiones de y sujetarlo al reparto por mitades entre ambos cónyuges*". La autora destaca así la prevalencia de los artículos 1323, 1255 y 1258 del Código Civil en esta materia.

7º) Por último, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, entiende como regla general que todas las cuestiones de Derecho civil pueden someterse a acuerdo entre las partes, salvo que concurra alguna de las excepciones que prevé al efecto. Entre las materias afectadas no se encuentran las relativas a la disolución de la sociedad de gananciales por las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil, ni la acción prevista en su artículo 1394, ni los procedimientos de liquidación.

Todo ello lleva a concluir que los cónyuges gozan de un amplio poder de disposición para resolver cualquier eventual conflicto que mantengan en torno a los efectos de la ruptura de su convivencia sobre su sociedad de gananciales.

2.- EL INTENTO DE ACUERDO COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

2.1.- La acreditación del intento de solución extrajudicial del conflicto como requisito de procedibilidad

El principio dispositivo que rige en la materia que analizamos obliga a tener en cuenta las novedades recientemente introducidas en nuestro sistema procesal por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Esta ley ha introducido novedades de calado, entre otras áreas, en el procedimiento civil. En lo que aquí resulta más trascendente, se establece la obligatoriedad de recurrir a un medio adecuado de solución de controversias en vía no jurisdiccional antes de instar el derecho ante los tribunales mediante el ejercicio de la acción. La obligación se constituye como un verdadero requisito de procedibilidad, en tanto su incumplimiento determina una consecuencia tan trascendente como la inadmisión de la demanda[1051]. En este sentido, la Ley modifica algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

[1051] La idea que inspira la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, no es novedosa. Alguna doctrina ya apuntó hacia esta orientación al estudiar la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La nueva regulación europea de la Mediación", Diario La Ley, Número 6958, 2008, pág. 3, valoraba entonces la incipiente norma europea como una disposición que "*tiene una gran trascendencia, marca un hito en el camino de introducción en el Derecho de Europa de medios de solución de controversias que implican y responsabilizan directamente a las personas que las padecen, y que, por ello, son quienes están más interesadas tanto en su rápida y adecuada solución, como en la búsqueda de la regla que para ellas es la justa",* añadiendo que *"la Directiva profundiza en la creación de un espacio de libertad y justicia, en la democratización de la sociedad europea. Pues con ella se impulsa a los ciudadanos para que hagan uso de sus derechos, para que asuman su deber ciudadano de resolver por sí mismos sus conflictos, y para que sólo acudan a los Tribunales cuando no hayan podido solucionarlos. Esta es la conducta que se entiende más cívica, por ello ha de celebrarse, sobretodo, esta nueva Directiva*".

En términos muy similares, con ocasión del entonces Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles", *Diario La Ley*, Número 7625, 2011, explicaba también que "*el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones auto-compositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto, o que la gravedad de la lesión*

1º) Introduce un apartado 4º en el artículo 264, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda, entre los documentos procesales:

"*El documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido*".

2º) Incorpora un segundo párrafo al artículo 399.3, adecuando la exigencia de contenido del escrito de demanda a la nueva imposición procesal, con el cual el precepto queda así:

"*Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.*

Así mismo, se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4.º del artículo 264, y se manifestarán, en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad".

3º) Otorga una nueva redacción al artículo 403.2, con la que normativiza la inadmisión de la demanda cuando no se acredite debidamente el cumplimiento del requisito de procedibilidad:

"*No se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales*".

Así las cosas, el ejercicio judicial de las acciones previstas en los artículos 1393.3º y 1394 requerirá el previo cumplimiento del requisito de procedibilidad, que consiste en haber intentado la solución del conflicto a través de un medio adecuado de solución de controversias en vía no jurisdiccional.

---

padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con disfavor a quien no les demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible, a tales vías de solución, sin que ello implique denegación de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos".

2.2.- Los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional

La noción de lo que constituye un medio adecuado de solución de controversias en vía no jurisdiccional se ofrece en el artículo 2 de la Ley Orgánica. Se ha optado por incluir un concepto abierto, al definir el medio adecuado de solución de controversias como cualquier tipo de actividad negociadora reconocida en la ley a la que las partes de un conflicto acudan de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral.

En el artículo 5 de la Ley Orgánica, el requisito de procedibilidad se identifica con el intento de la solución de la controversia que se va a llevar a juicio mediante algún medio adecuado de los previstos en el artículo 2. El precepto se refiere, en concreto, a los siguientes:

1º) La mediación. Mediante este mecanismo, "*dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de una persona mediadora, que actúa facilitando el diálogo y el acuerdo de manera imparcial y neutral, pero sin hacer propuestas de ningún tipo*"[1052].

2º) La conciliación. En ésta, "*una persona experta (el conciliador) con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia en conflicto ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, haciendo propuestas que puedan terminar la controversia entre ellas. La conciliación puede ser privada (cualquier persona con conocimientos técnicos o jurídicos) o pública (ante notario, registradores, letrados de la Administración de Justicia y jueces de paz)*"[1053].

3º) La opinión neutral de una persona experta independiente. Aquí, la solución consiste en que "*las partes entregan a un experto independiente (con conocimiento técnicos o jurídicos) toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido para que éste emita un dictamen no vinculante*"[1054].

4º) La realización de una oferta vinculante confidencial. En este caso, el remedio se basa en que "*cualquier persona con ánimo de solucionar una controversia puede formular oferta vinculante a la otra parte y quedará obligada a cumplirla si es aceptada. Del mismo modo, la aceptación de la contraparte es irrevocable*"[1055].

[1052] Con carácter introductorio, recurrimos a esta definición que facilitan BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: *Guía Práctica para la aplicación de los MASC*. 4 de febrero de 2025. Disponible en: https://elderecho.com/guia-practica-para-la-aplicacion-de-los-masc (fecha de consulta: 27 de mayo de 2025).

[1053] BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: Ibid.

[1054] BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: Ibid.

[1055] BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: Ibid.

5º) Cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en la Ley Orgánica u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1ª y 2ª del capítulo I de la misma Ley, o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle:

a) Directamente por las partes.

b) Entre los abogados o abogadas de las partes bajo sus directrices y con su conformidad.

c) Mediante un proceso de Derecho colaborativo. Básicamente, esta solución consiste en una "*negociación ordenada con abogados acreditados en Derecho Colaborativo y, en su caso, de terceras personas neutrales expertas. Si no hay acuerdo, los abogados no podrán representar a sus clientes en un litigio futuro sobre el mismo asunto*"[1056].

El artículo 14.1 de la Ley Orgánica incide en que, a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación que hemos dejado señaladas[1057].

2.3.- La identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio

En su artículo 5, la Ley Orgánica matiza que, para entender cumplido el requisito de procedibilidad, habrá de existir identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio.

La identidad exigida por la Ley Orgánica no es absoluta. La Ley ha establecido expresamente que se admitirán variaciones entre los términos de las pretensiones que se ejerciten posteriormente en vía judicial y los que hayan sido planteados y discutidos en la negociación. Esto se presenta lógico, pues es posible que las propias negociaciones celebradas entre las partes lleven al demandante a matizar los términos en que, antes de ese momento, pretendía formular su pretensión.

[1056] BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: Ibid.

[1057] Como explica PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La eficiencia del Servicio Público de Justicia y el notario como "tercero neutral"", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Número 120, 2025, págs. 22-25, "*lo que la Ley Orgánica exige, realmente, es que, antes de la interposición de una demanda, se realice "cualquier tipo de actividad negociadora" reconocida legalmente y que, cuando se presente una demanda ante los tribunales de lo civil, se acredite documentalmente que tal actividad se ha realizado. No obstante, la norma cita, expresamente, aquellos métodos mediante los que considera que puede realizarse una "actividad negociadora". Por tanto, son aquellos medios a los que las partes han de recurrir a fin de que pueda tenerse por cumplido el "requisito de procedibilidad". En consecuencia*", -precisa el autor- "*solo podrá tenerse por cumplido tal requisito, si se demuestra que se ha intentado una negociación al haberse seguido uno de los MASC reconocidos legalmente. Y, no podrá tenerse por cumplido, si se ha seguido otro MASC no previsto por la Ley Orgánica 1/2025, pues ha de entenderse -en principio- que su relación es cerrada o* numerus clausus". Nos detendremos después en el examen de algunos de los medios adecuados de solución de controversias que se acaban de relacionar.

La jurisprudencia contribuirá a concretar los términos en que haya de entenderse la flexibilidad de esa exigencia. No obstante, es claro que la ductilidad de la exigencia no podrá operar como excusa que permita eludir lo que pretende la norma, que no es otra cosa que la existencia de una negociación verdadera sobre lo que más adelante se presente al escrutinio de un tribunal.

2.4.- Actuaciones excluidas por su objeto del requisito de procedibilidad

Tal como resulta del artículo 5 de la Ley Orgánica, en el orden jurisdiccional civil, el deber de cumplir el requisito de procedibilidad constituye la regla general. Esta se extiende a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos[1058].

La propia Ley Orgánica establece algunos límites y excepciones a su expresada regla general, aunque aplicando, a su vez, algunas contra-excepciones.

Cabe concretar así las siguientes reglas:

1ª) En el orden jurisdiccional civil, el deber de cumplir el requisito de procedibilidad constituye la regla general.

2ª) La regla general no se aplica a los procedimientos cuyo objeto sea un conflicto que no puede someterse a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial. Estos procedimientos constituyen, por tanto, excepciones a la regla general. En este sentido, la Ley Orgánica se refiere en particular a los procedimientos que versen sobre dos tipos de materias:

a) Materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En este ámbito se aplica una contra-excepción en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, pues sobre éstos sí será posible la aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado. En nuestra opinión, cabe la posibilidad de que la jurisprudencia limite esta contra-excepción a las medidas que no sean de *ius cogens*, aunque parece claro que la práctica que pretende impulsarse desde la justicia de instancia es favorable a exigir también en este ámbito la negociación[1059].

[1058] Quedan excluidas, en todo caso, las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.

[1059] Veánse, por ejemplo, los *Criterios orientativos aprobados por los Jueces de Familia de Madrid-capital, por mayoría, en relación con el requisito de procedibilidad establecido en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia*. Disponibles en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2025/04/CRITERIOS_JUECES_FAMILIA_MADRID_REQUISITO_PROCEDIB_250319_125209_Consejo-General-de-la-Abogacia.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025): "*De conformidad con lo establecido en los artículos 5.1 y 2 del Título II de la Ley 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante LO 1/2025), se considera*

Según alguna opinión, el alcance de la Ley Orgánica sobre el ámbito de los procedimientos relacionados con el Derecho de familia genera algunas dudas, pues el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil destaca, respecto varios de estos procesos, la indisponibilidad de su objeto[1060]. Seguramente una clave acertada de

---

que el requisito de procedibilidad, consistente en la necesidad de acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (en adelante Masc) de los previstos en el artículo 2 del mismo Título, es exigible a los procesos de separación, divorcio, nulidad, medidas paterno filiales referidas a hijos/as no matrimoniales, y en general, a todos los procesos especiales en materia de familia y menores comprendidos en el capítulo 2º del Título I del Libro IV de la LEC, excepto los expresamente mencionados en el apartados 2 y 3 del citado precepto. En particular, se considera también exigible acudir previamente a una actividad negociadora de los Masc previstos legalmente, para que sea admisible la interposición de demanda de solicitud de medidas provisionales previas del artículo 771 de la LEC, las cuales, a estos efectos, en ningún caso pueden asimilarse a las medidas cautelares previas a la demanda reguladas en los artículos 721 y siguientes de la LEC, al deber considerarse aquellas, a todos los efectos, un proceso especial autónomo e independiente de la demanda posterior.

No obsta a dicha interpretación el tenor literal del párrafo 2º del apartado 1 del artículo 4 del Título II de la Ley 1/2025, que parece abocar a la inexigibilidad del requisito de procedibilidad en relación con los conflictos que versen sobre materias indisponibles para las partes, como algunas de las afectantes a los hijos menores comunes, pues tal interpretación haría inaplicable el requisito a todos los procesos en que se ventilan pretensiones indisponibles relativas a hijos menores y dejaría prácticamente vacía de contenido la reforma en materia de familia y menores, conclusión que no es coincidente en absoluto con la "voluntas legislatoris".

La indicación del art. 4.1, p.2º de que "si será posible su aplicación (en referencia a los Masc) en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado", aun admitiendo que genera dudas hermenéuticas por la deficiente técnica legislativa empleada (regla general referida a materias, a su vez excepcionada con matices, seguida de regla general relativa a procesos especiales, a su vez con excepciones), ha de interpretarse no en el sentido de entender que, respecto de tales medidas, es facultativo para las partes hacer o no uso de los Masc (lo cual es procedente porque la aplicación de las normas procesales, y esta lo es, no pueden dejarse a la libre voluntad de las partes al ser normas de orden público), sino, en el más ajustado a la voluntad del legislador, de considerar que la ley persigue dejar claro ("..sí será posible su aplicación…") que es preceptivo también el requisito de procedibilidad para dichas materias, dado que, aun refiriéndose algunas de dichas medidas a materias indisponibles, se establece en el propio precepto una salvaguarda judicial que impedirá a las partes acordar medidas de carácter indisponible contrarias al interés superior de los menores, pues la autoridad judicial podrá denegar su aprobación, ex art. 90 del Cc., como se desprende del inciso final del párrafo citado ("…, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado"), que, además, presupone que si se habla de homologación del acuerdo alcanzado en el Masc es porque el mismo debe seguirse, lo cual, por otra parte, no representa ninguna excepcionalidad porque es lo mismo que ocurre cuando las partes pactan en los procesos contenciosos sobre materias indisponibles y la validez de tales acuerdos precisa, para su validez, de la previa aprobación judicial".

Contra el anterior criterio, pueden verse los acuerdos adoptados en Junta de los Juzgados de Primera Instancia de Logroño, que excluyen del cumplimiento del requisitos de procedibilidad, por razón de su consustancial urgencia, las solicitudes de medidas previas a la demanda. Disponibles en https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2025/04/acta-junta-de-jueces-instancia-unificacion-criterios-lo-1-25-definitivo-fdo.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025).

[1060] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *MASC, ¿Sí o no?* 19 de febrero de 2025. Disponible en: https://www.linkedin.com/posts/aeafa_masc-s%C3%AD-o-no-la-ley-de-eficiencia-activity-7297612827740012544--WGq/?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAA97d4cBE1pQLFrSgqsE8udtq5wxV-E9qBI (Fecha de consulta: 21 de febrero de 2025).

interpretación pueda ser -igual que sugerimos respecto de las medidas del artículo 103 del Código- discernir, en lo que vaya a ser objeto de demanda, entre las materias que son disponibles y las que no lo son. Esta discriminación parece adecuada atendiendo incluso al tenor del propio artículo 751, cuyo apartado tercero afirma que, en los procesos a los que hace referencia, existen pretensiones que tienen por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente.

Cuestión distinta es la de clarificar cómo ha de incidir esta realidad en la aplicación de la Ley. En los procesos de Derecho de familia y, muy en particular, en los procedimientos matrimoniales, es habitual que las partes ejerciten, de forma acumulada, pretensiones que tienen por objeto materias sobre las que pueden disponer libremente, con otras que no lo son. El ideal de exigir al demandante que cumplimente el requisito de procedibilidad únicamente sobre las cuestiones que sean disponibles puede ser poco realizable en el entorno general del proceso, teniendo en cuenta el posible deterioro de la relación entre los cónyuges, la urgencia de recabar el auxilio judicial o la fuerte interdependencia que puede existir entre varias de las peticiones que se instan en conjunto en la demanda. Un criterio adecuado podría encontrarse en no exigir el cumplimiento del requisito de procedibilidad para el ejercicio de pretensiones que versen sobre cuestiones disponibles cuando éstas se acumulen con otras que no lo sean.

b) Materias que, siendo de carácter civil, están excluidas de la mediación por disposición del apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De este modo, la Ley Orgánica excluye de la exigencia de acreditar el requisito de procedibilidad cuando se trate de conflictos que deban dirimirse en el ámbito de la Violencia sobre la Mujer. Esta excepción es coherente con el artículo 48.1 del Convenio de Estambul de 7 de abril de 2011[1061], que impone a los Estados Parte el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.

3ª) No se exige el cumplimiento del requisito de procedibilidad para la interposición de una demanda ejecutiva; la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda; la solicitud de diligencias preliminares; la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; o la solicitud de inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

4ª) En cuanto a los procesos declarativos del libro II y los procesos especiales del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se exceptúan los que tengan por objeto

[1061] Vigente en la Unión Europea desde el pasado 1 de octubre de 2023.

alguna de las materias listadas al efecto en el artículo 5.2. Entre las materias excluidas por el precepto[1062] se encuentran algunas propias del Derecho de familia, pero ninguna de ellas se refiere a los conflictos que tienen por objeto la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales.

5ª) El requisito de procedibilidad tampoco se exige, con carácter general, para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria. En este ámbito, las excepciones previstas por la Ley Orgánica sí afectan a cuestiones relacionadas con lo que constituye la materia que analizamos. Así, el cumplimiento del requisito sí deberá acreditarse para la iniciación de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Puede concluirse, por tanto, que, en los conflictos que versen sobre la existencia de la separación de hecho, su posible aplicación como causa de disolución de la sociedad de gananciales y el modo en que haya de desplegar sus efectos en la liquidación del consorcio, incluyendo la posibilidad de su retroacción:

1º) Con carácter general, las partes podrán resolver lo que sea objeto de su controversia mediante los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.

2º) En aquellos supuestos que se encuentren dentro de la antedicha regla general, el posible inicio del procedimiento judicial quedará condicionado a que se acredite el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

3º) La regla general debe entenderse aplicable tanto si las cuestiones que son objeto de conflicto se plantean en el ámbito de un procedimiento declarativo del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (esto es, cuando se ejerciten de forma autónoma las acciones derivadas de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil), como si lo son en un procedimiento de separación, divorcio, o nulidad, o incluso en uno de liquidación de la sociedad de gananciales (esto es, mediante procedimientos regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4º) La regla general no se aplicará:

a) Con toda seguridad, cuando las pretensiones relacionadas con la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se discutan dentro de un procedimiento civil

[1062] Las materias que excluye el precepto son: la tutela judicial civil de derechos fundamentales; la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; la filiación, paternidad y maternidad; la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; y el juicio cambiario.

del que conozca, por las circunstancias concurrentes, un juzgado que ejerza su competencia en materia de Violencia sobre la Mujer. En este sentido, creemos que la exclusión que realiza el artículo 89.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es ineludible.

b) Probablemente, cuando las pretensiones relacionadas con la disolución de la sociedad de gananciales se discutan dentro de un procedimiento matrimonial en el que también se discuta acumuladamente sobre cuestiones no disponibles para las partes[1063].

2.5.- Principio de autonomía privada en el desarrollo de los medios adecuados de solución de controversias

Nos hemos referido anteriormente a las materias que quedan excluidas del ámbito de los medios adecuados de solución de controversias o, lo que es igual, aquellas cuyo planteamiento ante los tribunales no precisan de acreditación de cumplimiento previo del requisito de procedibilidad. Nos ocupamos ahora de los límites que conciernen al contenido propio de los acuerdos que las partes pueden alcanzar con esos medios alternativos.

El artículo 4 de la Ley Orgánica regula el principio de autonomía privada en el desarrollo de los medios adecuados de solución de controversias. Según este precepto, las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses. Los límites que se imponen por el legislador son similares a los del artículo 1255 del Código Civil, al requerirse que no sean contrarios a la ley, a la buena fe ni al orden público.

[1063] En este ámbito, la *Propuesta de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil presentada por el Colegio Nacional de los letrados de la Administración de Justicia*. Disponible en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2025/04/Propuesta-unificacion-de-criterios-MASC-LO-1-25-CEI-CNLAJ.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025) es la de sostener que, en los procedimientos sobre Derecho de familia, la exigibilidad del requisito de procedibilidad ha de ser la pauta general ("*En el ámbito del derecho de familia, los MASC se aplican a procedimientos como la separación, el divorcio, la nulidad matrimonial y las medidas paterno-filiales, abarcando no solo las pretensiones principales —como la disolución del vínculo matrimonial o la guarda y custodia— sino también las medidas accesorias, tales como el uso de la vivienda familiar o la pensión alimenticia. Este enfoque amplio asegura que los conflictos familiares, que a menudo implican un alto componente emocional, puedan resolverse de manera dialogada, evitando la confrontación judicial innecesaria. La obligatoriedad de los MASC en estos casos busca proteger los intereses de todas las partes, especialmente de los menores involucrados, promoviendo acuerdos que reflejen un consenso razonable*"). En el texto a las que hacemos referencia, las causas de exclusión, salvo las relativas a materia expresamente salvadas por su objeto por la Ley, parecen entenderse desde la perspectiva de la urgencia ("*El artículo 5.3 de la LO 1/2025 excluye del requisito de procedibilidad de los MASC ciertos procedimientos específicos, como aquellos relacionados con la tutela de derechos fundamentales, las medidas cautelares previstas en el artículo 158 del Código Civil, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, los procesos de filiación, la sustracción internacional de menores, el juicio cambiario y los procedimientos sumarios de recuperación de posesión. Estas excepciones se justifican por la urgencia, la gravedad o la naturaleza especial de los derechos en juego, que requieren una respuesta judicial inmediata sin la demora que implicaría un intento previo de negociación. La delimitación clara de estas excepciones garantiza que el acceso a la justicia no se vea comprometido en situaciones donde el tiempo o la protección de derechos esenciales son factores críticos*"). Así, salvo en supuestos excepciones, esta propuesta también considera exigible el requisito de procedibilidad en las solicitudes de medidas previas a la demanda.

En materia de Derecho de familia, la cláusula general no es de mero estilo, pues existen normas legales de necesaria observancia, como pueden ser la protección del interés superior del menor (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil); la tutela del derecho a la vivienda de los hijos menores de edad o que estuvieran en situación de discapacidad (artículo 96 del Código Civil); que los acuerdos no sean dañosos o gravemente perjudiciales para ninguno de los esposos (artículo 90.2 del Código Civil); o que respeten la igualdad entre cónyuges (artículos 14 y 32 de la Constitución española y 1328 del Código Civil).

Las partes pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia.

2.6.- La terminación de la negociación

2.6.1.- La terminación de la negociación sin acuerdo

El artículo 10 de la Ley Orgánica establece los cuatro supuestos en los que podrá entenderse cumplido el requisito de procedibilidad, al haber concluido el proceso de negociación sin acuerdo. Así, el intento de acuerdo sobre la existencia de la separación de hecho, su posible incidencia en la sociedad de gananciales, la fecha en que deban producirse los efectos derivados de su disolución, o las partidas a incorporar en el inventario para su liquidación, se entenderá válidamente cumplimentado cuando se alcance cualquiera de ellos:

1º) Intento frustrado de inicio de una negociación. El requisito se entiende cumplido cuando transcurren treinta días naturales desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte y no se mantiene una primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o, simplemente, no se obtiene respuesta a la solicitud por escrito.

b) Negociación frustrada por el rechazo a una propuesta de acuerdo. El requisito se entiende cumplido también cuando, una vez iniciada la actividad negociadora, transcurren treinta días desde que una de las partes haga una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance un acuerdo ni se obtenga respuesta por escrito. La Ley Orgánica precisa que el cómputo del plazo de treinta días comienza desde la fecha de recepción de la propuesta.

c) Negociación frustrada por falta de acuerdo. En tercer lugar, el requisito se entiende cumplido también cuando transcurren tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin alcanzar un acuerdo, si bien las partes podrán continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo.

d) Negociación frustrada por desistimiento unilateral. El último supuesto que habilita el cumplimiento del requisito de procedibilidad sin alcanzarse un acuerdo se

produce cuando cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones. La Ley Orgánica entiende suficiente que quede constancia del intento de comunicación de la parte de ser esa su voluntad.

2.6.2.- La terminación de la negociación con acuerdo

La Ley Orgánica dedica la Sección Segunda, del Capítulo I, del Título II, artículos 12 y 13, a los "*efectos de la actividad negociadora*". En realidad, dicha sección sólo se refiere a los efectos que se derivan de la actividad negociadora concluida con avenencia pues, como hemos visto, la negociación que finaliza sin acuerdo se regula en el artículo 10 y, obviamente, también despliega efectos jurídicos relevantes, pues produce el cumplimiento del requisito de procedibilidad. En cualquier caso, la Ley considera especialmente relevantes dos aspectos de la negociación que concluye con acuerdo, que regula de manera específica: su formalización y su validez y eficacia.

2.6.2.1.- La formalización del acuerdo

La formalización del acuerdo se regula en el artículo 12.

La Ley Orgánica parte de la premisa de que, cuando las partes alcancen un acuerdo en una negociación sobre un conflicto jurídico, éste se recogerá en un documento. La Ley no pretende con ello privar de eficacia y carácter vinculante a los posibles acuerdos no escritos entre antagonistas para resolver discrepancias jurídicas. De hecho, la Ley Orgánica no lo sugiere así, ni ha reformado la redacción de las normas del contrato de transacción (artículos 1809 a 1819 del Código Civil), en el que rige el principio de libertad de forma y, además, salva expresamente en su artículo 5 cualquier actividad negociadora prevista en el ordenamiento. En definitiva, cuando los cónyuges casados en gananciales alcancen acuerdos de separación de hecho que no consten recogidos por escrito, éstos tendrán la validez que les atribuyen los artículos 1255, 1809 y 1323 del Código Civil y ahora, además, el artículo 5 de la Ley Orgánica.

La Ley Orgánica detalla cuál debe ser el contenido del documento que recoja el acuerdo alcanzado en la negociación. En dicho instrumento, se recogerán las obligaciones que asume cada una de las partes junto a una serie de requisitos formales que dependerán, entre otros extremos, de las personas que hayan intervenido en el proceso[1064].

Un aspecto especialmente relevante de la Ley Orgánica en esta materia es el reconocimiento a las partes de un derecho a compelerse recíprocamente a elevar el

[1064] Conforme recoge el precepto, en el documento que recoja el acuerdo "*se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad de sus abogadas y abogados y de la tercera persona neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones de esta ley*". Se establece también que "*el acuerdo deberá firmarse por las partes y, en su caso, por sus representantes, y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene una tercera persona neutral esta entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación*".

acuerdo alcanzado a escritura pública. La Ley Orgánica ha ido mucho más allá de lo previsto en el artículo 1279 del Código Civil, pues en el párrafo segundo del artículo 10.3 dispone:

"De no atender la parte requerida la solicitud de elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública, podrá otorgarse unilateralmente por la parte solicitante, debiendo hacerse la solicitud por medio del notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él".

Así, cualquiera de las partes queda legalmente habilitada para requerir a la otra la elevación del acuerdo a escritura pública y, ante la eventual negativa de la parte requerida, también para hacerlo de manera unilateral. A tal fin, la norma exige que el requerimiento de elevación a público sea notarial y, además, que el mismo notario que intervenga en el requerimiento sea quien autorice la elevación a público.

Como destaca MARIÑO PARDO[1065], la norma se aparta de "*la regla general, según la cual la elevación a público de un negocio otorgado en forma privada requiere la intervención ante notario de ambas partes en el mismo, ratificando ante el notario su consentimiento al acuerdo privadamente alcanzado*". El mismo autor[1066] entiende que la solicitud a la otra parte deberá realizarse mediante un acta notarial de requerimiento de las previstas en el artículo 202 del Reglamento Notarial, a la que el requerido tendrá derecho a contestar.

No plantea cuestiones relevantes de interpretación el supuesto en que la parte requerida se aviene a intervenir en la elevación a público que se le solicita. Sin embargo, son más problemáticas otras dos situaciones posibles:

1ª) La oposición de la parte requerida a elevar a público el acuerdo, alegando ante el notario interviniente la falta de firma, o la existencia de falsedad, intimidación, error, o cualquier otra causa obstativa a la pretendida existencia o validez del acuerdo.

En estos casos, MARIÑO PARDO[1067] considera que "*la prudencia notarial quizás invite a la no autorización de una elevación unilateral a público y la remisión de la*

[1065] MARIÑO PARDO, Francisco: *La conciliación notarial, la elevación a público del acuerdo de conciliación y otras formas de actuación notarial como medio alternativo de solución de conflictos en la Ley de eficiencia del servicio público de la justicia.* 7 de enero de 2025. Disponible en: https://www.iurisprudente.com/2025/01/la-conciliacion-notarial-la-elevacion.html (fecha de consulta: 24 de febrero de 2024).

[1066] MARIÑO PARDO, Francisco: *La conciliación*…, cit., loc. cit. entiende que, al exigir la Ley Orgánica que la solicitud se realice por medio del notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él, "*excluye la práctica de dicha solicitud por medios no notariales, aunque se pudieran considerar fehacientes, lo que además lleva implícito que no sea suficiente la mera remisión de documentos por conducto notarial conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial. Además, esta vía del artículo 201 del Reglamento Notarial excluye el derecho a contestar del destinatario, y en este caso parece esencial ese derecho a contestar, al margen de la cuestión del plazo en que debe ejercitarse el mismo*".

[1067] MARIÑO PARDO, Francisco: *La conciliación*…, cit., loc. cit.

controversia a la vía judicial". Este criterio es, sin duda, apreciable por su prudencia, y puede compartirse desde la lógica de la función notarial y las exigencias de garantía que lleva implícito el principio de seguridad jurídica. Además, el artículo 12.5 dispone que, para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo, el notario "*verificará el cumplimiento*" de los requisitos exigidos en esta ley y que su contenido no es contrario a Derecho. El notario que se encuentre ante esa tesitura difícilmente podrá verificar la veracidad de lo que afirma el requerido. Más bien parece que ese discernimiento, ante la existencia de posturas discrepantes, corresponde orgánicamente a la autoridad judicial.

Sin perder de vista lo anterior, es cierto también que dicho criterio puede resultar gravemente lesivo para el interés legítimo del requirente que actúa conforme a Derecho, a quien se privaría de un derecho que le concede la Ley Orgánica, amén de que haría de mejor derecho al requerido que se opone a la firma de mala fe que al requirente que lo hace de buena. Cuando el legislador ha introducido esta regla en el sistema lo ha hecho con pleno conocimiento de que altera la norma general y arraigada de que no hay elevación a público sin solicitud de todos los otorgantes o, en su defecto, autorización judicial (artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Es posible que la voluntad de la norma sea que el notario intervenga en la elevación a público, acordándola, aunque pudiendo hacer constar las circunstancias que considere relevantes y que, en aquellos supuestos en que el requirente haya actuado de manera contraria a Derecho, el requerido pueda: instar la nulidad de la elevación a público; oponerse a la ejecución que pueda intentarse con ese instrumento, dado que no cumpliría los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (artículo 559.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); proceder contra el requirente por la vía penal, pudiendo suspender con ello la ejecución (artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y peticionar en su caso la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. La cuestión, ciertamente, es dudosa y discutible.

2ª) La mera omisión de una respuesta por el requerido.

Ante la omisión de respuesta del requerido, MARIÑO PARDO [1068] observa acertadamente que la norma no determina en qué plazo debe considerarse que aquél ha incumplido su obligación de elevación a público. Entiende que no cabe considerar el plazo de dos días hábiles para contestar a un requerimiento notarial y que, "*a falta de una más clara solución, podría entenderse aplicable el plazo de treinta días naturales que la propia ley contempla para la contestación a la propuesta de conciliación*".

2.6.2.2.- La validez y eficacia del acuerdo

El artículo 13 se refiere a la validez y eficacia del acuerdo que hayan podido alcanzar las partes durante su negociación.

[1068] MARIÑO PARDO, Francisco: *La conciliación*…, cit., loc. cit.

El objeto del acuerdo comprenderá total o parcialmente las materias que hayan sido sometidas a negociación y será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda sobre lo transigido. Contra lo convenido en dicho acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, sin perjuicio de la oposición que pueda plantearse, en su caso, en el proceso de ejecución.

Para que tenga valor de título ejecutivo, el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública, o ser homologado judicialmente cuando proceda en los términos previstos en el artículo 12, o bien constar en la certificación a que se refiere el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria si es consecuencia de una conciliación registral.

2.7.- La acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad

Conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica, tanto la actividad negociadora como, en su caso, su intento, deberán ser recogidas documentalmente. La prueba del cumplimiento del requisito dependerá del medio intentado y deberá acompañarse a la demanda, según se ha dicho ya, como documento procesal:

1º) Si no hubiera intervenido una tercera persona neutral, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia, entre otros extremos, del objeto de la controversia y la fecha de la reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración responsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso. En su defecto, podrá acreditarse mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la invitación para negociar o, en su caso, la propuesta.

2º) En el caso de que haya intervenido una tercera persona neutral gestionando la actividad negociadora, esta deberá expedir un documento dejando constancia del intento de negociación, en los términos establecidos en la Ley.

2.8.- La relevancia de la actividad negociadora en la condena en costas

Como última cuestión general a destacar de la Ley Orgánica, con relación a los eventuales procedimientos en los que se discuta sobre la existencia y efectos de la separación de hecho sobre la vigencia de la sociedad de gananciales, sobre su fecha de disolución o sobre las consecuencias de su alcance en las operaciones de liquidación, su artículo 7.4 introduce una novedad relevante en materia de condena en costas. Según el precepto, si se inicia un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia[1069] al pronunciarse sobre las costas o en

[1069] No existe una definición legal de abuso del servicio público de Justicia. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2025 lo introduce identificando "*la noción del abuso del servicio público de Justicia*" con una "*actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad*". El abuso del servicio público de justicia "*se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera*

su tasación y, asimismo, para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Precisamente, la Ley Orgánica modifica, a tal fin, varios artículos de los que dedica la Ley de Enjuiciamiento Civil a regular la imposición de multas procesales, y la imposición de costas, la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía (principalmente, los artículos 245.5, 247.4, 394 y 395).

II.- EL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO

Con independencia del régimen económico al que hayan sometido su matrimonio, el desarrollo de las relaciones patrimoniales entre cónyuges suele producirse al margen de los tribunales. En torno a esto, DÍEZ-PICAZO[1070] observó que, mientras el matrimonio vive pacíficamente, los mecanismos de adopción de decisiones no son los jurídicos, sino los que resultan naturalmente y con espontaneidad del modo de acoplamiento temperamental, psicológico, o incluso biológico de la pareja.

Las situaciones de conflicto en el matrimonio inciden en el normal funcionamiento de la sociedad de gananciales, generando tipologías de problemas ya tratados en páginas anteriores. Los cónyuges que afrontan esa situación pueden enfrentarse a una ruptura de la relación que lleve a la quiebra de la convivencia. Dejando al margen por el momento la posible intervención judicial, interesa aproximarse a las distintas soluciones legales que podrían encontrarse en nuestro ordenamiento para encauzar el posible fin de la

---

preceptivo. Del mismo modo, el abuso del servicio público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la mencionada Ley 1/2000, de 7 de enero.

Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía.

Así, si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concomitantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada".

El preámbulo de la Ley concluye confiando la concreción del concepto a la jurisprudencia, de quien espera que irá delimitando sus contornos y apuntalando sus aspectos diferenciales con otras figuras próximas, como la temeridad o la mala fe procesal.

Sobre el concepto de "abuso del servicio público de Justicia", puede leerse GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: *La proyectada noción del abuso del servicio público de justicia en el proceso civil. Breve apunte.* 19 de diciembre de 2024. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/12/20/la-proyectada-nocion-del-abuso-del-servicio-publico-de-justicia-en-el-proceso-civil-breve-apunte (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025).

[1070] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: Capacidad de…, cit., pág. 864.

relación ganancial, acordando en su caso la fecha desde la cual tal cese deba desplegar sus efectos.

1.- LOS ACUERDOS CONYUGALES

1.1.- Los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial

Al presentar los acuerdos a los que nos referimos ahora, GASPAR LERA [1071] explicaba que, en su opinión, la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia se había venido ejerciendo, principalmente, a través de tres instrumentos:

1º) Las capitulaciones matrimoniales, por las que se estipula, modifica o sustituye el régimen económico del matrimonio, o se convienen cualesquiera otras disposiciones por razón de éste.

2º) El convenio regulador que se integra en las demandas de nulidad, separación o divorcio, por el que los cónyuges determinan, una vez sobrevenida su crisis, los efectos de su ruptura.

3º) Los pactos privados de la separación de hecho, a los que una consolidada jurisprudencia atribuye eficacia vinculante.

Según dicha autora, en el momento presente hay que añadir a los anteriores negocios jurídicos de familia los acuerdos celebrados por una pareja antes de contraer matrimonio con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura y eventual ruptura.

ROZALÉN CREUS [1072] se refiere a los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial como aquellos en los que "*los otorgantes pactan una serie de acuerdos por los que se deberá regir la situación creada por esa crisis, previniendo una serie de efectos tanto personales como patrimoniales entre ellos y de sus hijos*". Esta autora destaca la nota de naturaleza propia de estos acuerdos, al advertir que no se pueden confundir con las capitulaciones matrimoniales, dado que "*su contenido típico es el de establecer las consecuencias de una ruptura ante una eventual crisis matrimonial",* e incide en su carácter novedoso, pues "*no tienen, en contra de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, una larga tradición en nuestro derecho matrimonial*"[1073].

Alguna reciente doctrina[1074] ha matizado esa distinción de categorías, proponiendo que el pacto en previsión de ruptura familiar comparte con las capitulaciones

[1071] GASPAR LERA, Silvia: "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura. Límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 64, Número 3, 2011, págs. 1043-1044.

[1072] ROZALÉN CREUS, Lucía: "Pactos matrimoniales. Concepto y tipos", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 34, 2022, pág. 774.

[1073] ROZALÉN CREUS, Lucía: "Pactos matrimoniales…, cit., pág. 775.

[1074] BARBA, Vincenzo: "Reseña bibliográfica a la obra Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial, de GARCÍA MAYO, Manuel", *Revista de Derecho Civil*, Enero-Marzo 2024.

matrimoniales su condición de ser norma reguladora de situaciones futuras y, con el convenio regulador, su contenido sustancial. A partir de estos argumentos, se concluye la autonomía de los pactos en previsión de ruptura familiar, que suelen considerarse negocios familiares atípicos, o negocios mixtos, que tomarían una parte de la regulación del convenio regulador y otra parte de la regulación de las capitulaciones matrimoniales.

En España, el Derecho común no ha regulado todavía los acuerdos matrimoniales en previsión de una futura ruptura como categoría jurídica especial. Aun con ello, nuestra cultura jurídica no permanece ajena a la existencia de estos convenios, que ya ha integrado en su práctica y además constituyen, en ocasiones, una parte relevante de la planificación patrimonial familiar. Tan es así que distintos ordenamientos autonómicos sí reconocen y regulan en la actualidad este tipo de pactos[1075].

La aceptación en nuestro ordenamiento de este tipo de convenios ha generado algunas dudas. La disociación temporal entre la fecha de la firma del acuerdo y la del momento en que lo convenido debe desplegar sus efectos suele señalarse como cuestión problemática. Las partes pactan algo sobre una situación que se producirá en unas circunstancias difíciles de vaticinar. Esa imprevisibilidad puede llevar a infravalorar los riesgos que entraña el pacto, o a que no se asimile correctamente el alcance del consentimiento dado. No obstante, del mismo modo, se afirma también que tal lejanía reporta la gran ventaja de evitar la incidencia en el consentimiento de las partes de posibles secuelas psicológicas o ánimos de venganza, tan habituales en las situaciones de crisis matrimonial. La doctrina propone por ello, en los supuestos en que pueda tener lugar, el recurso a instituciones como la anulabilidad por error (si media desconocimiento sobre circunstancias relevantes) o dolo (si concurre engaño u ocultación de información relevante), o su ineficacia sobrevenida como consecuencia de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[1076]. La cuestión parece actualmente superada, como también lo está el problema que, en alguna ocasión, se ha hecho sobre la postnupcialidad del objeto de estos acuerdos, que son específicamente concebidos para regular la crisis matrimonial y operar tras la ruptura de la relación.

Con todo, en la actual doctrina española parece existir una amplia conformidad sobre la aceptabilidad de este tipo de convenios en nuestro ordenamiento, a los que se atribuye, en general, validez[1077]. Dicho reconocimiento ha sido respaldado por la jurisprudencia. En efecto, nuestros tribunales han concedido validez y carácter

[1075] Se refiere a ellos el Código Civil de Cataluña. En particular, sus artículos 231-19 y 231-20 permiten lo que denominan *pactos en previsión de una ruptura matrimonial*. País Vasco, Galicia y Aragón también han regulado la figura.

[1076] BARRIO GALLARDO, Aurelio: "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Anales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata)*, Número 46, Buenos Aires, Argentina, 2016, págs. 81-84.

[1077] BARBA, Vincenzo: "Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda", *Cuadernos de Derecho Privado*, Número 3, 2022, págs. 45-84.

vinculante a este tipo de pactos, como reglamentadores de los efectos de una futurible crisis matrimonial. Entre las resoluciones más recientes pronunciadas sobre esta materia, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 362/2023, de 13 de marzo de 2023 (Numroj: STS 879:2023 - Ecli: ES:TS:2023:879), ha recordado, con cita de otras anteriores de la misma Sala, que los pactos en previsión de una crisis matrimonial son "*plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales*". Así, dice la sentencia, dichos pactos "*no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan*".

Siendo, por tanto, admisibles, con carácter general, este tipo de convenios conyugales en previsión de crisis, la cuestión debería estribar más bien, como propone BARRIO GALLARDO[1078], en que su control por la autoridad pública no tenga que efectuarse *ex ante*, sino más bien *ex post*, situándose "*más próximo al plano de la eficacia que al de la nulidad*".

Aceptándose, por tanto, la general validez de los acuerdos prematrimoniales como categoría jurídica en nuestro ordenamiento, interesa definir en este estudio si el instrumento es apto para recoger un eventual pacto entre esposos -o futuros esposos- por el cual, llegada la separación de hecho, la sociedad de gananciales cese sus efectos *inter partes*[1079].

En torno a esta primera cuestión, nos inclinamos decididamente por la respuesta afirmativa. La legalidad de los acuerdos entre esposos para pactar la fecha en la que deba tenerse por efectiva la disolución de la sociedad de gananciales ha sido rubricada por el Tribunal Supremo[1080]. Ciertamente, tal posibilidad se ha declarado conforme a

[1078] BARRIO GALLARDO, Aurelio: "Pactos en…, cit., pág. 84.

[1079] COLAO MARÍN, Francisco Javier: Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil español. El contenido posible, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 158-255, describe varios pactos posibles. El autor estudia los "*actos de naturaleza personal y patrimonial en previsión de la ruptura*". Contempla varios, en particular, los de "*indemnización por instar la separación o el divorcio*", "*indemnización por incumplimiento de deberes concretos*", "*limitación de la libertad personal tras la ruptura*", "*patria potestad, guardia y custodia y alimentos de los hijos menores de edad*", "*uso de la vivienda familiar*", "*compensación por el trabajo en casa en régimen de separación de bienes*", o "*compensación por desequilibrio*". No se refiere a ninguno como el que aquí vamos a abordar, pero creemos que, con los anteriores, los pactos sobre disolución y liquidación pueden constituir un género más entre los posibles acuerdos en previsión de la ruptura.

[1080] Por todas, STS de 5 de abril de 2022.

Derecho con relación a acuerdos adoptados a modo de transacción durante la existencia de la crisis matrimonial. Aun con ello, no creemos que la anticipación –por relevante que sea- de la fecha del convenio a la del desencadenamiento de la crisis matrimonial plantee óbice legal alguno. Mediante la referida estipulación, las partes no renuncian realmente a derecho alguno. Simplemente concretan que el derecho a la participación en las ganancias del otro cónyuge expirará en el momento en que desaparezca su fundamento.

Por otra parte, como afirma MONTÉS PENADÉS[1081], es posible someter el régimen económico matrimonial a condición, tanto suspensiva como resolutoria. Pero, como señala el autor, "*parece que, en protección del tráfico y de los terceros, debe entenderse que la retroacción significa la extinción de un régimen y el nacimiento de otro, y deberán ser aplicados los preceptos que garantizan los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317) y los que imponen la publicidad registral del cambio como presupuesto de oponibilidad*". La separación de hecho podría constituir, por tanto, la condición resolutoria paccionada en unas capitulaciones que acordaran el régimen de gananciales, o estipuladas durante el mismo. Las capitulaciones, no obstante, deberían observar que la eficacia ante terceros del cumplimiento de la condición resolutoria requeriría, en nuestra opinión, de las medidas que le dieran suficiente publicidad.

Cabe realizarse la misma pregunta acerca del eventual pacto por el que los esposos acuerden retrotraer los efectos de la disolución formal del consorcio al momento en que tenga lugar la ruptura efectiva de su convivencia. En este aspecto, entendemos también que una estipulación de este contenido estaría amparada por la ley. Esta cláusula vendría a clarificar, en nuestra opinión, la aplicación de lo que entendemos que es una norma reconocida por el ordenamiento. Conforme hemos razonado ya, el artículo 1393.3º del Código Civil permite que cualquiera de los esposos pueda solicitar al juez la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento de la separación de hecho, incluso en un escenario de contienda. Siendo ello así, el ordenamiento debería permitir la transacción judicial sobre ese aspecto. Lo permitiría el propio artículo 1394, al referirse a la fecha "*en que se acuerde*", que obviamente puede adoptarse por el juez atendiendo a lo transigido por las partes; y ello aunque tenga lugar en el seno de un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio, atendiendo al artículo 751.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No vemos motivo alguno por el cual ese acuerdo no pueda alcanzarse antes de la crisis y sin intervención de la autoridad judicial.

Adicionalmente, la fecha de separación de hecho como momento desde el cual los esposos pactaran los efectos del fin de su relación ganancial sería común para ambos; en consecuencia, el cese sería potencialmente igual para uno y otro, en lo beneficioso y lo perjudicial. La obligada igualdad entre cónyuges no sufre tensión alguna.

Asimismo, procede extender la cuestión a otras estipulaciones de ese posible convenio, que creemos que sería conveniente incluir para dotar a los cónyuges de un

[1081] MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: op. cit., pág. 209.

régimen consensual adecuado con el que sobrellevar la problemática de la permanencia de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho:

1º) Mecanismos por los que pudiera hacerse vinculante entre los esposos la fecha de inicio de la separación de hecho (por ejemplo, las notificaciones fehacientes dirigidas al otro consorte informándole de la decisión de romper la convivencia marital).

2º) Reglas sobre la administración del patrimonio común obtenido antes de la separación de hecho, así como de sus frutos, tras la ruptura de la convivencia.

3º) Respeto recíproco sobre el carácter exclusivo que tendrían para cada cónyuge los bienes adquiridos con su propio trabajo y sus propios medios tras el cese de la convivencia.

4º) Reglas sobre la responsabilidad definitiva por actos realizados por uno de los esposos durante la separación de hecho que pudieran comprometer frente a terceros los intereses patrimoniales del otro, ante la aparente continuidad de la sociedad ganancial.

5º) Deber de consignar la existencia de la separación de hecho en cualquier escritura pública en la que intervengan los cónyuges, por sí solos o conjuntamente, tras el cese de su convivencia.

6º) Deber de colaboración entre esposos en el otorgamiento de las escrituras que, como consecuencia de la existencia formal del régimen de gananciales, obligue a su intervención conjunta, sin perjuicio de la eficacia *ad intra* del negocio que sea su objeto.

7º) Acuerdos sobre alimentos a favor del cónyuge que los pueda necesitar tras la separación y a favor de los hijos o de familiares dependientes, con sus garantías.

8º) Compromiso de respetar todas las anteriores reglas y sus consecuencias en el momento de la liquidación, principalmente en la formación del inventario[1082].

9º) Posibles acuerdos internos sobre el reparto de los bienes comunes que existieran en el momento de la separación de hecho.

10º) Deber de otorgar capitulaciones matrimoniales acordando la disolución de la sociedad de gananciales a requerimiento de cualquiera de los cónyuges, en el plazo y ante el notario que se convengan.

Creemos que los esposos podrían estipular todos los anteriores pactos si así lo tuvieran por conveniente, u otros de similar naturaleza, siempre que lo hicieran cumpliendo con los requisitos de los contratos (en especial, artículo 1261 del Código) y

[1082] En este sentido, EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Sección quinta: De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte II", *El régimen económico del matrimonio*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 604, afirma que los pactos liquidatorios en previsión de la futura disolución "*son verdaderamente liquidatorios, son lícitos y eficaces, sólo que sometidos a la condición suspensiva de la ulterior disolución* inter vivos *de la sociedad de gananciales*".

con acatamiento de los límites infranqueables que resultan de la Constitución (artículos 14 y 32 principalmente) y del resto del ordenamiento (artículos 1255 y 1328 del Código Civil), según requerimiento general de doctrina y jurisprudencia.

En cuanto a la forma de los concretos acuerdos que tratamos, ha de tenerse en cuenta que su objeto vendría a regular la ruptura de la convivencia matrimonial y sus efectos, e incidiría en la elección, modificación o extinción del régimen económico matrimonial, aunque lo fuera *ad intra*. Entendemos, por tanto, correcto lo que puntualiza sobre este tipo de pactos REYES BENITEZ[1083], que considera que han de hacerse constar en un documento bajo escritura pública. El otorgamiento del acuerdo en previsión de ruptura en escritura pública permite, además, a los esposos, obtener la instrucción notarial sobre el significado y alcance de su compromiso.

Por cierto, el artículo 231-20.1 del Código Civil de Cataluña establece que los pactos de esta naturaleza sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. Esta medida pretende garantizar que la firma del convenio no es consecuencia de la precipitación, la falta de reflexión, la ignorancia, o el temor a frustrar las nupcias ante una eventual negativa de firma de cualquiera de las partes. Dicha previsión puede ser inspiradora para reforzar la validez de los acuerdos que se firmen sobre la materia en otros territorios.

1.2.- Los acuerdos alcanzados durante la separación de hecho

Una vez producida la crisis de convivencia, los esposos también pueden hacer uso de su autonomía de la voluntad para pactar los términos en que deberán desenvolverse sus relaciones económicas y personales en su novedosa situación.

El recurso de los esposos separados de hecho a la articulación de acuerdos privados como instrumento para regular su separación de hecho consta en la literatura jurídica

---

[1083] REYES BENÍTEZ, Gary Nicolás: *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Español. Efectividad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: MARTÍN PÉREZ, Jose Antonio, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2020. Lo indica el autor en el Informe Repositorio, pág. 78. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/145519/Reyes%20Benitez%2c%20Gary%20Nicol%c3%a1s%20%28v.r%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y (fecha de consulta: 6 de marzo de 2025).

Sobre la forma que pueden adoptar estos acuerdos es interesante también la postura de MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 116-117. La autora refiere la aplicación del principio de libertad de forma, pero por efectos prácticos se inclina por recomendar la forma capitular: "*La genérica libertad de forma en materia contractual anudada a la ausencia de una regulación específica de los pactos prematrimoniales lleva a admitir tanto el documento público como el privado para formalizar estos acuerdos. El acuerdo verbal, sin embargo, plantea importantes obstáculos probatorios que desaconsejan su utilización, sobre todo teniendo en cuenta el clima que reinará entre los esposos en el momento en que el acuerdo haya de desplegar sus efectos. Por otra parte, si el pacto afectase a un bien inmueble, lo más conveniente sería el documento público para permitir su acceso al Registro de la Propiedad. Pese a esta genérica validez del documento público y privado, quizá el instrumento idóneo para recoger el acuerdo prenupcial sean las capitulaciones matrimoniales, que parecen ser precisamente la vía generalmente empleada para formalizar el acuerdo (…) en cuanto que se trata de un acuerdo por razón del matrimonio*".

desde momentos históricos remotos. Cuando la sociedad de gananciales estaba concebida como un estatuto imposible de modificar ante la ruptura de la convivencia, esos pactos constituían en realidad el único remedio al que los frustrados esposos podían aferrarse para reglamentar su situación. Hasta que el ordenamiento expurgó la regla de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, la jurisprudencia rechazó la validez de dichos acuerdos por entenderlos contrarios a la ley, al orden público y al deber de convivencia conyugal. Conforme hemos visto ya, la doctrina científica también se mostró recelosa hacia ese tipo de convenios, por idénticos motivos, aunque queda constancia de ciertas prácticas notariales de asesoramiento a esposos en situación de separación de hecho para que reglamentaran su relación económica y personal durante sus vidas independientes.

Los acuerdos privados de contenido económico entre cónyuges separados de hecho gozan hoy de un amplio reconocimiento. En actual panorama normativo, no se cuestiona la validez de este tipo de convenios privados, que nosotros consideramos aptos para que los cónyuges separados de hecho finalicen *ad intra* su relación ganancial, así como entendemos admisible que puedan incluir previsiones que, de manera implícita o expresa, determinen el inicio de tales efectos desde la fecha de la efectiva ruptura.

A nuestro juicio, cabe admitir en Derecho la validez de los convenios conyugales privados que, durante la separación de hecho, incluyan entre sus previsiones la liquidación de la sociedad de gananciales. En particular, la jurisprudencia ha sancionado la validez y carácter vinculante de los convenios reguladores de separación o divorcio no ratificados por los esposos ante la autoridad notarial o judicial, y que tampoco constan solemnizados en escritura pública. Estos documentos suelen recoger pactos liquidatorios que, en ocasiones, pretenden atacarse judicialmente por alguno de los otorgantes mediante el argumento de que, sin mediar ratificación, ni sentencia de separación o divorcio, ni escritura de capitulaciones matrimoniales, la sociedad de gananciales no puede considerarse concluida y, por ende, tampoco procede mantener lo previsto para su liquidación. Contra esa argumentación, se suele oponer la validez del acuerdo como un negocio jurídico de Derecho de familia, al que solo se exige que comprenda los presupuestos del artículo 1261 del Código, añadiéndose que, el carácter constitutivo o *ad solemnitatem* del artículo 1327 del Código Civil, "*correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, es decir, las estipulaciones a través de las cuales los esposos establecen el régimen económico de su matrimonio, modificación o sustitución por otro, más los pactos que tuvieran esa naturaleza capitular*". Aunque, como vemos, la modificación del régimen matrimonial o su sustitución por otro diferente suele salvaguardarse dialécticamente por la propia jurisprudencia como una de las cuestiones requeridas de inexcusable forma pública *ad solemnitatem*, resulta curioso que se haga a veces para, renglón seguido, añadir que, "*a los efectos de tener por disuelta dicha sociedad ganancial, (…) el T.S. ha considerado (…) la posible conclusión efectiva (…) cuando concurre (…) una inequívoca voluntad*

de los cónyuges de poner fin al régimen económico matrimonial, con la separación de hecho"[1084].

Por otra parte, cabe recordar que la jurisprudencia ha considerado incluso suficiente, para entender cesada entre los esposos separados de hecho la sociedad ganancial, la firma de algunos convenios privados en cuyas clausulas ni siquiera se ha previsto expresamente tal cosa. Se trata de acuerdos cuyo cometido es reglamentar las relaciones entre cónyuges que viven efectivamente separados de hecho y cuyas previsiones revelan de manera implícita la voluntad de finalizar la relación ganancial. En este sentido, es ilustrativa la STS de 29 de mayo de 2023. Aunque la resolución subraya -una vez más- que, "*mediante un documento privado no puede disolverse el régimen económico matrimonial, para lo que sería necesario el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en escritura pública*", entiende que su contenido es "*revelador de una voluntad de separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida, lo que permite tomarlo en consideración a la hora de la liquidación de gananciales*"[1085].

Obviamente, entendemos que, en la medida en que esos convenios permanezcan al margen de conocimiento de terceros, serán absolutamente inoponibles a éstos.

Por lo demás, la solución más lógica y coherente en nuestro sistema para los cónyuges separados de hecho que, de mutuo acuerdo, consideran conveniente cesar en esa situación de ruptura de convivencia su sociedad ganancial, será la de otorgar capitulaciones matrimoniales.

2.- LA CONCILIACIÓN

La conciliación constituye una vía de solución de conflictos jurídicos que permite a las partes dirimir una controversia sin necesidad de acudir a juicio. Se trata de un medio alternativo de solución de conflictos, como son el arbitraje y la mediación.

A diferencia de lo que sucede con el arbitraje, en la conciliación las partes no se someten a la decisión de un tercero. En ésta, no existe un tercero dirimente con autoridad para imponer una resolución a los antagonistas[1086]. Se ha dicho que el tercero a quien acuden las partes en la conciliación interviene en el proceso como un mero

[1084] Entre otras muchas en este sentido puede verse la SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2006, que recoge amplia cita de precedentes.

[1085] La sentencia se refiere a un convenio de separación, que incluía compromisos económicos a cargo del esposo respecto de las hijas comunes, la atribución del uso de la vivienda ganancial, así como el pago de una pensión compensatoria a favor de la esposa, merece ser valorado, como ha hecho la Audiencia, como revelador de una voluntad de separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida, lo que permite tomarlo en consideración a la hora de la liquidación de gananciales.

[1086] Tal como explica PRADOS RAMOS, Luis: *Guía práctica de las conciliaciones ante Notario*. 9 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.notarialuisprados.com/guia-practica-de-las-conciliaciones-ante-notario/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), el tercero conciliador que interviene con las partes no tiene en su conflicto "capacidad decisoria".

órgano de apoyo o asistencia, que asume las funciones básicas de intentar avenirlas a un posible acuerdo y de formalizar el mismo en caso de que se alcance, o de constatar su intento con el resultado de la posible incomparecencia o frustración. Así, la conciliación constituye, como la mediación, un posible recurso para la solución de conflictos jurídicos de naturaleza autocompositiva, de la que, sin embargo, podría distinguirse por algunas notas características[1087]. Tras la publicación de la Ley Orgánica 1/2025 ha dado un mayor contenido y desarrollo a la conciliación, definiendo mejor sus perfiles a través de la descripción de las funciones que confía a la persona conciliadora, que "*son, esencialmente:*

a) Realizar una sesión inicial informando a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la conciliación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar.

b) Gestionar por sí misma, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen.

c) Documentar un acta de inicio de la conciliación, firmada por todas las partes, delimitando el objeto de la controversia, los honorarios y si las partes van a comparecer por sí mismas o asistidas de letrado, letrada o representante legal.

d) Presidir las reuniones de las partes y dirigir todos los trámites del proceso de conciliación, bien sea personalmente o por medio de instrumentos telemáticos.

e) Dar la palabra de forma ordenada y equitativa a cada una de las partes, pudiendo realizar las sesiones conjuntas o individuales que estime pertinentes.

f) Poner de manifiesto a las partes las dimensiones extrajurídicas de la controversia y las ventajas que pueden obtenerse si se alcanza un acuerdo razonable.

g) Formular directamente a las partes posibles soluciones e invitarlas a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común.

[1087] PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: *La conciliación.* 11 de abril de 2016. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/6509-la-conciliacion (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), ha incidido también en algunas diferencias existentes, en su opinión, entre la conciliación y la mediación. Sobre ello, destaca, en primer lugar, que el tercero que acompaña a las partes en la conciliación es una autoridad pública. Como segunda diferencia, señala que la técnica empleada por el mediador es la de negociación, frente a la técnica propia del conciliador, que es un profesional del Derecho. Otra diferencia estribaría en su opinión en el distinto ámbito de ambas instituciones, ya que la conciliación estaría concebida para solucionar problemas jurídicos de carácter patrimonial, de menor complejidad y en la que se pueda obtener una solución razonable en un breve plazo, mientras que la mediación sería más útil para desbloquear conflictos con un elevado factor emocional o psicológico, o de connotaciones empresariales o estratégicas que pudieran demandar el empleo de técnicas de negociación.

h) En el caso de que exista acuerdo total o parcial de las partes en el desarrollo del proceso de conciliación, requerir a las abogadas y los abogados de las partes, si estuviesen participando en el proceso, para que supervisen el acuerdo.

i) Elaborar un acta final en el que se recoja la propuesta sobre la que existe acuerdo total o parcial y firmar en su calidad de persona conciliadora dicho acuerdo junto con las partes y sus abogados y abogadas o representantes legales si estuviesen participando en el proceso.

j) En caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación.

k) Si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita".

La figura goza de una cierta tradición en nuestro ordenamiento. Según el preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, su título IX pasaba a contener el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta nueva Ley lo que hasta ese momento seguía regulando la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Su exposición de motivos se refería así a los actos de conciliación que la citada Ley confiaba a letrados de la Administración de Justicia y jueces de paz en sus artículos 139 y siguientes. La misma Ley de la Jurisdicción Voluntaria incorporaba una disposición final undécima, por la que se procedía a modificar la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado. Se agregaba a ésta un nuevo título VII, con rúbrica "*Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*". Su capítulo VII -artículos 81 a 83- se refiere precisamente a los entonces novedosos expedientes de conciliación ante Notario. Por otra parte, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria incorporaba también una disposición final duodécima, por la que procede a la modificación de la Ley Hipotecaria; en su apartado dos agregaba un nuevo título IV bis a dicha Ley, cuyo artículo 103 bis recogía la también entonces novedosa conciliación registral.

Así las cosas, el ordenamiento español permite recurrir a diferentes autoridades para promover la solución de los conflictos de naturaleza civil a través de la conciliación. Todas estas normas han sido reiteradas en su vigencia por la Ley Orgánica 1/2025, en su artículo 14, que además introduce una nueva modalidad de conciliación, que es la conciliación privada, a la que dedica su artículo 15. En este caso, la persona conciliadora no es una autoridad pública, sino un particular a quien se exige cumplimentar algunos requisitos que pretenden garantizar su adecuación profesional al desempeño y responsabilidades de la función que se le confía[1088].

[1088] Conforme al artículo 15.2 de la Ley Orgánica 1/2025, "*para intervenir como persona conciliadora se precisa:*

a) Estar inscrita como ejerciente en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, economistas, notariado o en el de registradores de la propiedad, así como, en su caso, en cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente; o bien estar inscrita como persona

La Ley contempla la conciliación como un mecanismo de considerable amplitud objetiva para la solución de conflictos civiles. De hecho, el Título IX de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria la presenta como una vía de solución general para la salida negociada de cualquier controversia privada, al establecer que se podrá intentar la conciliación "*para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito*", exceptuando únicamente algunos supuestos puntuales, en los que el ordenamiento limita el poder de disposición de las partes. En este sentido, el artículo 139.2 de la Ley precisa que no se admitirán a trámite peticiones de conciliación que se formulen en relación con los juicios en que estén interesados los menores y las personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza; el proceso de reclamación de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados; y, en general y a modo de cláusula de cierre, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

El posible ámbito objetivo de los expedientes de conciliación notarial coincide básicamente con los que se regulan ante la autoridad del juez de paz o el letrado de la administración de Justicia. Así, el artículo 81.1 de la Ley del Notariado dispone que podrá realizarse ante Notario "*la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial*", a lo que añade una precisión relevante en lo que afecta a nuestro estudio:

"*La conciliación podrá realizarse sobre cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible*".

El artículo 81.2 de la Ley del Notariado excluye del posible ámbito de la conciliación notarial los mismos supuestos previstos en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria[1089].

La conciliación registral presenta un ámbito mucho más reducido. El artículo 103 bis.1 de la Ley Hipotecaria lo acota de manera significativa, disponiendo que los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o

---

mediadora en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas.

b) Ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional.

c) En el caso de que se trate de una sociedad profesional, deberá cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio, debiendo cumplir la persona que actúe como conciliadora los requisitos exigidos en este precepto".

[1089] Se excluyen también las cuestiones previstas en la Ley Concursal, que "*no podrán conciliarse siguiendo este trámite*".

actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial[1090].

En cuanto a la conciliación privada, el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 1/2025 se limita a describir que "*toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le corresponden en defensa de un derecho, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociadora tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar*". Sus límites son los que la propia Ley Orgánica 1/2025 establece con carácter general a todos los medios adecuados de solución.

Atendiendo a todo lo anterior, parece claro que, con carácter general, llegada la separación de hecho, el cónyuge que pretenda poner fin a su sociedad de gananciales a causa de la ruptura de la convivencia, puede intentar el ejercicio de dicho derecho mediante una intimación dirigida a su consorte, requiriéndole para que comparezca a celebrar un acto de conciliación en el que avenirse a su solicitud. El ordenamiento también permitiría una conciliación relativa a la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad ganancial al momento de la ruptura de su convivencia, al menos entre las partes.

Obviamente, en aquellos conflictos en los que al menos uno de los esposos sea una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la vía de la conciliación no será posible, atendiendo a lo que disponen los artículos 81.2 de la Ley del Notariado y 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. En cualquier otro caso, los conflictos que planteamos como hipótesis presentan un claro objeto familiar, que, por una parte, es perfectamente incardinable en el ámbito del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y, por otra, está además expresamente contemplado como tal en el artículo 81.1 de la Ley del Notariado[1091].

La propia jurisprudencia, como hemos destacado ya, ha incidido en el amplio margen de discrecionalidad de las partes para disponer sobre esta específica materia[1092], que tampoco puede entenderse comprendida por su objeto en ninguna de las exclusiones dispuestas en los artículos 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 81.2 de la Ley

[1090] Las cuestiones previstas en la Ley Concursal tampoco podrán conciliarse siguiendo este trámite.

[1091] "*La conciliación se puede aplicar por tanto en prácticamente cualquier ámbito de nuestra vida, tanto personal como profesional, siempre que los conflictos sean de Derecho privado*". REDACCIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA: "La conciliación ante notario", *Escritura Pública*, Número Septiembre/Octubre 2015, pág. 69.

[1092] Sobre ello, reiteramos lo destacado en su momento acerca de la STS de 5 de abril de 2022.

del Notariado, en particular en la cláusula de cierre relativa a las materias no susceptibles de transacción ni compromiso[1093].

Por lo demás, el hecho de que la extinción de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho esté concebida en el artículo 1393.3º del Código Civil como una causa de disolución judicial, no empaña la posible validez y eficacia de un acuerdo en conciliación sobre esa materia. En el propio procedimiento judicial que pudiera iniciarse a ese solo fin, las partes podrían alcanzar una transacción (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o pedir la suspensión para intentar una negociación que, naturalmente, podría articularse mediante una conciliación[1094]. De concluir ésta con avenencia, el acuerdo alcanzado extinguiría el conflicto, impidiendo la continuación del proceso, al que además pondría fin, precisamente, una resolución del letrado de la Administración de Justicia (artículo 22.1 de la Ley procesal civil), que es una de las autoridades a quienes el ordenamiento, en el ámbito judicial, confía solemnizar la conciliación.

Ya en otro orden de cosas, mientras los artículos 141 a 148 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria regulan con un cierto detalle las reglas por las que habrá de seguirse el procedimiento de conciliación, la doctrina ha subrayado la parquedad de la Ley del Notariado al respecto[1095], apreciación ésta que podría hacerse extensiva a la conciliación registral regulada en la Ley Hipotecaria.

[1093] Sin perjuicio de lo que desarrollaremos más adelante sobre esta cuestión, la acción a la que se refiere el artículo 1393.3º del Código Civil no da lugar, por sí misma, a ninguno de los procedimientos regulados en el vigente título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo capítulo IV se refiere a los "procesos matrimoniales y de menores". A pesar de lo que podría entenderse de una lectura precipitada de la rúbrica, el artículo 770 limita claramente dicha regulación a los procedimientos derivados de demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil. El objeto de la demanda de disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho es diferente al de ese tipo de conflictos. Por ello, un eventual procedimiento judicial en el que se planteara exclusivamente su discusión no quedaría afectado por las limitaciones impuestas por el artículo 751 de la Ley de ritos al principio dispositivo. Es más, de discutirse esta acción en el ámbito del procedimiento de separación, nulidad o divorcio –lo que entendemos perfectamente posible-, entendemos que ese concreto aspecto del debate quedaría entre los contemplados por su artículo 751.3, que el legislador permite que puedan ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del título I del Libro I de la Ley.

[1094] Plantea esta posibilidad BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel: "La conciliación como alternativa a la solución jurisdiccional al conflicto en el ámbito civil: trayectoria y nuevas perspectivas", *La Administración de Justicia en España y en América. José Martín Ostos (Liber Amicorum)*, Dir. MARTÍN RÍOS, Pilar y PÉREZ MARÍN, María Ángeles, Astigi Editorial, Sevilla, 2021, págs. 214-215.

[1095] Ante esa realidad, MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: *La conciliación notarial una herramienta útil de resolución de conflictos*. 4 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.lawyerpress.com/2020/05/04/la-conciliacion-notarial-una-herramienta-util-de-resolucion-de-conflictos/ (fecha de consulta: 1 de marzo de 2025), constata que "*falta especificar aún más la forma de actuar en estos instrumentos*", y explica que "*por esta razón se suelen iniciar mediante un acta previa que da inicio al expediente, en la que las partes deben requerir al notario, dado el carácter rogado de la actuación notarial donde deben indicar al fedatario en el asunto objeto de conciliación, los pormenores de la disputa y el procedimiento que seguirá por todos los implicados, incluyendo el notario dejando fiel reflejo de dichas actuaciones por diligencias en el acta. Es interesante destacar que, las partes, pueden*

En cualquier caso, el cónyuge solicitante de la conciliación deberá exponer detalladamente a la autoridad ante la que intervenga su pretensión de que se declare extinguida su sociedad ganancial, como consecuencia de su separación de hecho. Si además pretende que los efectos se remonten a la fecha de la efectiva ruptura, la solicitud deberá reflejarlo así, concretando aquélla. El solicitante podrá acompañar los documentos que justifiquen sus pretensiones. Obviamente, el solicitante deberá identificarse y pedir que se notifique su solicitud al otro cónyuge, de quien deberá facilitar sus datos.

La forma del acto que recoja la posible avenencia de las partes dependerá de cuál sea la autoridad que conozca de la solicitud de conciliación:

1º) Cuando la conciliación se celebre ante el juez de paz o el letrado de la administración de Justicia, el eventual acuerdo se hará constar detalladamente en un acta que firmarán los comparecientes[1096]. El letrado de la administración de Justicia dictará decreto o el juez de paz dictará auto haciendo constar la avenencia[1097].

2º) En caso de que el acto tenga lugar ante notario, si hubiere conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en escritura pública todo cuanto acuerden[1098].

3º) Si la conciliación la preside el registrador, la Ley se limita a indicar que éste certificará la avenencia entre los interesados[1099].

4º) En la conciliación privada, según se desprende del artículo 16.i) de la Ley Orgánica 1/2025, se elaborar un acta final donde se recoge la propuesta sobre la que existe acuerdo total o parcial, que se firma por la persona conciliadora junto con las partes y sus abogados y abogadas o representantes legales si estuviesen participando en el proceso.

En todos los supuestos, la Ley sanciona el carácter vinculante del acuerdo alcanzado por las partes en la conciliación y el valor ejecutivo del documento en que se recoja. Así:

---

acudir con sus respectivos abogados, extremo que puede ser muy conveniente si se trata de resolver controversias jurídicas". A juicio de este autor, "*el notario tiene que desempeñar un papel activo para tratar de avenir a las partes, participando activamente en el desarrollo de las sesiones –que pueden ser varias- intentando en todo momento poner cordura, por así decirlo, en las pretensiones jurídicas de los interesados. Sería conveniente, además, que los notarios realizasen algún curso de técnicas en mediación que, sin duda, les ayudarán a desarrollar habilidades para desempeñar mejor su labor conciliadora*".

[1096] Artículo 145.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

[1097] Artículo 145.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

[1098] Artículo 82.2 de la Ley del Notariado.

[1099] Artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

1º) En la conciliación celebrada ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el juez de paz, el testimonio del acta junto con el del decreto o el auto en que se haga constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución, a los efectos previstos en el artículo 517.2.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1100].

Además, la Ley precisa que, "*a otros efectos*"[1101], lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne. Este último énfasis presenta especial relevancia. El acuerdo sobre la extinción de la sociedad de gananciales y la fecha del cese de sus efectos podría estar excluido, como tal, de una "*ejecución propia*", dado que el artículo 517.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. Por ello es relevante que el legislador dedique una norma a enfatizar el carácter vinculante de los acuerdos que, por su objeto, no puedan realizarse directa o completamente por la vía de la ejecución, como podría ser un acuerdo por el que se tiene por extinguida la sociedad de gananciales, o se pacta una fecha de retroacción.

2º) En cuanto a la escritura pública notarial que formalice la conciliación, la Ley le atribuye similares efectos. La escritura gozará, "*en general*", de la eficacia de un instrumento público y, aparte, estará dotada, "*en especial*", de eficacia ejecutiva en los términos del número 9º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley procesal civil[1102].

3º) El acuerdo alcanzado ante el registrador tendrá para las partes el valor de un contrato y quedará recogido en un documento público como es la certificación del registrador[1103]. Ello no obstante, el acuerdo no será necesariamente inscribible, pues el registrador deberá proceder posteriormente a su calificación a los efectos de su posible inscripción[1104].

4º) Para que tenga valor de título ejecutivo el acta en el que se recoja el acuerdo alcanzado en la conciliación privada, con arreglo al artículo 13.2 de la Ley Orgánica

[1100] Artículo 147.1, párrafo primero, de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

[1101] Artículo 147.1, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

[1102] Así lo dispone el artículo 83.1 de la Ley del Notariado. Como subraya PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: op. cit. loc. cit., la eficacia de la escritura de conciliación no se limita a la ejecución de deudas de dinero, sino que se extiende a cualquier obligación, sea de dar, hacer o no hacer alguna cosa. El autor incluso considera posible admitir que se utilice la escritura de conciliación para que las partes obtengan un título extrajudicial "*sin necesidad de que exista una litis entre ellos*", simplemente para asegurar su posición jurídica.

[1103] https://www.registradores.org/conciliacion-registral.

[1104] *Vid*, sobre ello, SANCHO DÍAZ, Raquel; POSADA DE GRADO, Carmen y RODRIGO LAVILLA, María del Pilar: La conciliación registral. Disponible en: https://www.registradoresdemadrid.org/novedades/LA-CONCILIACION-REGISTRAL-1399 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

1/2025, habrá de ser elevada a escritura pública, o ser homologada judicialmente cuando proceda.

En nuestra opinión, el intento frustrado de alcanzar un acuerdo de conciliación sobre la ruptura efectiva de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación hecho existente entre los cónyuges, será en principio prueba suficiente para acreditar ante el juez la existencia de la separación de hecho desde la fecha de solicitud del requerimiento.

3.- LA MEDIACIÓN

En España, el marco jurídico general de este medio de solución adecuado lo constituye la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Junto a dicha ley, en el ámbito territorial autonómico han proliferado también numerosas normas que regulan específicamente la mediación familiar[1105]. La Ley Orgánica 1/2025 reconoce plena validez, a los efectos de lo que persigue, a todo el conjunto normativo resultante[1106].

Conforme al artículo 1 de la Ley 5/2012, la mediación es un medio de solución de controversias en el que partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí

[1105] En realidad, como apuntaron ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Número 2, 2015, pág. 791, "*ha sido la legislación autonómica (...) la que, anticipándose a la regulación estatal (...), ha ido contemplando la técnica de la mediación como alternativa a la vía judicial en la solución de conflictos, planteando su operatividad concreta en el ámbito familiar*". En Andalucía, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En Aragón, la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón. En Asturias, la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar. En Canarias, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar. En Cantabria, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En Castilla La Mancha, la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. En Castilla y León, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. En Cataluña, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. En la Comunidad Valenciana, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana. En Galicia, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar. En las Islas Baleares, la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears. En Madrid, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. En País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar.

[1106] Sobre esto, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La eficiencia…, ibid., apunta que "*puede quedar acreditado el cumplimiento del requisito de procedibilidad, si se demuestra que se ha intentado un MASC reconocido por una Ley de una Comunidad Autónoma. Pero ha de matizarse: solo si, de acuerdo con los criterios que determinan la competencia territorial de los tribunales para conocer del litigio, corresponde a los Tribunales de una Comunidad Autónoma cuyas leyes reconozca un MASC no previsto por la Ley Orgánica 1/2025. Lo anterior supone que el Estado, en una materia de su competencia exclusiva (derecho procesal, art. 149.3CE), atribuye efectos a las "actividades negociadoras" de las partes previstas y reguladas por las Leyes de las Comunidades Autónomas (p.e. Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña o de Mediación familiar del País Vasco) a fin de poder tenerse por cumplido el requisito de procedibilidad"*.

mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Destaca, por tanto, en la mediación, esa nota de autocomposición que la caracteriza como posible recurso para la solución de conflictos jurídicos. Podría afirmarse que las partes son las protagonistas únicas en la mediación y, precisamente para serlo, se valen del apoyo del mediador[1107]. Siendo ello así, resulta también claro que es la presencia del mediador en ese proceso negociador lo que distingue la mediación de la mera negociación directa entre dos o más personas involucradas en un conflicto jurídico.

Sobre la figura del mediador, merece traerse algún apunte.

En cuanto a su rol en el proceso de mediación, como explica PRATS ALBENTOSA[1108], el mediador "*no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de superar por sí mismas y del mejor modo la situación conflictiva en la que se encuentran. De esta forma, y en primer término, las partes enfrentadas se relacionarán a fin de mejorar su comunicación, pues así deben procurar hallar por sí mismas la salida a su disputa. Para este objeto pueden valerse del auxilio de un tercero, cuya función en absoluto se justifica porque deba darles una solución, ni porque deba lograr que se avengan, o porque el procedimiento de mediación deba finalizar con el acuerdo. Al contrario, el adecuado cumplimiento de su menester debe alejarse de esa «tentación»*".

La anterior descripción se ajusta, como podemos comprobar, a lo que dispone el artículo 8 de la Ley en cuanto a que "*las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación*". También responde a lo que requieren los apartados 1 y 2 del artículo 13 de la Ley al disponer que el mediador "*facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes*", así como que "*desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes*".

La función que desarrolla el mediador exige recibir formación específica para desarrollarla con eficiencia. Tan es así que la propia exposición de motivos de la Ley 5/2012 destaca que el mediador ha de tener una formación general "*que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir*". El artículo 11.2 de la Ley requiere al mediador "*estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad*

[1107] Por eso, afirma PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pág. 29, que, el mediador, "*pretende la mejora de la comunicación entre los enfrentados y, sobre todo, con relación a la cuestión que les distancia*".

[1108] PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La nueva… cit., pág. 28.

mediadora en cualquier parte del territorio nacional". La Ley, en su artículo 12, confía a la Administración el deber de velar por la adecuada y continua formación de quienes actúen como mediadores.

PRATS ALBENTOSA ha puesto en valor el esfuerzo del notariado por involucrarse en el desarrollo y acercamiento al ciudadano de este medio de solución de controversias[1109].

El artículo 10 de la Ley 5/2012 lleva por rúbrica "[l]as partes en la mediación", aunque el contenido del precepto no se refiere especialmente a éstas, sino a las pautas que han de guiar su actuación o al posible planteamiento de una declinatoria en caso de que, antes de finalizar la mediación una de las partes ejercite contra la otra una acción judicial.

Con carácter general, los esposos involucrados en el conflicto que estudiamos en esta tesis pueden ser parte en una mediación, que podría versar, exclusivamente o junto a otras cuestiones[1110], sobre la disolución de la sociedad de gananciales y su fecha de efectos. Ello no obstante, en el supuesto de que uno de los cónyuges fuera una persona con discapacidad, habrá de observarse lo que previene la Disposición adicional cuarta de la ley 5/2012, que lleva por título "*Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*". Según este precepto, los procedimientos de mediación deberán garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. A tal fin, deberán atenerse a lo dispuesto en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. En especial, se deberá garantizar la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso.

A diferencia de lo que sucede con la conciliación, la Ley 5/2012 sí regula los hitos del procedimiento de mediación. Ciertamente, su artículo 10.1 permite que la mediación se organice del modo que las partes tengan por conveniente, siempre que ello se haga con respeto a los principios establecidos en la Ley. Ello no obstante, creemos que, al disponer de un marco procedimental general, la Ley facilita la actuación del mediador, y

[1109] PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La eficiencia…, ibid., explica que "*los Colegios notariales, interpretando tanto la intención de la LJV, así como la de mediación de 2012, constituyeron fundaciones (p.e. Fundación Notarial SIGNUM y Mediació o Solutio litis) para que, a través de las mismas, los notarios, en tanto que profesionales del Derecho, ofreciesen a la ciudadanía servicios de mediación y conciliación y, en general, su apoyo en la solución extrajudicial de conflictos, en cuyas técnicas no solo se han venido formando desde entonces, si no que, respecto de ellas, han consolidado una experiencia práctica consistente*".

[1110] Y es que, como apunta RODRÍGUEZ LLAMAS, María Sonia: "La llei 7/2001, de 26 de novembre, de mediació familiar de la Comunitat Valenciana", *Revista Electrónica de Derecho civil Valenciano*, Número 8, 2010, las cuestiones que surgen en el conflicto familiar son casi siempre diversas y conviene tratarlas conjuntamente en un mismo proceso de mediación que permita su solución integral.

permite a las partes aproximarse a ella con menos recelo y con posibilidades de mayor preparación. Asimismo, la regulación de un procedimiento específico garantiza el cumplimiento de unos estándares y la exigencia de que se cumplan ciertas formalidades que le confieren seguridad jurídica y solemnidad.

El procedimiento se desarrolla en el Título IV de la Ley 5/2012, en sus artículos 16 a 24. Sus hitos principales son la solicitud de inicio (artículo 16), la sesión inicial (artículo 17), la sesión constitutiva (artículo 19), las sesiones posteriores de mediación (artículo 21) y la terminación, que podrá ser con o sin acuerdo (artículos 22 y 23). La ley regula también su duración (artículo 20) y la posibilidad de recurrir a medios telemáticos (artículo 24)[1111].

[1111] Una descripción del procedimiento nos la ofrece SANGÜESA CABEZUDO, Ana M.: *El procedimiento de Mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Disponible en: https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-45//332-el-procedimiento-de-mediacion-en-la-ley-5-2012-de-6-de-julio-0-966822486339903 (fecha de consulta 31 de mayo de 2025): "*II.- La solicitud de inicio del procedimiento tiene lugar de común acuerdo entre las partes, o por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación. En el primer caso, la solicitud debe realizarse por ambas partes, dirigida al mediador o a una institución de mediación, con indicación del lugar en el que se han de desarrollar las sesiones y la lengua de las actuaciones. En el caso de que la mediación tenga lugar en el curso de un procedimiento judicial las partes podrán pedir la suspensión, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 19.4, 415.1 y 440.1). Una vez que se recibe la solicitud de mediación, el mediador cita a las partes a una sesión informativa, siendo carga de las partes acudir a la misma, ya que la incomparecencia injustificada comporta un desistimiento tácito. En esta sesión, el mediador informa a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.*

III.- El procedimiento se inicia con la sesión constitutiva, en la que las partes plasman su voluntad de desarrollar la mediación. La Ley exige dejar constancia de los siguientes elementos y circunstancias: La identificación de las partes, la designación del mediador (o institución de mediación) o la aceptación del designado por una de las partes; El objeto del conflicto; El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; La información del coste de la mediación o las bases para su determinación (con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos); La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; El lugar de celebración y la lengua del procedimiento. La sesión se documenta en un acta que será firmada por las partes y el mediador o mediadores. En otro caso, en el acta se dejará constancia de haberse intentado sin efecto la mediación. El desarrollo del procedimiento tiene lugar mediante la intervención de las partes y el mediador, que dirige las sesiones y facilita la exposición y acercamiento de posiciones, desde los principios de igualdad y equilibrio. Se prevé expresamente que las sesiones entre mediador y las partes tengan lugar de forma simultánea o no; no obstante, el mediador debe comunicar a todas las partes las reuniones que tenga por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado. La Ley prevé que la duración del procedimiento sea lo más breve posible, y que se desarrolle bajo el principio de concentración de actuaciones. Al mismo tiempo posibilita la celebración de la mediación a través medios electrónicos, videoconferencia u otros análogos, siempre que quede debidamente garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación establecidos en la Ley (voluntariedad, libre disposición, igualdad e imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, lealtad y buena fe). En particular, cuando se trate de asuntos de pequeña cuantía (hasta 600 euros), se recomienda a las partes el desarrollo de la mediación a través de medios electrónicos.

IV.- El procedimiento puede terminar con o sin acuerdo, ya que todas las partes conservan el derecho a dar por terminadas las actuaciones, mediante comunicación al mediador. El acta final determina la conclusión del procedimiento, con indicación de los acuerdos alcanzados, o de la finalización por cualquier otra causa (por falta de acuerdo, por transcurso del plazo máximo, existencia de posiciones

El acuerdo que puedan alcanzar las partes con la asistencia del mediador tendrá para éstas carácter vinculante y podrán formalizarlo en escritura pública[1112].

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación se ejecutarán ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación[1113].

4.- EL ARBITRAJE

Conforme a la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje[1114], son susceptibles de someter a este medio de solución de conflictos las controversias sobre materias de libre disposición. Por ello, aunque el Derecho de familia comprende diversas materias sujetas a normas de *ius cogens* y necesariamente sometidas a la decisión de la autoridad judicial en caso de conflicto, la doctrina considera que, exceptuando aquéllas, muchas de sus cuestiones controvertidas sí pueden dirimirse por la vía arbitral[1115]. Generalmente, las materias que suelen proponerse como posible objeto de arbitraje son las de contenido patrimonial que afectan exclusivamente a los esposos en el seno del matrimonio. Muy en particular, existe un amplio consenso en que los aspectos relacionados con la liquidación de la sociedad de gananciales pueden someterse a la solución arbitral. Sobre ello se han manifestado abiertamente autores como ALEJÁNDREZ PEÑA[1116], CULEBRAS LLANA[1117] o MUNNÉ CATARINA[1118].

---

irreconciliables apreciada por el mediador, renuncia del mediador o rechazo de las partes al designado, cuando no se llegue a nombrar otro). El acta final se firmará por todas las partes y por el mediador, y se entrega un ejemplar a cada una de ellas. La Ley dedica un precepto específico al acuerdo de mediación para regular su contenido, que se circunscribe a las circunstancias de identidad y domicilio de las partes y del mediador, fecha y lugar en el que se suscribe, las obligaciones que asumen las partes, y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las disposiciones legales. Se subraya que el acuerdo debe firmarse por las partes o sus representantes, acentuando el carácter contractual de la mediación y sus efectos vinculantes, y que las mismas podrán instar su elevación a escritura pública con el fin de configurar el acuerdo como título ejecutivo. Lo convenido queda sujeto a acción de nulidad por las mismas causas que los contratos".

[1112] Artículo 23 de la Ley 5/2012 y artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica 1/2025.

[1113] Artículo 26 de la Ley 5/2012.

[1114] Artículo 2.1.

[1115] En este sentido, la SAP de Granada de 8 de abril de 2008, afirmó que, "*[e]n Derecho de Familia las normas que lo regulan, al igual que el Derecho de las Personas, tienen, por lo general, la consideración de orden público, o, en otras palabras, los derechos de familia son, por lo común, inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, lo que significa la no arbitrabilidad de las cuestiones relativas al matrimonio, paternidad, filiación, alimentos, relaciones paterno-filiales, tutela, etc.*".

[1116] ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro: *Liquidación de bienes gananciales: aspectos prácticos, procesales y sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 90.

La sumisión de una controversia a arbitraje exige que las partes formalicen el correspondiente convenio arbitral. El objeto de dicho convenio es precisamente recoger la voluntad de las partes de someter a arbitraje la resolución de un conflicto.

El convenio arbitral deberá revestir en cualquier caso forma escrita, por imperativo del artículo 9.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Aunque el acuerdo podría recogerse en cualquier soporte escrito susceptible de ser firmado por las partes, o de reflejar de cualquier otro modo su aceptación por éstas, las capitulaciones matrimoniales pueden recoger el convenio arbitral. Si los esposos firman pactos en previsión de una futura crisis matrimonial en cualquier otro soporte, el convenio arbitral también podrá incorporarse a los mismos.

Con todo, es dudoso que, en el sistema legal español, un árbitro designado por las partes pueda declarar válidamente por medio de un laudo la disolución de la sociedad de gananciales de un matrimonio, por apreciar que concurre la circunstancia prevista en el artículo 1393.3º del Código Civil. Tal posibilidad no se encuentra recogida entre las diferentes alternativas que ofrecen los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, y es obvio que este último precepto confía esa decisión a la autoridad judicial. Siendo la disolución de la sociedad de gananciales el efecto de una serie de causas expresamente recogidas en el ordenamiento, la respuesta negativa encuentra en ello un argumento. Ello no obstante, cabría cavilar en sentido contrario, para concluir que, si la Ley permite a los esposos modificar su régimen matrimonial por la vía del consenso conforme al artículo 1392.4º del Código Civil, la sumisión de las partes a un laudo podría entenderse amparada también en esa misma autonomía de la voluntad.

Como indicamos, la cuestión es dudosa, aunque nos inclinamos por la respuesta afirmativa[1119]. Los cónyuges puedan formalizar un convenio arbitral confiando a un árbitro -o institución arbitral- la decisión de declarar la disolución de la sociedad de gananciales si verifica que se ha producido una separación de hecho sobre cuya existencia se produzca controversia[1120]. Nada debería impedir que, de declararse la disolución en el laudo, ambas partes pudieran compelerse entre sí a su cumplimiento,

---

[1117] CULEBRAS LLANA, Irene: *El Arbitraje en la Sociedad de Gananciales*. Junio de 2008. Disponible en: https://www.sea-arbitraje.org/arbitraje_sociedad_gananciales.php (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

[1118] MUNNÉ CATARINA, Frederic: "El arbitraje en los procesos de familia", *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, VVAA, Coord. MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (de), Bosch, Barcelona, 2018, pág. 396.

[1119] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios a…* cit., pág. 1787, también comparte que el espíritu del precepto permitiría la solución arbitral de la discusión de los cónyuges sobre la existencia de la causa de la disolución de la sociedad ganancial, aunque comparte que genera dudas al respecto que el artículo se refiera a la "*decisión judicial*".

[1120] CABEDO SERNA, Llanos: op. cit., entiende que la posibilidad de transigir o someter a arbitraje la disolución de la sociedad de gananciales sólo es posible en los supuestos del artículo 1393, excluyendo los del apartado 1º.

otorgando la correspondiente escritura de capitulaciones, cuyo objeto podría ser sencillamente el de finalizar la sociedad ganancial. Así lo permite el artículo 1435.2º del Código. LLANOS CABEDO entiende que el laudo que acordara la disolución de la sociedad de gananciales produciría entre las partes eficacia de cosa juzgada y podría ejecutarse, según lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje.

En cualquier caso, las dudas podrían plantearse en cuanto a la posible validez y posibilidad de inscripción de un laudo que declarara la disolución de una sociedad de gananciales por la causa prevista en el artículo 1393.3º del Código Civil, acordando sus efectos desde la fecha de la separación de hecho conforme a su artículo 1394. Creemos que si el conflicto se planteara a los meros efectos de extinguir los efectos de la sociedad *inter partes*, no debería oponerse objeción alguna a tal posibilidad, pues se trataría de un negocio jurídico privado entre los cónyuges.

Lo que sí admite la doctrina de manera clara es la posibilidad de que los esposos que se separan o divorcian de mutuo acuerdo incluyan una cláusula arbitral en su convenio regulador, para resolver cuestiones que pudieran quedar pendientes, o todas las futuras controversias que no hayan sido cerradas en dicho documento y que sean de libre disposición[1121]. Este podría ser el caso de los esposos que, solicitando su separación legal o divorcio de mutuo acuerdo, o haciéndolo uno con el consentimiento del otro, presentan un convenio regulador en el disuelven su sociedad de gananciales, reservando para el momento de la liquidación la decisión de su fecha efectiva, atribuyendo a un árbitro la potestad de concretarla en un futuro procedimiento contradictorio.

5.- OTROS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Excede del objeto de nuestro estudio realizar un análisis pormenorizado de las restantes figuras concebidas por la Ley Orgánica 1/2025 como medios adecuados de solución de controversias. Aun con ello, creemos necesario hacer al menos una referencia expresa a los medios que, junto a la mediación y la conciliación, han sido reconocidos como vías adecuadas para la negociación y posible resolución de los conflictos jurídicos sobre las cuestiones que nos vienen ocupando.

5.1.- La realización de oferta vinculante

El artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2025 recoge, como medio expresamente previsto para la solución de controversias por vía extra judicial, la posible remisión de una oferta

[1121] Así, MUNNÉ CATARINA, Frederic: "El arbitraje…, cit., pág. 397. En torno a esta misma idea, en foros autorizados en la materia se ha planteado que, "*encontrándonos en una situación en la que la administración de justicia española se ve al borde del colapso, lo más razonable y útil es acudir al arbitraje en determinados asuntos. Así, es necesario introducir el arbitraje en procedimientos de familia, por ejemplo, mediante clausulas arbitrales en convenios reguladores*" (CORTE DE ARBITRAJE DEL ICAM: *El arbitraje en cuestiones patrimoniales de Derecho de Familia y Sucesiones y su aplicación en el Derecho comparado. (Conclusiones a la jornada celebrada en noviembre 2023 en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).* 7 de noviembre de 2023. Disponible en: https://web.icam.es//wp-content/uploads/2023/11/ARBITRAJE-EN-DERECHO-COMPARADO.pdf (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

vinculante confidencial a la otra parte. La oferta aceptada obliga al oferente a cumplir las obligaciones que asuma.

La Ley concede al destinatario de la oferta un plazo mínimo de un mes para su posible aceptación, aunque permite que el requirente ofrezca un plazo superior. Si, dentro de ese plazo, la oferta es rechazada, o no es aceptada expresamente, ésta decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que se ha cumplido el requisito de procedibilidad.

La confidencialidad de la oferta obliga a las partes y a quienes la conozcan a guardar silencio sobre su contenido, aplicándose sobre ello lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/2025.

5.2.- La emisión de una opinión por una persona experta independiente

Esta vía de solución extrajudicial también representa una novedad en nuestro sistema. Se refiere a ella el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/2025.

Mediante este medio adecuado de solución de controversias, las partes designan de mutuo acuerdo a una persona experta independiente para que emita un informe, expresando su opinión respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes pueden solicitar de mutuo acuerdo el dictamen u opinión del experto tanto antes del pleito, como una vez iniciado el mismo.

La persona experta independiente será un tercero imparcial, en posesión de los títulos oficiales que garanticen sus conocimientos técnicos sobre la materia en la que dictamine. La Ley Orgánica 1/2025 busca la garantía de su imparcialidad mediante un juramento que prácticamente se corresponde con el que el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige a los peritos, aunque en el caso de la persona experta independiente no se incluye en la cláusula "*que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber*". La intervención de la persona experta deberá ser diligente y seguir los estándares propios de la actuación profesional que le haya sido encomendada.

La Ley Orgánica 1/2025 exige a las partes que faciliten al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido. La normativa no precisa si el experto está facultado para sugerir a las partes la posibilidad de que le presenten evidencias que, como especialista en la materia, considera relevante conocer. Ante el silencio, la exigencia legal de diligencia a la persona experta puede entenderse como una habilitación para que éste adopte una actitud proactiva. Por otra parte, parece residir en la voluntad del legislador que las partes colaboren en el buen fin del medio adecuado para la solución de la controversia. Esto puede corresponderse con facilitar al experto lo que éste, en su condición, interprete como adecuado para dictaminar con mayor acierto sobre la materia que se ha sometido a su escrutinio.

La Ley Orgánica 1/2025 prevé que, emitido el dictamen, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones,

observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto. Tras este trámite, sobre el dictamen resultante las partes podrán aceptarlo o rechazarlo. Sobre esto procede destacar:

1º) En cuanto a la aceptación, ésta requiere conformidad de todas las partes. El dictamen del experto no es vinculante en ningún otro caso. Si se produce la aceptación en esos términos, el acuerdo se formalizará conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica 1/2025 y tendrá los efectos previstos en su artículo 13.

2º) Si no se acepta el dictamen, la persona experta extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad. Todas las personas que hayan intervenido en el intento de acuerdo por esta vía, incluyendo al experto, a las partes y sus respectivos abogados, estarán obligadas a respetar un estricto deber de confidencialidad sobre el contenido y sentido del dictamen, y del resto de información y pruebas que hayan conocido durante su proceso. La Ley Orgánica se remite, en todo lo relativo a este deber, a lo que dispone en su artículo 9.

5.3.- El proceso de Derecho colaborativo

Se refiere a este medio de solución conflictual el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2025.

La vía de solución consiste, en este caso, en unir a ambas partes en el proyecto común de alcanzar una salida negociada a su conflicto jurídico. Cada una de las partes se apoya en un equipo de personas de su confianza, entre las que se integra un abogado en ejercicio. La Ley prevé también la participación de terceras personas neutrales, expertas en las diferentes materias sobre las que verse la controversia o facilitadoras de la comunicación.

Según la Ley Orgánica 1/2025, los principios fundamentales del proceso colaborativo son la buena fe, la negociación sobre intereses, la transparencia, la confidencialidad y el trabajo en equipo. En particular, los abogados que participen en el proceso renunciarán a intervenir en cualquier eventual procedimiento posterior sobre el mismo objeto.

Concluido el proceso colaborativo, los profesionales de la abogacía que hayan intervenido redactarán un acta final incluyendo los acuerdos adoptados y las cuestiones sobre las que no haya sido posible alcanzarlo.

III.- EL ACUERDO EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO

1.- LAS SOLICITUDES FORMULADAS DE MUTUO ACUERDO, O POR UN CÓNYUGE CON CONSENTIMIENTO DEL OTRO: LA PROPUESTA DE CONVENIO REGULADOR

Es cuestión conocida que, cuando se insta una solicitud de separación legal o divorcio por la vía del mutuo acuerdo, o cuando uno de los esposos la realiza con el consentimiento del otro, la Ley exige presentar junto a la demanda una propuesta de convenio regulador. En este documento, las partes plantean ante la autoridad -notarial o judicial- que conoce de su solicitud la autorización de una serie de pactos con los que pretenden regir el futuro su relación, en diversas facetas familiares, económicas y personales. La exigencia resulta de los artículos 81.1º, 82.1º, 86, 87 y 90 del Código, y el artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La propia finalidad del convenio regulador determina que la redacción de este documento tenga lugar cuando los esposos planifican las consecuencias de una separación legal o un divorcio que son inminentes. Es habitual, de hecho, que su negociación y redacción se produzcan cuando los cónyuges ya han cesado su convivencia.

El contenido mínimo de la propuesta de convenio regulador viene determinado por la Ley[1122]. Uno de los extremos que la Ley contempla como parte integrante del convenio a presentar ante la autoridad competente se refiere precisamente a "*la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*".

Como se infiere de ese tenor legal, la propuesta de liquidación del régimen económico del matrimonio no debe integrar necesariamente el convenio regulador de los esposos que proyectan su separación o divorcio de manera conjunta. Lo que permite el artículo 90 es que los cónyuges puedan incluir en su propuesta de convenio regulador, para su aprobación por la autoridad que conoce de su separación o divorcio convenidos, un acuerdo sobre la liquidación de su sociedad de gananciales, pero otorgándoles igualmente plena libertad para no hacerlo. Existe en torno a ello un amplio consenso doctrinal[1123] y de la jurisprudencia[1124].

[1122] Así, el artículo 90.1 del Código Civil incide en que el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener "*al menos*" los extremos que señala el precepto, obviamente "*siempre que fueran aplicables*", dado que cabe la posibilidad de que las circunstancias familiares hagan innecesario comprender algunas de esas previsiones (por ejemplo, si se trata de un matrimonio sin hijos menores, no será preciso incorporar previsiones acerca de la patria potestad, a su ejercicio o al régimen de visitas).

[1123] Vid, por ejemplo, AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: "Comentario a los artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, Tomo VII, Volumen 5º, Edersa, Madrid, 1999, pág. 492; o JORDÁ CAPITÁN, Eva: "La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Número 9, 2015, págs. 63-106 (pág.15, separata, en https://www.graduadosocial.org/archivos/201602_incidencia.pdf).

De hecho, tampoco será necesario que el convenio contenga un pacto expreso sobre la disolución del régimen económico matrimonial, aunque es evidente que tal convención conyugal es implícita a la propia solicitud de separación o divorcio, atendiendo al contenido de los artículos 95 y 1392.1º y 3º del Código Civil.

La principal cuestión que preocupa en este análisis es la de valorar si los esposos, en su propuesta de convenio regulador, pueden plantear a la autoridad judicial o notarial la inclusión de una estipulación en la que pacten la disolución de su sociedad de gananciales, retrotrayendo sus efectos al momento en que se haya producido la separación de hecho, e incluyendo en su caso una liquidación que, a juicio de ambos esposos, se ajuste a ese pacto. Nosotros entendemos que sí.

Una vez más, la jurisprudencia ha sido incisiva en cuanto a la amplitud que ha de concederse a la autonomía de la voluntad de las partes en este concreto ámbito. Se ha resuelto, en este sentido, que las operaciones divisorias de la sociedad de gananciales no quedan sometidas a reglas encorsetadas y rígidas, atribuyéndose a las soluciones transaccionales que propongan las partes plena eficacia cuando actúen dentro del cauce de la legalidad[1125]. La impugnación de estos acuerdos se enfrenta además al argumento de la contravención de los actos propios del otorgante que pretende desvincularse de lo pactado[1126].

La exigencia de ajuste a la legalidad del convenio regulador en cuanto al extremo que analizamos deberá superar, por tanto, los dos exámenes que suele plantear la propia jurisprudencia en caso de impugnación, que son, por una parte, su ajuste a los requisitos exigidos por el artículo 1255 del Código Civil y, por otra, que no incurra en la lesividad referida en su artículo 90.2[1127].

Por motivos ya ampliamente razonados, entendemos que la estipulación a la que hacemos referencia supera el escrutinio del artículo 1255 del Código Civil. El pacto no contraviene la ley, la moral ni el orden público. Muy al contrario, creemos que el contenido de esa previsión simplemente vendría a reflejar en el convenio matrimonial de separación o divorcio una consecuencia deseable y, cuanto menos, latente en el actual ordenamiento que, incluso, cabe interpretar en esa misma clave en los actuales

---

[1124] Por ejemplo, STS de 4 de septiembre de 2017 o SAP de Cádiz de 7 de noviembre de 2008.

[1125] Así, la STS de 23 de diciembre de 1998.

[1126] Ibid.

[1127] Sobre ello, cabe resumir con la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de septiembre de 2021 que, "*[c]onforme dispone el artículo 1255 del Código Civil, en relación con el mandato del artículo 90 del mismo texto legal, que en su párrafo segundo limita la posible intervención del juzgador en relación con los acuerdos adoptados por los cónyuges para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio tan solo a aquéllos que pudieran reputarse dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y debe ser respetada la libre voluntad de los cónyuges con respecto a los pactos o acuerdos por ellos alcanzados siempre y cuando no se contravengan en los mismos las leyes, moral o el orden público*".

términos de la Ley. No hay tampoco nada inmoral en establecer el momento de la separación de hecho como el determinante del *statu quo* para la formación del inventario a liquidar por las partes. La medida, de hecho, parecería más bien exigible por motivos de orden moral, tal como se infiere del tenor de las primeras sentencias del Tribunal Supremo que sentaron la doctrina de la limitación funcional, pues lo cuestionable desde la moralidad es, acaso, pretender participar en algo en cuya obtención no se ha contribuido. Y, desde luego, no puede reputarse contrario al orden público convenir una estipulación cuyo efecto puede conseguirse también por pronunciamiento judicial, apelando a la aplicación de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil[1128].

En cuanto al examen de la estipulación impuesto por el artículo 90.2 del Código, creemos que, con carácter general, tampoco puede encontrarse objeción a su validez.

Cuando se trata de matrimonios con hijos menores de edad no emancipados, o hijos mayores de edad respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, la Ley[1129] confía al juez la decisión de valorar el ajuste a Derecho de la propuesta de convenio regulador. Atendiendo al vigente artículo 90.2 del Código, la estipulación por la que se convenga la disolución de la sociedad de gananciales retrotrayendo sus efectos a la fecha de la efectiva separación de hecho exigirá la aprobación judicial salvo si el juez advierte que el acuerdo es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Por el contrario, cuando la propuesta de convenio regulador sea presentada por un matrimonio sin hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, serán el letrado de la Administración de Justicia o el notario quienes examinen su validez[1130]. En este caso, el examen a realizar por la autoridad deberá ser el de verificar si el convenio propuesto "*pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados*".

No creemos que dicho acuerdo pueda merecer objeción en cuanto a su validez por esos indicados motivos.

En primer lugar, dada la amplia autonomía de la voluntad de las partes sobre lo que afecta a la liquidación de su sociedad de gananciales, parece más plausible que, si el juez considera que el acuerdo puede afectar desfavorablemente a los hijos en el plano patrimonial, garantice la protección de su interés a través del resto de medidas que le

[1128] Incluso cabría precisar que, como razona la SAP de Murcia de 7 de abril de 2011, la propuesta de convenio regulador puede contener un pacto sobre la liquidación de la sociedad de gananciales en un momento, que es el de la presentación de la demanda de divorcio, en el que aún la sociedad está pendiente de disolver.

[1129] Artículos 81 y 86 del Código Civil.

[1130] Artículos 81, 82.2 y 87 del Código Civil.

concede el ordenamiento en ese acto (por ejemplo, la imposición de prestaciones o de pensiones alimenticias a cargo de uno de los esposos, o el acuerdo sobre medidas de uso de la vivienda familiar con las garantías que proceda). Solo en última instancia, si las condiciones del supuesto lo exigen sin posible alternativa, parece posible que el juez deniegue los términos de la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales que le sometan las partes.

Por otra parte, el acuerdo de liquidación con retroacción de efectos del inventario a la fecha de la separación de hecho no debería reputarse como tal "*gravemente perjudicial para uno de los cónyuges*", en el sentido de lo que la norma pretende privar de validez. Obviamente, el parámetro no puede ser el de contraponer cuáles serían las consecuencias patrimoniales para uno y otro esposo de liquidarse la sociedad ganancial tomando como fecha de inventario la de la resolución que acuerde la separación o el divorcio, o la de la separación de hecho. Lo normal es que sean distintas y, de hecho, solo entonces tendrá sentido incluir el pacto. El objeto del examen judicial del acuerdo no podrá ser el de condicionar la validez del pacto al resultado más o menos abultado que arroje la referida contraposición[1131].

Cabe la posibilidad de que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la autoridad que califique la legalidad del convenio regulador pueda apreciar que el pacto se articula de manera subrepticia o abusiva, privando por ejemplo a una de las partes de una posición que, atendiendo a la situación real a la fecha de la separación de hecho, debería reconocérsele, pero que ésta acepta por motivos no justificables en Derecho. No hemos encontrado casuística en este sentido, pero es una hipótesis que no se puede descartar. En estos casos, o en situaciones similares, cabría cuestionar la validez del acuerdo.

Por lo demás, es posible que un eventual acuerdo de liquidación pueda afectar al bienestar de los animales de compañía. En ese caso, si la propuesta de convenio la conoce el juez, éste podrá establecer medidas para garantizar que se cumple con dicho fin. Si la propuesta de convenio la evalúan el letrado de la Administración de Justicia o el notario y advierten esa posible incidencia, lo que determina la ley es que lo adviertan a los esposos y acuerden terminar el expediente.

[1131] En este sentido, entiende PÉREZ HEREZA, Juan: *La separación y divorcio notarial*. 10 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024), que "*la actuación del notario debe estar presidida en este punto por el principio de mínima intervención, pues no debe ser su función generar conflictos donde las partes han logrado a un acuerdo. Por ello entendemos que, para apreciar el carácter dañoso o gravemente perjudicial de un convenio, debe atenderse a aspectos objetivos referidos a la estructura del acuerdo, más que al aspecto subjetivo sobre el beneficio económico que pueda suponer el acuerdo para una parte en detrimento de la otra. Y parece claro que el carácter dañoso podrá concurrir de forma más evidente en pactos relativos a las relaciones personales (sobre todo si tienen que ver con hijos mayores dependientes). En cambio, en el ámbito patrimonial debe primar la libertad contractual, pues lo contrario sería sostener que existe un cónyuge más débil, cuya libertad debe ser limitada en aras a su protección patrimonial, lo que indirectamente constituye una vulneración del principio de igualdad consagrado en la Constitución. En este ámbito probablemente el control de lesividad quedará reducido a aquellos pactos en los que se excluye con carácter preventivo e irrevocable derechos indisponibles para los esposos o sus hijos mayores dependientes (v.gr. en sede de alimentos)*".

Concluimos, con todo, en que el acuerdo que estudiamos tiene plena cabida en el convenio regulador de separación o de divorcio y que, por sí mismo, no desborda los límites autorizados por los artículos 1255 y 90.2 del Código Civil.

2.- LA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO ALCANZADO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

El acuerdo de los esposos consistente en disolver su sociedad de gananciales, tomando como fecha para la formación de su inventario la de la separación de hecho, puede tener también lugar en el ámbito del procedimiento contencioso.

Esta situación se producirá cuando, en el marco de un litigio, se haya planteado entre las partes controversia sobre ese particular y, de manera sobrevenida, los litigantes se avengan al acuerdo.

El artículo 1814 del Código Civil, norma que determina el límite de la transacción como negocio jurídico, dispone que esta no puede alcanzarse sobre lo que denomina "*las cuestiones matrimoniales*". A pesar de lo que podría inferirse del referido aserto, la exclusión no es aplicable a numerosos aspectos muy relevantes del litigio matrimonial. Lo ha explicado ROGEL VIDE[1132], destacando la existencia de normas actuales que han introducido la mediación como medio de solución de controversias en el ámbito matrimonial, y apuntando [1133] la profunda modificación operada en el Derecho de familia por las reformas de 1981, que han determinado la *contractualización* de muchos de sus aspectos.

En particular, según el criterio más extendido entre la doctrina [1134] y la jurisprudencia [1135], los esposos pueden acudir a la transacción para resolver las controversias que mantengan sobre los aspectos patrimoniales derivados de su matrimonio. Esta apreciación es coherente, además, con lo que precisan los artículos 19.1 y 751.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así las cosas, ha de concluirse en que la regla general es, en realidad, la posible transacción de las controversias que se susciten en la materia que nos ocupa.

[1132] ROGEL VIDE, Carlos: "Mediación y transacción en el Derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Número 3, 2009, págs. 545-564.

[1133] Citando a GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: "Comentario al artículo 1814", *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1772.

[1134] En este mismo sentido, GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*, Reus, 2006, págs. 374 a 376; y ROCA TRÍAS, Encarnación: "Comentario al artículo 90 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 383.

[1135] Ya es muy efusiva en torno a ese particular la STS de 31 de enero de 1985, que, en referencia a la prohibición contenida en el artículo relativa a las "*cuestiones matrimoniales*", contrapone las que se refieren a la "*situación económica del matrimonio*", que considera no afectadas por el precepto, a las relacionadas con "*la sustancia del vínculo*" o a "*los derechos de filiación*", que sí entiende indisponibles.

Las partes podrán llevar a efecto y formalizar su eventual acuerdo transaccional de diferentes formas. Obviamente, en cada caso los contendientes optarán por la fórmula que mejor se ajuste a su concreto interés, atendiendo a condicionantes de tipo personal, económico, de seguridad jurídica, de celeridad o de mera discreción. Así:

1º) Generalmente, la formalización de la transacción entre las partes tendrá lugar mediante la presentación de un escrito conjunto firmado por ambas, en el que expondrán al Juzgado el acuerdo alcanzado y solicitarán su homologación (artículo 19.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, en el procedimiento contencioso el acuerdo puede tener reflejo en los autos y ser formalizado de otras maneras.

2º) Si el debate sobre esta cuestión se ha planteado en el seno de un proceso de separación o divorcio que se reconduce al mutuo acuerdo, las partes procederán a presentar al tribunal su propuesta de convenio regulador (artículos 770.5ª y 777 de la de Enjuiciamiento Civil).

3º) En el procedimiento matrimonial cabe también que, al comienzo de la vista del juicio, las partes presenten su acuerdo al tribunal (artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4º) En el ámbito de estos últimos procedimientos, si alguna de las partes ha promovido la formación de inventario antes de dictarse sentencia, el acuerdo también podría tener lugar en la comparecencia prevista en el artículo 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento.

5º) En el supuesto de que la controversia se plantee en el ámbito de un juicio ordinario, las partes también podrán exponer su acuerdo en el acto de la audiencia previa, solicitando su homologación al tribunal (artículo 415.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin perjuicio de todo lo anterior, para formalizar el objeto de la transacción cabe también que las partes: convengan el allanamiento del demandado a la pretensión del demandante, que haya sido formalizada en el sentido finalmente transigido (ya implique esta opción un allanamiento total o parcial a la demanda o a la reconvención, según los términos en que una u otra se hayan formulado, conforme a los artículos 21.1 y 21.2 de la de Enjuiciamiento Civil), o que pacten formalizar su acuerdo en algún instrumento ajeno a los autos del proceso (por ejemplo, en una escritura pública), presentando posterior escrito al juez informando la mera satisfacción extraprocesal (artículo 22.1).

IV.- EL EJERCICIO CONTENCIOSO DEL DERECHO

Aunque, según lo explicado, el ordenamiento ofrece a los esposos casados en régimen de gananciales diversos mecanismos para solucionar extrajudicialmente sus posibles divergencias en torno a la disolución de su sociedad ante una eventual separación de hecho, sigue siendo habitual que esta cuestión se plantee en la vía contenciosa.

En defecto de acuerdo entre los cónyuges, nuestro ordenamiento sólo reconoce la disolución de la sociedad de gananciales por su separación de hecho cuando ésta se declara en una resolución judicial, a instancia de una de las partes. Asimismo, es necesario que la autoridad judicial sea quien concrete, en caso de disputa, la fecha de producción de efectos de la disolución, lo que también exigirá la expresa solicitud de parte. La pretensión sobre la declaración de disolución de la sociedad de gananciales y su fecha de efectos puede plantearse en distintos escenarios procesales:

1º) Puede constituir el objeto principal o incluso único del proceso en el que se ejercite, porque el demandante sólo tiene interés en obtener esos pronunciamientos patrimoniales frente a su cónyuge.

2º) En otros casos, la pretensión puede presentarse de manera más compleja, como ocurre cuando uno de los esposos la ejercita como parte del entramado de pretensiones de una demanda de separación o divorcio contencioso, o cuando lo opone frente a la reclamación de su cónyuge en ese mismo tipo de procesos.

3º) En ocasiones, incluso, la cuestión se difiere al procedimiento sobre la liquidación del patrimonio común, una vez ha quedado disuelta la sociedad de gananciales.

En efecto, en cada una de las situaciones descritas puede manifestarse el interés legítimo de uno de los esposos en proteger las adquisiciones que ha obtenido sin la colaboración de su cónyuge, tras el cese de su convivencia. Procede por ello referirse a cada uno de los escenarios procesales contenciosos en que el ejercicio de ese derecho puede tener lugar.

1.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1393.3º DEL CÓDIGO CIVIL

1.1.- La finalidad del procedimiento previsto en el artículo 1393.3º del Código Civil

El artículo 1393.3º del Código Civil reconoce a los cónyuges el derecho a instar la conclusión de su sociedad ganancial en caso de llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

El precepto supuso una novedad muy relevante en nuestro ordenamiento. Hasta su incorporación al Código Civil, los cónyuges casados bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales no podían extinguir formalmente su consorcio como consecuencia de la ruptura definitiva de su convivencia. Ello daba lugar a situaciones indeseables e injustas para los aún esposos, que el artículo quiso permitir enervar.

Con esta herramienta legal, el legislador quiso facilitar además una salida a aquellos esposos separados de hecho cuyo consorte, por los motivos que fuera, no deseaba avenirse a la firma de unas capitulaciones matrimoniales con el objeto de finalizar la sociedad ganancial. Y es que, un matrimonio separado de hecho en el que la voluntad común de ambos esposos fuera la de disolver la sociedad ganancial, ya encontraba en

las capitulaciones matrimoniales la alternativa más económica, rápida y segura para realizarla.

El artículo, además, concedía a los cónyuges separados de hecho un remedio jurídico al que éstos podían acceder, sin necesidad de postular su separación matrimonial o divorcio y sin acudir siquiera a la vía de la nulidad, para desligarse patrimonialmente y conseguir su independencia o autonomía económica. En la sociedad de 1981, conceder esta alternativa era especialmente importante, dada la conflictividad y alto rechazo social que las medidas de la separación legal y el divorcio recibieron en sectores influyentes[1136].

El divorcio es hoy una medida arraigada en la sociedad española, con cifras que lo evidencian por sí solas[1137]. La Ley 15/2005, de 8 de julio, permite acceder al mismo a cualquiera de los esposos, aun unilateralmente, sin necesidad de expresar la causa que motive su decisión, a partir del tercer mes de matrimonio y la propia sentencia que lo declare determina la automática extinción de la sociedad de gananciales. Ante esta nueva situación, es probable que la posibilidad de obtener la mera conclusión de la sociedad de gananciales acreditando la separación de hecho por más de un año haya perdido relevancia práctica pues, probablemente, el cónyuge que se vea abocado a iniciar un procedimiento judicial contradictorio para modificar su régimen económico acuda al de divorcio. De todos modos, esto no siempre ocurre así, y la opción que ofrece el artículo 1393.3º del Código Civil sigue siendo plausible, pues no puede obligarse a

[1136] Una muestra de las publicaciones de prensa de aquella época es ilustrativa de la división que existía en la sociedad española en torno a la regulación del divorcio. Por ejemplo, en su número de 6 de febrero de 1981, *Diario 16* publicaba una encuesta en la que cifraba en un 65 por ciento los españoles favorables a la legalización del divorcio, destacando que "*las personas con más de cincuenta y cinco años, las viudas y los votantes de Coalición Democrática son los que abiertamente se sitúan en posiciones antidivorcistas. Los simpatizantes del centro se encuentran divididos entre el 52 por 100 en contra y el 48 por 100 a favor*". El 18 de marzo de 1981, el diario *Ya* publicaba una crónica titulada "Trescientas mil firmas recogidas ya para un referéndum antidivorcio", así como una página editorial en la que exponía que "*la fórmula divorcista (...) no acaba de convencer a muchos cientos de miles de matrimonios, que todavía consideran que el divorcio es un sinapismo, y que tal como se presenta hoy en las Cortes puede ser una sobredosis mortal para la célula familiar*". El diario *El País* de 5 de febrero de 1981 publicaba el "Texto íntegro de la Comisión Episcopal sobre el divorcio", así como un artículo firmado por REYES MATE, Manuel, que se titula "Los obispos anatemizan el proyecto del ministro de Justicia sobre divorcio". El 15 de marzo de 1981, dicho diario publicaba un artículo firmado por MARÍN LÓPEZ, Carmen, que llevaba por título "Los diputados debaten la regulación del divorcio en plena batalla laico-confesional". El 23 de junio de 1981, *Diario 16* publicaba otro artículo titulado "La guerra del divorcio", en el que se publicita "*la grave crisis que sufre el partido* -UCD- *tras la tormenta interna que se suscitó ayer con la aprobación del proyecto de ley del Divorcio, en cuya votación se rompió la disciplina de voto".* Disponibles en: https://www.march.es/es/coleccion/archivo-linz-transicion-espanola.

Acerca del conflicto social generado con ocasión de la legalización del divorcio en España puede verse también MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES, Pablo: "La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica", *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, Número 14, 2001, págs. 519-554.

[1137] Según nota de prensa publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 11 de julio de 2024, en el año 2023 se alcanzó la significativa cifra de 76.685 divorcios en España. El año anterior el número había sido incluso superior.

solicitar el divorcio o la separación legal a quien simplemente desea recuperar su autonomía económica ante una separación de hecho.

En definitiva, el artículo 1393.3º del Código Civil concede a los esposos separados de hecho el derecho a concluir su sociedad de gananciales. La realización de ese derecho se concibe mediante el ejercicio de una acción civil que cualquiera de los cónyuges puede promover ante la autoridad judicial. Y ese mismo juez, según el artículo 1394, podrá dictaminar –en nuestra opinión, ya explicada- que los efectos de la disolución se produzcan desde la fecha de la ruptura efectiva de la convivencia del matrimonio.

La sentencia que disponga la estimación de la demanda concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales. En principio, si el matrimonio continúa, deberá estarse a lo previsto en el artículo 1435.3º del Código, rigiendo desde su firmeza la separación de bienes entre cónyuges[1138], y sin perjuicio de los efectos que pueda determinar entre ellos la retroacción que se pueda acordar.

1.2.- Especialidades procesales

1.2.1.- La anotación preventiva de la demanda y la inscripción de la sentencia firme

Conforme al artículo 1436 del Código Civil, la demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará en el Registro Civil. La demanda de separación de bienes a la que alude el precepto se refiere, precisamente, a la que se plantee en base a cualquiera los cuatro supuestos de disolución de la sociedad de gananciales por resolución judicial previstos en el artículo 1393 del Código Civil, entre ellos por tanto el de su apartado 3º, pues el precepto presume el ejercicio autónomo de la acción, al margen del procedimiento matrimonial.

En cuanto a la anotación preventiva de la demanda, cabe apreciar, en primer lugar, que el artículo 1436 únicamente prevé su práctica en el Registro de la Propiedad, para el caso de que afectara a bienes inmuebles. Esta circunstancia contrasta claramente con lo que se aprecia en otros preceptos, como el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 102 del Código Civil, en los que sí se contempla la anotación de la demanda de nulidad, separación o divorcio –cuyas sentencias determinan, *per se*, la extinción del régimen de gananciales- en otros registros, como el Registro Civil o el Registro Mercantil.

En nuestra opinión, el hecho de que los artículos 1393, 1394 y 1436 del Código Civil no prevean de forma expresa la posible anotación de la demanda de separación de

[1138] Lo que advierte cierta doctrina que sucederá, aunque con ciertos matices, en particular la inaplicación del artículo 1438 del Código Civil. Así, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: "Comentario al artículo 95 del Código Civil", *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 266.

bienes en otros registros diferentes al Registro de la Propiedad, no significa una negativa del legislador al respecto. Parece lógico conceder que el mero silencio de esos preceptos permite acudir, en todo caso, a la regla general del artículo 40 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que autoriza la anotación de un procedimiento judicial en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil[1139], a instancia de cualquier interesado[1140]. No puede cuestionarse que la sentencia que acuerde la disolución judicial de la sociedad de gananciales siempre afecta al contenido del Registro Civil.

La posibilidad de anotar la demanda en ambos registros puede resultar relevante en el ámbito del procedimiento contencioso sobre disolución judicial de la sociedad de gananciales. Por una parte, la anotación en el Registro de la Propiedad advertirá a los terceros de los posibles efectos que la futura sentencia pueda tener con relación a los bienes inmuebles a los que pueda afectar. Nótese que, en todo caso, una vez presentada la demanda de separación de bienes, el artículo 1394 del Código prevé la necesidad de licencia judicial para realizar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes que se inventaríen como gananciales –lo que incluye los inmuebles-, con la consiguiente restricción a su libre disposición[1141]. Por otra parte, la anotación de la demanda en el Registro Civil, por incompleta que pueda resultar, otorga a la demanda de disolución judicial de la sociedad de gananciales una publicidad de carácter más general, que en ocasiones se ha entendido imprescindible para enervar las alegaciones de inoponibilidad de terceros[1142].

[1139] Apartado 3, supuesto 1º, del precepto.

[1140] Precisamente, el artículo 60.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que, junto a la inscripción de matrimonio, "*se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo*". Claramente, si el régimen inscrito es el de la sociedad ganancial, la presentación de la demanda de separación de bienes es un acto que puede afectar al mismo, en los términos contemplados en el precepto.

[1141] Lo explica AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: "Comentario a los artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, Tomo VII, Volumen 5º, Edersa, Madrid, 1999, citando a MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis.

[1142] Ha estudiado la materia DÍAZ FRAILE, Juan María: "El valor jurídico de la inscripción en el Registro Civil español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Número 1916, Madrid, 2002, págs. 1489-1512. El autor, concluye, op.cit., págs. 1510-1511, que "… *los conflictos entre la publicidad registral del Registro Civil y del Registro de la Propiedad no están resueltos con claridad por las normas del Derecho positivo (...) ni el criterio de los autores es uniforme, ni lo es tampoco el de la jurisprudencia. Si la Sentencia de 16 de noviembre de 1994 pudo ser interpretada en el sentido de dar prevalencia a la publicidad del Registro de la Propiedad al no reconocer efectos enervantes de la buena fe del tercero que contrató confiado en los exclusivos pronunciamientos del Registro de la Propiedad, pudiendo legítimamente ignorar el hecho de la publicidad dada a la separación judicial por el Registro Civil, por el contrario la Sentencia de 10 de marzo de 1998 permite al tercero negar la oponibilidad de la adjudicación de un bien como privativo derivado de una disolución de un régimen de gananciales pactado en una escritura de capítulos matrimoniales que no se haya indicado todavía en el Registro Civil, aunque conste inscrito en el Registro de la Propiedad. (...) Es decir, en ambos casos prevalece el efecto de la inoponibilidad (sea del Registro Civil o de la Propiedad) frente a la oponibilidad de los asientos del otro Registro con el que entra en conflicto. En definitiva, ello se traduce en la conclusión de que el tercero queda protegido por la apariencia más favorable, de forma que puede adquirir derechos*

El actual artículo 60.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones. La anotación de la demanda de separación de bienes en el mismo Registro Civil debería permitir, en nuestra opinión, la enervación de esa consecuencia[1143].

Por lo demás, del artículo 1436 del Código resulta que la sentencia firme de separación de bienes se inscribirá tanto en el Registro de la Propiedad como en el Registro Civil. En este sentido, la medida es absolutamente coherente con lo previsto, a efectos generales, en el artículo 1333 del Código Civil. Cabrá también la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil[1144].

1.2.2.- La práctica del inventario

En nuestra opinión, dejando al margen su conveniencia y utilidad, la práctica de inventario no es una diligencia necesaria para la tramitación del procedimiento sobre separación de bienes.

El segundo inciso del artículo 1394 del Código Civil dispone, en su parte inicial, que, "*de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará inventario*". Del precepto se concluye con certeza que la práctica del inventario previsto en el mismo sólo procede cuando la causa de disolución planteada por uno de los cónyuges derive en objeto de pleito, al ser negada por el otro. Asimismo, la norma especifica que la formación del inventario tendrá lugar durante la tramitación del procedimiento, es decir, una vez iniciado el mismo.

Más allá de eso, el precepto debe entenderse integrado actualmente con lo que dispone el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues éste ha de aplicarse,

---

irreivindicables derivados de la apariencia del Registro de la Propiedad, pero no puede verse perjudicado por hechos inscribibles y no inscritos en el Registro Civil, y aunque de ellos dé cuenta y constancia el Registro de la Propiedad. Por ello, (…) si el tercero (…) es (…) un acreedor del patrimonio ganancial por deudas de este carácter, a pesar de aquella inscripción del bien como privativo de la esposa, podrá embargarlo, si la fecha de la resolución judicial que acuerda la traba es anterior a la fecha de la indicación de los capítulos en el Registro Civil, cualquiera sea la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad".

[1143] En este sentido, la STS de 10 marzo de 1998, señala que "*la publicidad del art. 1333 CC se complementa con la publicidad del RM cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio, no siendo oponibles al acreedor del comerciante las capitulaciones no inscritas, si merece el calificativo de tercero de buena fe, buena fe que se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 CCo). En el caso analizado, siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, el tribunal entendió que al pago de la misma estaban sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanzaba a los herederos*".

[1144] Artículos 92.3, 93.2 y 3 del Reglamento del Registro Mercantil.

conforme a su propio tenor, cuando resulte admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, y también cuando *"se haya iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial*". El artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precisa que, una vez se haya iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges "*podrá"* solicitar la formación de inventario. Así, mientras el artículo 1394 del Código parece imponer al juez la práctica del inventario como trámite necesario ("*se prácticará*"), el artículo 808 de la Ley Procesal contempla esa medida como facultativa ("*cualquiera (...) podrá solicitar*") y, por tanto, sólo realizable a instancia de una de las partes. Ante la posible contradicción entre ambas normas, el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es norma posterior al artículo 1394 del Código Civil y, en lo que se refiere al inventario como fase procedimental, también es norma especial.

No parece haber motivo, por tanto, que haga exigible al juez operar de oficio para formar un inventario[1145] que, en su caso, cualquiera de las partes deberá presentar en su momento si interesa iniciar los trámites para la liquidación de la sociedad ganancial, una vez ésta se haya disuelto –por sentencia estimatoria o acuerdo transaccional en ese sentido- en el procedimiento sobre separación de bienes. Por todo ello, creemos que la presentación de la propuesta de inventario junto a la demanda no constituye un requisito de procedibilidad para promover la disolución de la sociedad de gananciales por cualquiera de las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil[1146]. El objeto del procedimiento lo constituye la disolución de la sociedad de gananciales y no su liquidación.

Por otra parte, el artículo 1394 del Código Civil también se integra con el artículo 808 de la Ley procesal en cuanto a lo que este último, en su apartado segundo, precisa sobre cuál deberá ser –en el caso de que se presente- el contenido de la propuesta de inventario.

Acerca de ello, la norma rituaria exige al solicitante del inventario acompañar una propuesta en la que, con la debida separación, se hagan constar "*las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil*", lo que obliga a estar a lo previsto en los artículos 1396 y siguientes del Código sustantivo.

El solicitante tiene la carga de incorporar a su solicitud los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en su propuesta (artículo 808.2, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

[1145] También lo entiende así EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Sección quinta… cit., pág. 621. Lo comparte, asimismo, MARTÍNEZ MORENO, María Jesús: *Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2022, pág. 257.

[1146] No entendemos, por tanto, que el inventario sea uno de los documentos contemplados en el artículo 266.4º de la LEC, como legalmente requeridos para la admisión de la demanda.

La inclusión de las referidas partidas se deberá postular atendiendo a las reglas comprendidas en los artículos 1346 y siguientes del Código, que determinan qué bienes son privativos y cuáles gananciales, así como las reglas de reembolso entre esposos, y entre estos y la sociedad.

En cuanto a este extremo, cuando en la demanda de separación de bienes se pretenda que la disolución de la sociedad de gananciales tenga efectos desde la fecha de la ruptura de la convivencia, parece lógico que el demandante ajuste su posible propuesta de inventario a dicha pretensión, lo que dará lugar a su posible discusión por el cónyuge demandado[1147]. Sin embargo, el inventario, por más que se realice de manera coherente con esa pretensión, deberá formularse teniendo en cuenta que el cese de la sociedad de gananciales que deriva de la separación de hecho es únicamente *ad intra* y, por tanto, inoponible a los acreedores consorciales que sean terceros de buena fe, para quienes la

[1147] Cabe, en primer lugar, que el demandante presente la propuesta de inventario con la misma demanda de separación de bienes, o que lo haga en un momento posterior a la presentación de la demanda, pero en el que aún no se haya pronunciado sentencia firme decidiendo la disolución de la sociedad de gananciales. En ambos casos, la coherencia procesal exigiría al demandante, a nuestro juicio, formalizar su propuesta de inventario teniendo en cuenta cuál era el estado patrimonial de la sociedad de gananciales a la fecha de la ruptura de la convivencia que sostenga su demanda.

En segundo lugar, el demandante puede presentar su propuesta de inventario después de haberse pronunciado una sentencia firme que haya puesto fin a la sociedad de gananciales, estimando que la disolución debe surtir efectos desde la fecha de comienzo de la separación de hecho, ordenando la consiguiente retroacción. En este caso, su propuesta de inventario deberá formularse con ajuste a ese pronunciamiento y, por tanto, configurando sus partidas en consideración a la realidad patrimonial de la sociedad de ganancias en aquella fecha.

La tercera posibilidad es que la propuesta de inventario se presente por el cónyuge demandante después de haberse pronunciado una sentencia firme que haya puesto fin a la sociedad de gananciales, pero que no haya concedido retroacción de efectos a la disolución -pues si recae una sentencia firme que resuelve no haber lugar a la disolución de la sociedad de gananciales por no haberse acreditado la existencia de la causa, la propuesta de inventario no se podrá formular-. La propuesta de inventario deberá formularse entonces atendiendo a la situación patrimonial de la sociedad de gananciales a la fecha de firmeza del pronunciamiento en que se declare la disolución.

Por supuesto, lo anterior lo afirmamos sin perjuicio de que, en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales que subsiga, las partes puedan incorporar las partidas que correspondan como impensas, gastos o rendimientos comunes, según tiene sentado como criterio la actual jurisprudencia (en particular, STS de 25 de abril de 2024).

Al margen de las anteriores hipótesis, el cónyuge demandado también podrá tomar la iniciativa de presentar la propuesta de inventario. Sin duda, se lo permite el artículo 808.1 de la Ley Procesal. Obviamente, si el cónyuge demandado discute la existencia de la causa de disolución de la sociedad de gananciales, propondrá su inventario tomando como referencia la fecha que considere más conveniente a la defensa de su derecho, que seguramente coincidirá con la de su propia formulación.

En cualquier caso, la conformidad expresada por una de las partes sobre la propuesta de inventario de la otra determinará su aprobación. Asimismo, la incomparecencia de cualquiera de las partes a la vista de formación de inventario determinará, por ministerio de la ley, que se apruebe el inventario propuesto por la asistente (artículo 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si en la comparecencia no hay acuerdo sobre la formación del inventario, la Ley ordena levantar acta con las pretensiones de cada una de las partes y su fundamentación jurídica, y citar a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

sociedad de gananciales continúa vigente hasta la publicidad de su extinción. Creemos que esta realidad obliga a actuar con especial celo y diligencia al cónyuge que realice su inventario proponiendo una disolución con efectos desde la fecha de la separación de hecho, por las graves consecuencias que pueden derivar en caso de que el inventario se realice defectuosamente. Nos referimos a ello a continuación.

De acuerdo con el artículo 1401 del Código Civil, mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente, inventario judicial o extrajudicial[1148].

Así, conforme al primer inciso del precepto, el cónyuge deudor seguirá siéndolo de sus acreedores incluso tras la liquidación y reparto de los activos y pasivos de la sociedad de gananciales[1149]. La cuestión que presenta para nosotros mayor interés deriva, sin embargo, del segundo inciso del artículo. Este contiene dos reglas, una implícita y otra explícita[1150].

La regla explícita revela que, junto a la responsabilidad patrimonial universal del cónyuge deudor, converge una responsabilidad real de todos los bienes comunes, incluyendo los adjudicados al cónyuge no deudor. Explica SAIZ GARCÍA[1151] que se trata de una responsabilidad limitada, "*en el sentido de que, en cuanto al cónyuge no deudor, alcanza exclusivamente a los bienes que poseen tal carácter* –ganancial- *y no a cualesquiera otros que ingresaron en su patrimonio por vía distinta de la liquidación del régimen*". Ahora bien, siguiendo la exposición de la misma autora[1152], el precepto incorpora una regla implícita, "*que se extrae de su lectura a contrario sensu: si los derechos adquiridos por terceros, vigente el régimen económico matrimonial –o ya disuelto pero no inscrito-, siguen garantizados con los bienes gananciales aún después de que la titularidad formal de los mismos hubiera variado como consecuencia de la liquidación y subsiguiente adjudicación de aquellos si el inventario se hubiera realizado* debidamente, *ello significa que si no se ha formulado el mismo de la manera prescrita, el efecto debe ser distinto. Y ello nos coloca en la necesidad de esclarecer cómo debe realizarse el inventario -puesto que las normas sobre disolución y liquidación del régimen económico matrimonial no lo hacen- para que la*

[1148] El precepto aclara finalmente que, si como consecuencia de ello, resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro.

[1149] Sobre ello, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1410", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1796.

[1150] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1410"… cit., pág. 1797 y SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de*…, cit., pág. 93.

[1151] SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de*…, cit., pág. 93.

[1152] SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de*…, cit., págs. 93 y 94, que a su vez sigue a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1410"… cit., pág. 1796.

responsabilidad personal del cónyuge no deudor se ciña exclusivamente a los bienes gananciales que, como consecuencia de la liquidación de dicho patrimonio, le fueron adjudicados".

En ese preciso punto, la autora[1153] advierte que "*conviene recordar que los artículos 1397 y 1398 CC indican las partidas que deben incluirse en el activo y el pasivo que se deben hacer constar en el inventario, de suerte que (…) la inobservancia de los cónyuges en la inclusión de tales elementos activos y pasivos, supondrá que el inventario no se haya realizado correctamente*", independientemente si éste se ha hecho de mutuo acuerdo o en la vía contenciosa.

De ahí se desprende, en definitiva, que el beneficio de inventario se pierde cuando éste se realiza indebidamente: "…*no sólo no se sanciona con ineficacia del inventario que no se hubiese realizado debidamente que, por lo tanto, sería válido; sino que, incluso, es posible una liquidación en la que ni siquiera se hubiese realizado. Ahora bien, sí se producen unos efectos para el cónyuge no deudor quien, al permitir una confusión de patrimonios en perjuicio de los acreedores, responderá ultra vires del cumplimiento de las deudas de la sociedad que no se hubieran hecho efectivas antes de producirse la adjudicación de los concretos bienes. En otras palabras, el cónyuge no deudor responderá no solamente con los bienes gananciales cuya titularidad privativa hubiera adquirido a partir del título de la liquidación del régimen económico matrimonial, sino que también lo hará con los demás bienes que configurasen su patrimonio propio -y que hasta ahora no construir una garantía del acreedor de la sociedad-, por las deudas consorciales contraídas por su cónyuge individualmente*" [1154].

Se tratará, además de una deuda solidaria, según el artículo 1084 del Código Civil, que será aplicable por remisión de su artículo 1402.

Llegados a este punto, el cónyuge que pretenda liquidar la sociedad de gananciales conforme a un inventario que represente su situación a la fecha de comienzo de la separación de hecho, podría verse ante el riesgo de que los acreedores consorciales denunciaran su inobservancia de las reglas de los artículos 1397 y 1398 del Código Civil, que obligan a incluir activos y pasivos existentes "*en el momento de la disolución*"[1155], que, a los efectos de la protección de sus derechos de crédito, se extenderían tiempo después de aquella fecha[1156]. El riesgo, como hemos visto, es la responsabilidad *ultra vires*.

[1153] SAIZ GARCÍA, Concepción: Acreedores de…, cit., pág. 94.

[1154] SAIZ GARCÍA, Concepción: Acreedores de…, cit., págs. 96-97.

[1155] Véase, en particular, el artículo 1397.1º del Código Civil.

[1156] Tan es así que autorizada doctrina incluso entiende que el activo y el pasivo debe reflejar la situación de la sociedad de gananciales a la fecha de la liquidación. En este sentido, puede verse EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Sección quinta… cit., pág. 628.

Parece entonces plausible que el cónyuge que pretenda anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de la separación de hecho lo haga presentando un inventario en el que se reconstruya la situación patrimonial de aquel momento, si bien incorporando de seguido las partidas posteriores a esa fecha que, según los artículos 1346 a 1361 del Código Civil, habrían de considerarse gananciales, a los solos efectos de lo previsto en su artículo 1401. De este modo, los acreedores consorciales verían protegidos sus derechos y, por supuesto, el cónyuge perjudicado por las actuaciones del otro podría repetir contra él, según lo previsto en el último párrafo de este último precepto.

En otro orden de cosas, debe advertirse que la sentencia que resuelve sobre el inventario ganancial tiene efectos de cosa juzgada. Esta cuestión venía siendo ampliamente discutida y muy controvertida en la jurisprudencia menor, en la que han sido habituales los pronunciamientos que, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 447.4º y 787.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideraron que los esposos podían promover juicio ordinario para discutir la inclusión o exclusión de partidas incorporadas o rechazadas en el procedimiento de los artículos 808 y 809 de la Ley Procesal. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha sentado criterio al respecto, confirmando que el procedimiento sobre formación de inventario es un proceso especial plenario en el que cabe discutir todas las cuestiones relativas a ese objeto, con la consecuente imposibilidad de reproducirlas en ulteriores litigios[1157].

Suele incidirse en que, tanto en los procesos de separación, divorcio o nulidad, como en los de disolución judicial de la sociedad de gananciales derivados del artículo 1393 del Código Civil, la formación de inventario tiene una función cautelar[1158]. Se destaca con ello que, con la formación del inventario, se trata de asegurar la integridad del patrimonio ganancial afectado por el litigio, permitiéndose al juez disponer lo oportuno

[1157] Esta controversia fue resuelta, en el sentido indicado, por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), Número 320/2023, de 28 de febrero de 2023 (Numroj: STS 999:2023 - Ecli: ES:TS:2023:999), a la que se refiere también la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), Número 564/2024, de 25 de abril de 2024 (Numroj: STS 2056:2024 - Ecli: ES:TS:2024:2056).

[1158] Por ejemplo, la SAP de Bizkaia de 17 de diciembre de 2004, refiriéndose al artículo 1393 del Código Civil, afirma que "*con la admisión de la demanda se adoptarán por el Juez las medidas en dicho precepto contempladas, poniendo así de relieve (…) la naturaleza cautelar para impedir la posibilidad de que el otro cónyuge pueda llevar a cabo actos perjudiciales para el consorcio o incluso para al posible patrimonio privativo de la parte que solicita la declaración de disolución*". La función cautelar de la medida ha sido destacada por la reciente jurisprudencia. En este sentido, la STS de 28 de mayo de 2019 (entre otras), aprecia que, "*el que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC) solo supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar, pues se dirige a determinar y asegurar el caudal partible, como muestra que al final del inventario (…), el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (…). Con ello hay que admitir que si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales…*". También coincide en ello autorizada doctrina, como DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "Comentario al artículo 1394"…, cit., pág. 1787, quien antes de la aprobación de la actual Ley de Enjuiciamiento ya advertía que, "*existiendo la eventualidad de que la sociedad vaya a disolverse, conviene congelar las situaciones preexistentes o por lo menos adoptar las necesarias garantías y cautelas que pongan a buen recaudo los intereses de las partes tras la sentencia en la liquidación*".

sobre administración del caudal inventariado. Esta nota resulta del propio tenor del artículo 1394 del Código ("…*se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal*") y, aún con mayor intensidad, del último párrafo del artículo 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento ("…*se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario*"). Esta apreciación se identifica además con el hecho cierto de que el inventario es una medida cautelar que queda comprendida entre las previstas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus apartados 4º o 11º, y con la finalidad que también presenta esa medida en el ámbito del artículo 103.4º del Código.

Asimismo, la actual jurisprudencia que propugna el carácter restrictivo de la doctrina de la limitación funcional suele destacar la naturaleza cautelar de la formación del inventario en los procesos matrimoniales para rechazar el argumento de que la posibilidad de iniciar ese trámite tras la mera presentación de la demanda que llevará, al concluir procedimiento, a la finalización de la sociedad ganancial, implique la disolución implícita de la sociedad de gananciales desde ese momento[1159]. En nuestra opinión, siendo cierto que la formación de inventario que prevén los artículos 1394 del Código Civil, y 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone de una función cautelar, su cometido procesal alcanza más allá de eso.

Tal como está regulado en la actualidad, la formación de inventario es un trámite que da comienzo a la propia liquidación de la sociedad de gananciales. Aunque en la vigente Ley procesal ésta se despliega en dos procedimientos distintos (inventario –artículos 808 y 809- y, después, avalúo y liquidación –artículos 810 y, en su caso, 784, 785 y siguientes) en el Código Civil la liquidación se presenta como un proceso único, que comprende todo lo que subsigue a la propia disolución de la sociedad ganancial. En este sentido, es ilustrativo el tenor del artículo 1396: "*Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*". Creemos que, en esta línea, puede comprenderse la referencia que hace MARTÍNEZ CALCERRADA al inventario previsto en el artículo 1394 del Código como un "*anticipo del regular preceptuado en el artículo 1396*"[1160].

En la ley procesal, el inventario sobre el que pueden acordarse medidas de administración (artículos 808 y 809) se identifica con el que debe servir necesariamente de base a las operaciones liquidatorias (artículo 810)[1161]. Tan es así, que son habituales

[1159] En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª), Número 297/2019, de 28 de mayo de 2019 (Numroj: STS 1723/2019 - Ecli: ES:TS:2019:1723); Número 837/2023, de 29 de mayo de 2023 (Numroj: STS 2400:2023 - Ecli: ES:TS:2023:2400).

[1160] MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 216, se refiere al inventario previsto en el artículo 1394 del Código como "*anticipo del regular preceptuado en el artículo 1396*".

[1161] Lo que, a nuestro juicio, no contradice el argumento de que, al iniciarse la fase de liquidación, se puedan incorporar acaso otros bienes al inventario.

los pronunciamientos de la jurisprudencia menor que entienden que en la fase de formación del inventario se produce una verdadera preclusión, que impide a las partes alterar posteriormente sus pretensiones y alegaciones fácticas y jurídicas en torno al mismo[1162]. Esta consecuencia procesal también es reveladora, como sugerimos, de que la formación de inventario en los procedimientos a los que hacemos referencia no presenta una mera función cautelar.

Cabe añadir incluso que la solicitud de formación de inventario, tanto en los procesos de divorcio, separación y nulidad, como en los derivados del artículo 1393 del Código Civil, puede solicitarse con absoluta independencia de cualquier medida de administración sobre los bienes gananciales. Los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no presentan dudas interpretativas al respecto. Si los esposos no plantean medidas sobre la administración del patrimonio ganancial, pero sí interesan su liquidación, deberán principiar tal trámite con la formación del inventario.

Concluimos, por tanto, que la posibilidad de solicitar una formación de inventario desde el mismo momento en que se presente la demanda de separación de bienes, separación, divorcio o nulidad, no responde exclusivamente al carácter cautelar de la medida. Al admitir esa facultad procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil seguramente no haya querido "*anticipar*" la disolución de la sociedad de gananciales al momento de presentación de dichas demandas, porque los artículos 95 y 1392 del Código Civil no se cohonestan bien con ello. Lo que sí parece claro, en nuestra opinión, es que la formación del inventario no es un mero trámite cautelar, porque obviamente es algo más que eso y, de hecho, habitualmente, es algo distinto de eso.

En nuestra opinión, el legislador ha adoptado un criterio de mera economía procesal. Los procedimientos sobre extinción judicial de la sociedad de gananciales, como ocurre con los de separación matrimonial, divorcio o nulidad, concluyen con una sentencia que declara la disolución del consorcio. Tal como lo concibe el artículo 1396 del Código Civil, la disolución de la sociedad de gananciales es el inicio mismo del proceso que ha de llevar a su liquidación; la una se concibe como parte integrante de la otra (pues se

[1162] Así, entre las más recientes, pueden verse al respecto la SAP de Cáceres de 17 de abril de 2024, la SAP de Santander de 25 de marzo de 2024, la SAP de Jaén de 21 de febrero de 2024, la SAP de Málaga de 7 de febrero de 2024, la SAP de Almería de 9 de enero de 2024, o la SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2023 que, con relación a este planteamiento, explica que "*constituye criterio jurisprudencial consolidado (…) que el acta y el acto procesal que aquella documenta, de formación de inventario constituye un hito con efecto preclusivo tanto en relación a los conceptos inventariados como en relación a la fundamentación jurídica de las pretensiones de las partes.(…) no resulta factible a la parte sostener con posterioridad, en concreto, en la vista oral que se celebre, la necesaria inclusión o exclusión de partidas tanto del activo como del pasivo. Es, por tanto en dicho momento de la comparecencia de los cónyuges o ex cónyuges ante el LAJ, en el que han de alegarse los puntos en los que hubiere oposición, las excepciones materiales, procesales y cuantas supongan un obstáculo a la válida terminación del proceso mediante sentencia sobre el fondo, de manera que fuera ya de estos momentos procesales no cabe alteración de la postura o ampliación de hechos, en cuanto entraña una variación extemporánea e inadecuada de la litis, sin que quepa en modo alguno modificación de las pretensiones deducidas previamente*…".

entiende que, "*disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*").

La administración y conservación del caudal común durante el litigio entre los esposos suelen ser parte habitual de su conflicto y, por ello, el legislador prevé la formación del inventario de la sociedad ganancial como una medida idónea para la consecución y control de dichos cometidos cautelares. De ahí su previsión en los artículos 103.4º y 1394 del Código, y en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aún con ello, no tendría sentido formar un inventario de la sociedad ganancial a efectos cautelares en el proceso que pretende su disolución y desligar el mismo del que, con carácter imperativo, debe formarse en todo caso para liquidarla. Entendemos que el legislador ha sido práctico, y solapa un único inventario para ambos propósitos.

Por todo ello, no parece que las normas que regulan los aspectos procesales de la formación del inventario deban llevar a conclusiones de mayor alcance en torno a la fecha de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, en ninguno de los sentidos.

1.2.3.- Las medidas para la administración del caudal

Tras hacer referencia a la práctica del inventario, el artículo 1394 del Código Civil dispone que el juez "*adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal*", imponiendo un límite, consistente en que deberá requerir "*licencia judicial*" para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Nuevamente, y por los mismos motivos que se acaban de exponer acerca de la formación de inventario, creemos que tiene sentido armonizar la interpretación de esta previsión del artículo 1394 del Código con lo que incorporan los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre esto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN[1163] explica que, en el ámbito del precepto, el juez tiene una amplia libertad de configuración de las medidas que considere adecuadas para la administración ordinaria del caudal. Se citan como ejemplo el nombramiento de un administrador, la imposición del deber de rendiciones de cuentas, o el depósito de bienes determinados en establecimientos públicos.

En contraposición a lo anterior, para los actos que excedan de la administración ordinaria, la regla es la necesidad de la previa licencia judicial. MORALEJO IMBERNÓN[1164] explica que el juez deberá otorgar una autorización *ad hoc* -a iniciativa

[1163] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios a…,* cit., pág. 1787. Le sigue GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: "Comentario al artículo 1394", *Código Civil…*, cit., pág. 1628.

[1164] MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1620.

de cualquiera de los cónyuges- para la realización de actos como conceder arrendamientos sometidos a prórroga forzosa, o los arrendamientos por períodos superiores a los seis años previstos en el artículo 1548 del Código.

Creemos que tiene razón MARTÍNEZ CALCERRADA[1165] cuando afirma que la medida de administración únicamente habrá de recaer sobre el acervo común y no sobre el privativo de ninguno de los esposos. Obviamente, cuando se trate de procedimientos sobre separación de bienes motivados por la causa prevista en el artículo 1393.3º del Código, esto resultará especialmente relevante con relación a los ingresos que obtengan los cónyuges con sus salarios, o en concepto de rendimientos de su actividad profesional, o con los frutos de sus bienes privativos. Aunque en circunstancias de estabilidad en el matrimonio todos estos conceptos son bienes gananciales (artículo 1347.1º y 2º del Código Civil), la doctrina de la limitación funcional los ha considerado privativos de los esposos durante la separación de hecho. En este aspecto, si no hay acuerdo entre las partes, entendemos que el juez deberá resolver lo que entienda procedente en la vista del artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con efectos meramente cautelares.

2.- EL EJERCICIO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO

2.1.- La disolución de la sociedad de gananciales como cuestión a resolver en la sentencia sobre nulidad, separación o divorcio

El ordenamiento español considera que, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, existen diversos aspectos personales y familiares que el juez debe resolver al dictar sentencia. La propia sentencia de divorcio, nulidad o separación anuda unos efectos jurídicos determinados aun si algunos de esos aspectos quedan omitidos en sus pronunciamientos.

Tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento perfilan el contenido de las sentencias a las que hacemos referencia.

La norma sustantiva lo hace en su artículo 91, al disponer que, "*la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna*".

El contenido de la norma procesal es prácticamente idéntico al anterior, pues dispone en su artículo 774.4 que, "*en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que*

[1165] MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, Luis: op. cit., pág. 216.

hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna".

De los anteriores preceptos resulta que la sentencia que resuelve el litigio matrimonial tiene consecuencias directas sobre el régimen económico del matrimonio. No obstante, existe una diferencia terminológica entre ambos, que se produce precisamente en sus respectivas referencias al régimen económico del matrimonio. Mientras la norma sustantiva se refiere a la adopción de medidas judiciales con relación a su *liquidación*, la norma procesal alude a su *disolución*.

Sin perjuicio de ese matiz, el Código Civil es aún más incisivo en torno a las consecuencias que tienen las sentencias de divorcio, separación o nulidad sobre el régimen económico del matrimonio. Su artículo 95[1166] dispone que la sentencia firme dictada en los procesos matrimoniales producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial. En estricta referencia al régimen de gananciales, los ordinales 1º, 2º y 3º de su artículo 1392 atribuyen este mismo efecto –la disolución- a las sentencias que se pronuncian en los litigios de esa naturaleza.

La disolución de la sociedad de gananciales por la sentencia que resuelve el litigio matrimonial se produce *ex lege*. Esto explica que:

1º) La declaración de nulidad sobrevenida de un convenio regulador aprobado en una sentencia de separación, en el que se dispone la disolución de la sociedad de gananciales, no afecta al pronunciamiento que acuerda dicha disolución, ya que ésta es una consecuencia directa de la propia sentencia y no del convenio.[1167].

2º) La simple omisión en el fallo de la sentencia que resuelve la causa matrimonial de un pronunciamiento expreso sobre la disolución de la sociedad de gananciales no impide que dicho efecto se produzca[1168].

A los efectos que analizamos, el pronunciamiento que declara la disolución o separación del matrimonio adquiere firmeza, a pesar de que se recurran las medidas

[1166] Integrado en el capítulo IX, del título IV, del libro I, que recoge las normas relativas a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

[1167] Supuesto al que se refiere la STS de 4 de septiembre de 2017.

[1168] Sobre ello, la SAP de La Coruña de 14 de noviembre de 2023 explica que "*la disolución del matrimonio por causa de divorcio, declarado por la resolución apelada, produce de pleno derecho y ope legis, sin necesidad de un pronunciamiento específico, la conclusión o disolución de la sociedad de gananciales*".

acordadas en la misma sentencia. El artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamientos es claro al respecto y así lo rubrica además la jurisprudencia[1169].

Consecuencia de todo lo anterior es que el demandante del divorcio, la separación o nulidad matrimonial inicia un procedimiento ante la autoridad judicial que, por imperativo del legislador, debe concluir con una sentencia que extingue la sociedad de gananciales. Tras la sentencia que resuelva el proceso, el régimen de la sociedad de gananciales no puede continuar. Si la sentencia es de separación, las partes continuarán vinculadas en una relación de matrimonio, sin convivencia efectiva y con un régimen de separación de bienes. Las sentencias de divorcio o nulidad determinarán, *per se*, la extinción del matrimonio y, con ello, también la del régimen económico[1170].

2.2.- El ejercicio de la pretensión del artículo 1393.3º del CC en los procedimientos de separación o divorcio.

La jurisprudencia que postula la aplicación restrictiva de la doctrina de la limitación funcional considera que el Código Civil, al disponer que la sentencia pronunciada en el litigio matrimonial produce la disolución de la sociedad de gananciales, no permite aceptar como regla general que la separación de hecho pueda determinar esa misma consecuencia[1171].

El discurso es conocido[1172]. Se afirma, como ya hemos visto, que, conforme al artículo 1392.1° del Código, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y que, conforme a su artículo 95, la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial. La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (artículos 1393.3º y 1394 del Código). La jurisprudencia ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad

[1169] Así, la STS de 5 de abril de 2022.

[1170] Dice LLAMAS POMBO, Eugenio: *Acciones civiles, Tomo I, Derecho de la Persona, Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia*, La Ley. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pág. 1441, sobre la acción de divorcio que"…*la pretensión principal de quien o quienes ejercitan la acción no es otra que se declare judicialmente la disolución del matrimonio. Pero junto a esta pretensión principal, y como efecto de su estimación, concurren una serie de pretensiones accesorias en relación a las medidas que han de regular la situación personal y patrimonial de los ex-cónyuges y sus hijos; guardia y custodia de los mismos; régimen de visitas, pensiones alimenticias, atribución de la vivienda familiar, disolución y liquidación del régimen económico, pensión compensatoria… Todas estas medidas, previamente acordadas o directamente determinadas por el Juez, quedan fijadas en la sentencia de divorcio, junto con la pretensión principal, y son medidas que dotarán de un nuevo estatuto jurídico a las relaciones de la pareja y sus hijos*".

[1171] En este sentido, han sido expresivas, por ejemplo, las SSTS de 28 de mayo de 2019, 2 de marzo de 2020, de 6 de junio de 2022, 29 de mayo de 2023, o de 25 de abril de 2024.

[1172] Lo reitera, entre las más recientes, la STS de 3 de julio de 2024.

bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro. Ahora bien, se defiende que esta doctrina no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso pues, ante los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (artículos 1393.3º, 1368 y 1388 CC), solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (artículo 7 CC)[1173].

Cabe compartir aquí muchos de los anteriores argumentos. Es indudable que el Código Civil determina que la sentencia dictada en el pleito matrimonial disuelve *ope legis* la sociedad de gananciales (artículos 1392 y 95). También es correcto que la separación de hecho sólo determina la extinción del consorcio cuando, en sede contenciosa, se declara la disolución por pronunciamiento judicial. Incluso, como hemos podido ver, es cierto que algunos artículos del Código Civil, como el 1368 o el 1388, regulan aspectos de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho presumiendo con ello su continuidad ante esa contingencia. Cabe compartir, por otra parte, que el ordenamiento español no tolera el ejercicio abusivo del derecho, ni las formulaciones contrarias a la buena fe, aspectos ambos que tiznan las pretensiones de participar en lo que ha obtenido un tercero a expensas de su exclusivo trabajo, bajo el nudo argumento de que se dispone de un título -el de socio consorcial-, en realidad, solo aparente.

Las conclusiones que alcanza la jurisprudencia con su disertación tienen perfecto encaje legal en el eventual escenario de un procedimiento matrimonial en el que el demandante casado en régimen de gananciales se limita a solicitar –o permitir con su omisión- que se apliquen los efectos que, *ope legis*, determinan los artículos 95 y 1392 del Código Civil, y el cónyuge demandado no plantea oposición o pretensión alternativa al respecto. Sin embargo, un análisis ponderado de los argumentos expuestos por la jurisprudencia permite, a nuestro juicio, entender la cuestión de otra manera.

La sentencia de separación, nulidad o divorcio determina *per se* el cese de la sociedad de gananciales. Las cuestiones atinentes a su disolución quedan comprendidas

[1173] Aparte, y como argumento adicional, la jurisprudencia suele incidir en que: 1º) de manera coherente con la idea de que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta que se extingue por sentencia firme, el art. 103.4.ª CC (y art. 773 LEC) contempla la posibilidad de que una vez admitida la demanda el juez adopte medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos "*los que adquieran en lo sucesivo*", lo que presupone que el régimen no se ha extinguido"; 2º) Resulta especialmente relevante que la ley, que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados (art. 102 CC), no establezca como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. La ley tampoco prevé la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada; y 3º) El que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario (art. 808 LEC) solo supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar. Con ello, se dice, hay que admitir que, si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes gananciales.

por tanto como parte del objeto propio del proceso matrimonial. Consecuencia de ello es que, en el ámbito del proceso matrimonial, cualquiera de los cónyuges puede razonar ante el tribunal que su sociedad de gananciales se extinguió *de facto* como consecuencia de su separación de hecho y pedir al juez que, por tal causa, disponga la retroacción de los efectos de su disolución a la fecha en que se produjo el cese efectivo de la convivencia, en la misma sentencia de separación, nulidad o divorcio[1174].

El cónyuge demandante de la separación, nulidad o divorcio puede ejercitar la pretensión que le conceden los artículos 1393.3º y 1394 en esa misma demanda. En este sentido, los artículos 81 y 86 del Código Civil permiten –y de hecho exigen- al demandante de la separación o el divorcio acompañar una "*propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos*" derivados de la demanda; y, por otra parte, los artículos 91 del Código Civil y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento instan al tribunal que conoce de la separación, divorcio o nulidad a determinar, en la propia sentencia, las medidas "*que procedan*", entre otros extremos, "*en relación con (...) la (...) disolución del régimen económico*". Así, la sentencia que pone fin al proceso matrimonial puede determinar la conclusión de la sociedad de gananciales aplicando, según sea el objeto de discusión entre las partes, bien el artículo 1392, o bien el artículo 1393.3º, en este caso incluso acordando los efectos de retroacción del artículo 1394. En definitiva, en cualquiera de los casos, es la sentencia la que extingue la sociedad ganancial y es derecho del demandante solicitar ese efecto como consecuencia de la separación de hecho que pueda alegar ante el tribunal.

Si el cónyuge demandado está conforme con ese pronunciamiento interesado por el actor, podrá avenirse al mismo, limitando su oposición a cualquiera de las demás

[1174] Sobre ello, cabe remitirse a la exposición que realiza la SAP de Asturias de 29 de enero de 2024: "*…la sociedad de gananciales se extingue por las múltiples causas que se reseñan en los artículos 1.392 y 1.393 del Cc, de las cuales nos interesan ahora en particular las previstas en el artículo 1392.1º, conforme al cual la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, y el 1.393.3º, que dice que la sociedad de gananciales "también concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando el matrimonio llevara separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar", en cuyo caso el Juez determinará la fecha desde la que reputa extinguida la sociedad de gananciales pues así lo autoriza y obliga el artículo 1394 del Cc. Esta segunda causa puede dar lugar a una demanda en la que se inste del Juez exclusivamente la extinción de la sociedad de gananciales, manteniendo incólume el matrimonio, pero no es ese el supuesto que ahora nos interesa, sino aquel en que los cónyuges separados de hecho durante más de un año deciden presentar demanda de divorcio. En esta hipótesis, es irrefutable que la obligada estimación del pronunciamiento de estado civil acarreará necesariamente la extinción de la sociedad de gananciales pues así resulta de los artículos 95 y 1.392 del Cc, pero ello no es óbice para que el litigante a quien interese que ese efecto se retrotraiga a la fecha de la separación de hecho pueda acumular esa pretensión al proceso matrimonial obligando al Juez que conoce de este a examinar, junto con los demás extremos señalados en el artículo 91 y ss del Cc, si concurría aquella causa extintiva y, caso afirmativo, establecer la fecha desde la que entiende ocurrida la extinción de la sociedad de gananciales. (...) cuando los cónyuges lleven separados de hecho más de un año por consenso o por haber abandonado uno de ellos el domicilio común, la extinción de la sociedad de gananciales podría fundarse en ambas causas y será necesario examinar cual ha sido invocada en el pleito correspondiente en orden a interpretar, si fuera necesario, el fallo de la sentencia*".

medidas instadas en la demanda[1175]. Obviamente, el demandado puede oponerse también a la solicitud, en cuyo caso el pronunciamiento deberá realizarse en sentencia[1176].

La pretensión de que se declare la extinción de la sociedad de gananciales por una previa separación de hecho entre los esposos puede introducirse también por el cónyuge demandado en el procedimiento matrimonial. Cabe, en efecto, que el actor no formule en su demanda ninguna petición relativa a la disolución del régimen económico, o que se limite a pedir que ésta se produzca como consecuencia de lo que disponen los artículos 95 y 1392 del Código. Si, en esa tesitura, el cónyuge demandado es quien interesa que el Juzgado aplique el artículo 1393.3º con la retroacción prevista en el artículo 1394 desde la fecha efectiva de la convivencia, deberá instar su derecho.

En cuanto a la forma en que el cónyuge demandado puede introducir su referida pretensión en el procedimiento matrimonial, puede plantearse si es suficiente promover la respuesta judicial en la contestación a la demanda o si, por el contrario, es exigible formular la reconvención.

La cuestión es dudosa.

Entre las especialidades del procedimiento matrimonial, el artículo 770.2ª, letra d), de la Ley procesal precisa que sólo se admitirá la reconvención cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, en las que concurran dos requisitos: que no hayan sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Solicitar una sentencia de nulidad, separación o divorcio implica necesariamente instar una petición acumulada de disolución de la sociedad de gananciales y esto, ciertamente, podría comprenderse como el cumplimiento del primero de los requisitos. Por otra parte, en la sentencia que concluye este tipo de procedimientos, el juez debe acordar de oficio la disolución de la sociedad ganancial. Se cumpliría también con ello el segundo presupuesto. De entenderse así la cuestión, el demandado podría limitarse a plantear la disolución de la sociedad de gananciales, con efectos retroactivos desde la separación de hecho, en el escrito de contestación, sin tener que ejercitar su pretensión mediante reconvención.

[1175] Creemos, de hecho, que en ese caso podría aplicarse lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud "*[c]uando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley*".

[1176] Esta cuestión es, no obstante, controvertida en la jurisprudencia. Como veremos después, en la jurisprudencia menor, son habituales los pronunciamientos que entienden que la sentencia de divorcio no debe resolver sobre las cuestiones que resuelven los artículos 1393 y 1394, para las que remiten al procedimiento de formación de inventario.

Ello no obstante, cabe analizar la cuestión desde otra perspectiva. Si el actor no ha solicitado expresamente en su demanda que se declare la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la previa separación de hecho entre las partes y, en su virtud, se acuerde la retroacción de sus efectos a la fecha del cese convivencial, podría comprenderse que no concurriría el primero de los requisitos. Y a ello podría añadirse, en cuanto al segundo presupuesto, que, en el proceso matrimonial, el tribunal no debe pronunciarse de oficio sobre los efectos que una eventual separación de hecho entre los litigantes, previa o concomitante a la *litis*, pueda tener en su sociedad ganancial. Incluso, si el Juez omitiera en la sentencia que resuelve el litigio matrimonial el pronunciamiento que extingue la sociedad de gananciales, este extremo sería irrelevante, pues ésta devendría *ipso iure* como consecuencia de lo previsto en los artículos 95 y 1392 del Código. Esta interpretación llevaría, en consecuencia, a entender que es exigible la interposición de una demanda reconvencional por el demandado que, ante el silencio del actor, interese que la sentencia declare la disolución de la sociedad por la separación de hecho existente entre las partes con retroacción de efectos.

Cuando la cuestión se ha planteado ante los tribunales, estos han optado por la segunda interpretación, exigiendo, por tanto, al demandado la interposición de demanda reconvencional[1177].

En nuestra opinión, la segunda tesis es más garantista, pues permite al demandante contestar por escrito a la cuestión sin verse limitado a rebatirla en el acto del juicio; permite al Juzgado conocer los argumentos de las partes sobre la cuestión antes de la vista y disponer de los documentos que los litigantes desean someter a su escrutinio para el mejor discernimiento de la controversia; y permite al demandante allanarse al planteamiento del demandado al contestar la reconvención, con lo que puede reducirse el objeto del litigio, y formalizarse en auto el acuerdo sobre la disolución y su fecha de efectos.

[1177] En este sentido se pronunció la SAP de Madrid de 3 de octubre de 2023. La resolución se pronuncia en juicio de divorcio. El apelante planteaba en el recurso su disconformidad con la fijación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio, que había acordado el Juzgado de Primera Instancia. La Sala desestimó el recurso, apuntando como cuestión procesal previa, que, "*tratándose ésta de una medida no solicitada en la demanda y sobre la que el tribunal no ha de pronunciarse de oficio, el demandado debería haber presentado reconvención para hacerla valer procesalmente de conformidad a lo dispuesto en el artículo 770.2.ª d) de la LEC, cosa que no hizo"*. También entiende correcto que la cuestión la plantee el demandado en vía reconvencional la SAP de Santander de 6 de febrero de 2023. La sentencia se pronuncia en juicio de divorcio. El apelante había pedido al Juzgado mediante reconvención que se pronunciara sobre la separación de hecho que denunciaba en su escrito, atribuyéndole efectos extintivos sobre la sociedad de gananciales, e interesando su retroacción a la fecha en que había surgido esa situación anómala en el matrimonio. La Sala estima el recurso y afirma que "*se estima la reconvención por ampararse en el art. 770.2º LEC -" d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio"-, pues se altera la regla general que hace coincidir el momento de la disolución con la sentencia de divorcio para, expresamente, retrotraer sus efectos a un momento precedente*". En el mismo sentido, se pronuncia la SAP de Granada de 31 de julio de 2020, indicando, en proceso sobre formación de inventario, que "*esa decisión judicial debe ser pedida de modo expreso y justificada en la demanda bien por reconvención*" (aunque añade "*o al inicio de las alegaciones relativas a la formación del inventario defendido por el demandado en lo que sea discrepante con el expuesto por la parte demandante*").

Por otra parte, el ejercicio del derecho del artículo 1393 requiere expresa solicitud de parte y parece razonable entender que, para ello, lo adecuado es formalizarla en demanda reconvencional.

Otra situación procesal a examinar sería la posible presentación de una demanda de nulidad, separación o divorcio en la que el actor solicite expresamente al tribunal que no acuerde la disolución de la sociedad de gananciales por la previa separación de hecho entre las partes, ni acuerde su retroacción, y que, en su lugar, aplique directamente lo previsto en los artículos 95 y 1392 del Código Civil[1178]. La cuestión controvertida a responder en este caso sería qué conducta procesal debe desplegar el demandado que pretenda obtener una sentencia que, contra lo interesado en la demanda, disponga que la sociedad ganancial se extinguió por separación de hecho, con retroacción de sus efectos al momento en que se produjo el cese de la convivencia.

A diferencia de lo que sucedía en el escenario que analizamos antes, en este caso es claro que el propio actor habría introducido en su demanda la cuestión litigiosa y que el juez, atendiendo al deber de congruencia, debería pronunciarse sobre ella en sentencia.

Si el demandado contesta oponiéndose al planteamiento actor, lo razonable es entender que la sentencia pueda resolver el objeto de la controversia en cualquiera de los sentidos planteados por actor o demandado en sus respectivos escritos de demanda y contestación. La mera contestación a la demanda sería en este caso suficiente para que el demandado obtuviera el pronunciamiento a su favor[1179].

Las consecuencias del mero silencio en la contestación acerca del planteamiento realizado por el actor en el escrito de demanda serían más dudosas, aunque cabría entender que el demandado que no se pronuncia sobre ese planteamiento del actor, oponiéndose al mismo, no estaría ejercitando en sede contenciosa su pretensión. Esta actitud procesal no sería la más compatible, sin duda, con la necesaria instancia de parte que exige con claridad el artículo 1393 del Código. Además, la Ley de Enjuiciamiento

[1178] Aunque este planteamiento pueda parecer poco lógico, es posible que ya exista una discusión entre los cónyuges antes del inicio del proceso (pensemos en las habituales negociaciones fracasadas entre dos partes ya asistidas de letrados que les han informado sobre las posibles consecuencias patrimoniales de una disolución retroactiva o diferida). Quizás el cónyuge demandante sea el que no interesa la retroacción y no quiere ocultar la controversia al tribunal. Incluso es probable que interese obtener una sentencia que deje cerrada esa cuestión, antes de iniciar el inventario.

[1179] En este sentido, debe recordarse el criterio que adoptó la STS de 10 de septiembre de 2012, con relación a esta misma situación pero respecto a la pensión compensatoria. Estas resoluciones explican que "*…cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 710.2.ª d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvención en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, "que no hubieran sido solicitadas en la demanda", la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso*".

Civil es incisiva en cuanto a que el demandado debe negar o admitir los hechos aducidos por el actor, con un apercibimiento relevante: el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales[1180]. Es relevante también lo previsto en el artículo 222.2, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1181].

En todo caso, omitir cualquier respuesta al planteamiento del demandante en la contestación y reservarse eventualmente las alegaciones para el acto de la vista, implica, cuanto menos, una conducta procesal susceptible de sancionar judicialmente con la preclusión (artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o, en su caso, con la inadmisión por ser constitutiva de mala fe procesal (artículos 7 del Código Civil y 247.2 de la Ley procesal).

Más dudas presentaría la situación de rebeldía del cónyuge demandado de separación, divorcio o nulidad. En este caso, su conducta no puede ser considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda. La cuestión es aquí si esa mera presunción de disconformidad con el planteamiento del demandante puede aceptarse por el juez como un verdadero ejercicio del derecho previsto en el artículo 1393, más aún con posibles efectos retroactivos. Nosotros creemos que no. Por una parte, identificar silencio con no aceptación no permite identificarlo con el ejercicio efectivo de un derecho que requiere solicitud expresa de parte. Además, podría darse el caso de que el demandado rebelde realmente no desee ejercitar el derecho que le concede el artículo 1393, con lo que, de entenderse de otro modo, podría llegarse al absurdo de que el juez no aplicara para disolver la sociedad de gananciales las normas que en principio le vinculan por defecto en el pleito matrimonial (artículos 95 y 1392 del Código), resolviendo en base a un precepto (el artículo 1393) que en el pleito nadie ha interesado.

3.- EL POSIBLE EJERCICIO DEL DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO

Atendiendo a lo que disponen tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento, la sentencia que resuelve el procedimiento matrimonial debe pronunciarse sobre la disolución del régimen económico. Como hemos indicado, cualquiera de las partes puede solicitar un pronunciamiento por el que se disponga que la disolución de la sociedad de gananciales es consecuencia de una efectiva separación de hecho entre los esposos litigantes. En aras de la congruencia procesal, el juez deberá entrar a conocer de

[1180] En este mismo sentido, el artículo 770.3ª de la Ley procesal establece, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, que las partes deben concurrir a la vista, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

[1181] Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

esa cuestión, si así se le solicita, anticipando los efectos de la disolución al momento en que tuvo lugar el efectivo quebranto de la convivencia entre esposos, que es el fundamento propio del consorcio.

Nuestro ordenamiento jurídico sanciona el principio de legalidad procesal[1182]. Asimismo, nuestra Ley de Enjuiciamiento recoge la norma de la preclusión de los actos procesales. Aunque esta última regla se encuentra modulada en el ámbito del procedimiento de familia cuando se trata de proteger el interés de los menores afectados[1183], los límites que impone a la posible actuación de las partes en el proceso deben entenderse con todo su rigor en cuanto se refieran a aspectos litigiosos que conciernen estrictamente a las relaciones patrimoniales entre cónyuges[1184]. De ahí resulta la trascendencia de determinar con precisión cuáles son el cauce y momento procesal en los que el cónyuge que pretende anticipar la disolución de la sociedad de gananciales a un momento anterior al que determinan los artículos 95 y 1392 del Código debe someterlo al escrutinio del tribunal, para ser debidamente discutido y resuelto.

Ninguna norma de origen legal dispone expresamente cuál es el momento procesal y el modo en que debe ejercitarse la pretensión de disolución anticipada del régimen de gananciales en el ámbito del procedimiento matrimonial. El vacío legal es acusado y, en torno a tan relevante cuestión, suelen ofrecerse tres planteamientos diferentes:

1º) Conforme a una primera propuesta, la posible anticipación de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, resultante de una previa separación de hecho entre las partes, debe plantearse en el ámbito del propio procedimiento matrimonial para ser resuelta en la sentencia que finaliza el mismo[1185].

[1182] Conforme al artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

[1183] En este sentido, la STC de 14 de diciembre de 2020 establece que el rigor de las normas procesales no puede sobreponerse por encima del interés superior del menor. La resolución recuerda que todos los poderes públicos deben cumplir el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución y atender de un modo preferente la situación del menor de edad, "*incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros*". El deber de proveer a la protección del menor, según esta sentencia, "*prima sobre (…) cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones*".

[1184] La SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2023 explica que, en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, "*el principio dispositivo o de aportación de parte actúa con toda su amplitud (artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento civil), y esta es la razón por la que el Ministerio público no ha intervenido ni en la comparecencia para la formación del inventario ni en la posterior vista para la aprobación del mismo. Sencillamente, dada la naturaleza de este procedimiento -en el que se discuten cuestiones estrictamente patrimoniales derivadas de la disolución del matrimonio-, la intervención del Ministerio Fiscal no es necesaria ni preceptiva*".

[1185] Aplica esta tesis, por ejemplo, la SAP de Asturias de 29 de enero de 2024, que reproduce la que viene siendo la doctrina de esa misma Sala. La sentencia explica cuál es la base jurídica de este planteamiento. La sociedad de gananciales se extingue por las causas que se reseñan en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil (entre ellas la de su ordinal 3º), en cuyo caso el Juez podrá determinar la fecha desde la que ésta debe reputarse extinguida, conforme autoriza su artículo 1394.

La separación de hecho puede dar lugar a una demanda en la que se inste exclusivamente ante el juez la extinción de la sociedad de gananciales, manteniendo incólume el matrimonio, pero el caso que interesa analizar es aquel en que los cónyuges separados de hecho deciden presentar demanda de divorcio[1186]. En esta hipótesis, la obligada estimación del pronunciamiento de estado civil acarreará necesariamente la extinción de la sociedad de gananciales[1187], pero ello no es óbice para que el litigante a quien interese que ese efecto se retrotraiga a la fecha de la separación de hecho pueda acumular esa pretensión al proceso matrimonial, obligando al Juez que conoce de éste a examinar si concurría aquella causa extintiva y, caso afirmativo, establecer la fecha desde la que entiende ocurrida la extinción de la sociedad de gananciales. Es más, de no hacerlo así el cónyuge a quien interese anticipar esa consecuencia no podrá luego promover juicio sobre ese particular, porque lo impediría el artículo 400 de la LEC; la cosa juzgada de la sentencia que resuelva sobre estado civil se extenderá también entonces al pronunciamiento de disolución de la sociedad ganancial.

En definitiva, cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho, en el pleito matrimonial la extinción de la sociedad de gananciales puede fundarse en ambas causas[1188] y será necesario plantearlas, examinarlas y resolver sobre ellas en el mismo. El necesario planteamiento de la cuestión en el juicio matrimonial tendrá como consecuencia su preclusión, en el caso de que no se ejercite en el ámbito del mismo. Este criterio llevará a entender también que el pronunciamiento que dictamine la causa de disolución de la sociedad de gananciales en la sentencia del juicio matrimonial tendrá eficacia de cosa juzgada[1189]. Incluso en el caso de que la sentencia no haga pronunciamiento expreso sobre el particular, la aplicación de los artículos 95 y 1392 del Código impedirán la ulterior revisión del criterio extramuros del proceso en que se haya dictado la misma.

2º) Frente a la anterior, existe una interpretación jurisprudencial alternativa que entiende que todo el debate relativo a la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, derivada de una eventual separación de hecho entre los esposos anterior al pleito matrimonial, es materia para dirimir en el proceso de formación del inventario. Son habituales las resoluciones dictadas en el procedimiento matrimonial que rechazan pronunciarse sobre una solicitud de determinación de la fecha

[1186] El razonamiento puede validarse en idénticos términos, a estos efectos, cuando la demanda es de separación o nulidad.

[1187] Artículos 95 y 1392 del Código Civil.

[1188] Esto es, que la disolución podrá fundamentarse en los ordinales 1º, 2º o 3º si se trata, respectivamente, de un procedimiento sobre divorcio, nulidad o separación, o en el ordinal 3º de artículo 1393 del Código Civil.

[1189] En similar sentido, cabe ver la SAP de Córdoba de 5 de diciembre de 2022, la SAP de Bizkaia de 13 de julio de 2021, la SAP de La Coruña de 19 de mayo de 2022, o la SAP de Palencia de 29 de abril de 2022. La SAP de Toledo de 6 de septiembre de 2022 rechaza que pueda plantearse en el proceso de liquidación la cuestión de la retroacción de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, cuando ésta haya sido resuelta expresamente en el juicio de divorcio.

de disolución efectiva de la sociedad de gananciales derivada de una separación de hecho, remitiendo a las partes a que planteen su posible conflicto en el ulterior procedimiento de liquidación[1190].

De atenernos a esta segunda tesis, la determinación de la fecha de la disolución efectiva de la sociedad de gananciales sería una cuestión ajena al objeto del pleito matrimonial. En lógica consecuencia, los esposos no deberían promover en su seno ninguna cuestión sobre el particular, conservando su derecho a ejercitar la pretensión en el ulterior procedimiento liquidatorio[1191].

[1190] Son corolario de esta doctrina, por ejemplo, la SAP de Madrid de 5 de junio de 2014, la SAP de Jaén de 7 de octubre de 2016, la SAP de Asturias de 8 de febrero de 2019, la SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2016, o la SAP de Badajoz de 25 de abril de 2024.

[1191] Es de esta opinión DÍEZ NÚÑEZ, José Javier: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025). Este autor argumenta su postura haciendo ver que "*el concretar el* dies ad quem *de la sociedad de gananciales como consecuencia de una separación de hecho conyugal parece ser cuestión a tratar en el curso del procedimiento de liquidación (…), no antes, al estar en íntima y muy directa relación con las partidas que deben integrar el activo y pasivo del inventario, careciendo de sentido práctico alguno que antes de que los cónyuges litigantes especifiquen propuesta de cuáles sean los bienes que deben integrar activo y pasivo, se discuta una cuestión desconocida como controvertida o no, produciendo un efecto negativo en el curso del procedimiento matrimonial en el que el debate debe quedar centrado específicamente en el pronunciamiento principal a emitir y en las medidas personales y económicas que afecten a cónyuges e hijos. Pero no a otras materias, como la determinación del momento de disolución de la sociedad de gananciales que, inicialmente, por mor de lo previsto en el art. 95 CC, ya queda concretado por ley, sin perjuicio, como se ha dicho, de que posteriormente, en fase ya de liquidación de la sociedad, se abra fase a debate acerca del momento en que esos efectos puedan retrotraerse a otro anterior con las consecuencias que puedan generar sobre determinados bienes de uno u otro"*. En ese mismo sentido, ESPINOSA CONDE, GEMA: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025). considera que "*el proceso en que debe plantearse esta cuestión es el de formación de inventario y liquidación de la sociedad conyugal. El art. 95 CC recoge entre los pronunciamientos de la sentencia del proceso matrimonial, además del efecto legal de la disolución del régimen económico matrimonial, la aprobación de su liquidación si hubiera acuerdo de los cónyuges al respecto. En caso de no existir acuerdo sobre la liquidación deberán remitirse las partes al correspondiente procedimiento pero no podrán plantearse estas cuestiones, ni tampoco la del momento en que se produjo la disolución cuando exista disconformidad sobre ello, en el procedimiento matrimonial. Así el art. 806 LEC dispone que "la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables". En este procedimiento deben plantearse también cuantas otras controversias surjan entre los cónyuges sobre cuál fue el momento de su disolución. Cosa distinta es que en el procedimiento matrimonial pueda quedar acreditado el momento de esta previa ruptura de los cónyuges, por poder afectar a alguna de las medidas que se dicten en la sentencia o porque sea un dato objetivo no cuestionado por las partes. Pero no puede ser la acreditación de ese momento de la ruptura de hecho a los efectos de la disolución de la sociedad conyugal objeto específico del procedimiento matrimonial ya que el contenido de la sentencia queda limitado por el art. 91 CC, y en este precepto no se recogen los pronunciamientos sobre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, salvo cuando exista acuerdo entre los cónyuges como contempla el art. 95 del mismo texto legal. Se señala en la cuestión planteada que la fijación del momento de la disolución, cuando esta debe retrotraerse a la fecha de la separación de hecho, debería conocerse antes*

3º) La complejidad de la cuestión ha llevado al planteamiento de soluciones eclécticas o híbridas. En el ámbito de la jurisprudencia menor, existen resoluciones que consideran que, con carácter general, la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial tiene efectos de cosa juzgada sobre la disolución de la sociedad de gananciales, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 95 y 1392 del Código, aunque permitiéndose un matiz. Cuando consten en el procedimiento matrimonial los elementos fácticos necesarios para valorar si los esposos estaban separados de hecho antes de su inicio, si el pronunciamiento judicial se hubiera limitado a ordenar la disolución de la sociedad de gananciales por mera aplicación del artículo 95 CC, sin haberse pronunciado sobre la posible repercusión a esos efectos del previo cese de la convivencia conyugal, cualquiera de las partes podrá plantear la retroacción en el posterior procedimiento de liquidación[1192].

La STS de 6 de junio de 2022 resolvió un recurso en el que se planteó esta cuestión, pero no arrojó luz sobre su adecuada resolución[1193]. En consecuencia, a fecha de hoy, la jurisprudencia no ha sentado aún su criterio.

En el actual contexto, es exigible el establecimiento de una norma legal que clarifique cómo debe ejercitarse ese derecho. A falta de la misma, la opción más garantista es, a nuestro juicio, plantear la cuestión en el propio procedimiento

---

de procederse a la formación del inventario para de esta manera poder estructurarse debidamente las partidas que lo conforman, y por tanto no debería esperarse a la iniciación del proceso de liquidación para fijarlo sino hacerse en el procedimiento matrimonial. Sin embargo este inventario puede comenzarse en el momento mismo de la presentación de la demanda del procedimiento matrimonial, como dispone el art. 808 LEC, y en este momento tampoco podrían ajustarse las partidas si la disolución no se va a producir hasta el momento del dictado de la sentencia cuando sea esta la que determine la extinción del régimen económico matrimonial. En uno y otro caso se está procediendo a conformar las partidas del inventario sin tener el dato exacto del momento de la disolución. En los casos de separación de hecho hasta que no se determine judicialmente ese momento no se tendrá el dato cierto de la fecha. En los casos de separación o divorcio hasta la fecha de la firmeza de la sentencia no se podrá proceder a la liquidación -art. 810 LEC-. En ambos casos el inventario quedará pendiente del conocimiento de la fecha exacta de la disolución". También comparten esta misma idea PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025) y GALÁN CÁCERES, ELADIO: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad. 24 de junio de 2019*. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025), quien no obstante precisa que la sentencia que resuelva el pleito matrimonial sí podrá establecer la fecha de disolución de la sociedad de gananciales si los cónyuges están de acuerdo en la misma.

[1192] Aplica esta tesis la SAP de Almería de 29 de septiembre de 2020. También las SSAP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2014 y 13 de julio de 2017. Parece compartir este criterio MAGRO SERVET, VICENTE: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

[1193] Nos hemos referido a ello en el segundo capítulo de este trabajo.

matrimonial. Esta conducta procesal evita la preclusión del derecho ante cualquiera de las posibles interpretaciones que se puedan realizar por el tribunal que conozca del asunto. De este modo, aun si el órgano que resuelva la cuestión entiende que ésta debe diferirse a un momento procesal posterior –en concreto, a la fase de formación de inventario que inicia el procedimiento de liquidación-, el justiciable habrá salvado su derecho, pudiendo reproducir su acción en el momento en que le sea permitido, acatando la decisión judicial.

En todo caso, el planteamiento de la cuestión en el procedimiento matrimonial encuentra perfecto encaje en nuestro Derecho sustantivo. Al proponer la fecha de la separación de hecho como momento de efectivo inicio de la disolución de la sociedad ganancial en el curso del procedimiento, se está planteando ante el tribunal una pretensión que, por su contenido, difiere de la respuesta legal que el ordenamiento atribuye con carácter general y subsidiario a la sentencia que resuelve sobre el estado civil en el juicio de nulidad, separación o divorcio. Si la parte no quiere que se le aplique ese efecto, debe advertirlo al juez que ha de dictar dicha sentencia, para que la matice en lo necesario. En suma, tiene pleno sentido que el cónyuge que interese que se resuelva la disolución de la sociedad de gananciales, no por una de las causas del artículo 1392 del Código, sino por la prevista en su artículo 1393.3º, lo peticione en el mismo procedimiento en que se aplicará el primero de esos preceptos si nada se postula en contrario.

Por otra parte, la sentencia que resuelve el juicio matrimonial tiene eficacia de cosa juzgada sobre las cuestiones que constituyen su objeto. No es fácil justificar que uno de sus pronunciamientos necesarios (lo es el de dictaminar sobre la *disolución* de la sociedad de gananciales, según el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) deba tener una eficacia jurídica diferente a los demás que han de integrar el fallo.

Desde esta óptica, la preclusión constituye algo más que una amenaza eventual para el cónyuge que permite la tramitación del juicio matrimonial sin plantear su pretensión de que se declare concluida la sociedad conyugal por aplicación de lo previsto como causa en el artículo 1393.3º, interesando la producción de sus efectos desde la separación de hecho. Si el cónyuge interesado en el pronunciamiento es el demandante y omite su pretensión al plantear su demanda de juicio matrimonial, creará una expectativa en el cónyuge demandado de que su voluntad es disolver la sociedad de gananciales como efecto de la propia sentencia que peticiona en ese proceso. Si quien lo pretende es el demandado y no lo aduce al oponerse a la demanda, dará lugar a la misma situación frente a su oponente. Preclusión y contravención de actos propios procesales constituyen, en ambos casos, argumentos contra los que sólo un puntual planteamiento de la pretensión puede oponerse con garantías de prosperabilidad.

Con todo, en la diatriba que se plantea sobre la cuestión subyace, a nuestro juicio, una relevante cuestión conceptual. Cuando se trata de decidir sobre cuál es la causa de la extinción de una sociedad de gananciales, entre la mera firmeza de la sentencia que resuelve el juicio matrimonial, o la previa separación de hecho entre los esposos que son

parte del proceso, el debate se genera en torno a la causa de su disolución. Esta materia es objeto de decisión en la sentencia de nulidad, separación o divorcio. El actual tenor del artículo 744.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es esclarecedor. Postergar su planteamiento y decisión al procedimiento de liquidación exige obviar que el juez que decide el pleito matrimonial es quien debe aquilatar en esa sentencia cuál es la causa por la que se disuelve la sociedad de gananciales, que en ningún caso puede subsistir tras la conclusión del referido procedimiento[1194]. Ciertamente, trasciende en la formación del inventario determinar la fecha a la que deben remontarse sus partidas (artículo 1397.1º del Código Civil). Pero la definición de ese momento la marca la disolución de la sociedad ganancial y la sentencia del pleito matrimonial debe resolver ese aspecto.

En cualquier caso, la fecha de disolución de la sociedad de gananciales siempre deberá ser la misma para determinar todas las partidas del inventario, independientemente del criterio por el que se opte. No obstante, atendiendo al criterio de disponibilidad y libertad de pactos que rige en la materia, esta regla debe entenderse sin perjuicio del derecho de las partes a poder alcanzar acuerdos especiales con relación a partidas concretas del inventario de la sociedad ganancial, si resulta su interés[1195].

También sugiere el planteamiento de la cuestión en el mismo procedimiento matrimonial un autorizado sector de la doctrina[1196]. Estos autores han apuntado, al margen de los anteriores, otros argumentos adicionales que a nuestro juicio vendrían a

[1194] Como explica PEITEADO MARISCAL, Pilar: "Procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico matrimonial tras la disolución de éste", *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 400, "*las oportunidades de alegación y prueba de las partes no son un fin en sí mismas, sino que se dirigen, como el resto de los elementos del proceso, a que la función jurisdiccional se ejercite en condiciones óptimas; si las partes tienen amplias posibilidades de alegación y prueba en el proceso pero faltan en él otros elementos que son necesarios para que el tribunal domine el asunto sobre el que debe pronunciarse, el balance final puede no resultar satisfactorio para las partes. Visto así, incluso puede considerarse que el proceso especial ofrece mayores garantías que el ordinario respecto de los asuntos para los que está diseñado, porque contiene los mecanismos, los expedientes, los recursos de la técnica procesal que el legislador ha creído específicamente necesarios para ese tipo de asuntos*". El proceso matrimonial es precisamente un proceso especial en el que el legislador ha diseñado el conjunto a cuestiones a dirimir en el mismo y la disolución del régimen económico matrimonial es una de ellas.

[1195] Se pronuncia sobre ello la SAP de Ciudad Real de 18 de septiembre de 2023. Esta resolución explica que "*una cosa es que si existe divergencia entre las partes acerca de la fecha de extinción de la sociedad de gananciales se fije como tal una concreta y determinada y otra bien diferente es que las partes, quienes disponen del objeto del proceso, pacten o acuerden que respecto a una partida concreta el momento temporal a tener en cuenta no es aquel, lo que resulta a todas luces admisible y ajustado a las normas que rigen el proceso civil, en este caso el de liquidación de régimen económico matrimonial, como son el principio dispositivo, de justicia rogada y de congruencia; es más el juicio verbal sobre inclusión y exclusión de bienes tan solo puede referirse a aquellos extremos sobre los que no hubo acuerdo*".

[1196] GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo; GONZÁLVEZ VICENTE, José Luis y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, todos ellos en: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

justificar aún en mayor medida que las cuestiones relativas a la disolución de la sociedad de gananciales se traten de manera completa en el juicio matrimonial[1197].

[1197] Así, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: ibid., apunta que:

"*En primer lugar, debe tenerse en consideración, (…) que el art. 95 CC está incluido en el Libro I, Título IV, capítulo IX del CC, que lleva por rúbrica "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio" y que en él se regulan todas las medidas o efectos derivados de la situación de crisis matrimonial, y entre ellas, la relativa a la extinción del régimen económico matrimonial (…).*

En segundo lugar, no puede obviarse que el párrafo 2º del art. 95 CC permite que en el proceso matrimonial de nulidad se realice un pronunciamiento de declaración de buena o mala fe de cada uno de los cónyuges que produce como efecto una eventual alteración de la liquidación del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges, que se produce cuando el cónyuge que ha obrado de buena fe opta por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, sin que el cónyuge de mala fe tenga derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. (…) lo que el CC permite es que la sentencia matrimonial contenga un pronunciamiento que en realidad sirve de determinación, preparación u ordenación del ulterior procedimiento de efectiva liquidación del régimen económico matrimonial, esto es, un pronunciamiento conexo al de liquidación del régimen económico. (…). Claramente se percibe esa consideración en la Disp. Adic. 3ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, con relación a las "Especialidades procesales relativas a pretensiones liquidatorias de régimen económico ejercidas dentro de los procesos matrimoniales" (…).

En tercer lugar, el proceso matrimonial de separación, divorcio o nulidad se presenta, por razones objetivas, como el más idóneo para dilucidar la pretensión relativa a la fecha de la efectiva disolución de la sociedad de gananciales, que (…) puede situarse en un momento anterior al de la sentencia matrimonial y ser coincidente con la fecha de la efectiva separación de hecho o cese de la convivencia (…). Es indudable que las probanzas que se llevan a cabo en el proceso matrimonial para resolver las pretensiones contrapuestas sobre régimen de custodia y visitas y estancias de los hijos, forma de organización de la familia antes y después de la crisis matrimonial en relación con el cuidado y crianza de los hijos, ingresos y gastos de cada uno de los cónyuges, y aportaciones económicas de cada uno de los cónyuges para contribuir al sostenimiento de la familia, la prole y las cargas del matrimonio durante la crisis conyugal, son fundamentales para resolver también la controversia sobre la fecha de la efectiva extinción del régimen, hasta el punto de que, en la mayor parte de los casos, bastará con la práctica de aquellas pruebas para resolver sobre esta concreta controversia al coincidir en gran parte los hechos controvertidos en una y otras. (…)

En cuarto y último lugar, también por razones eminentemente prácticas, resulta muy aconsejable que antes de proceder a la apertura del procedimiento de formación de inventario regulado en los arts. 808 y 809 LEC las partes conozcan de manera indubitada la fecha efectiva de la disolución del régimen de sociedad de gananciales, pues tal extremo es fundamental para, a partir del mismo, confeccionar en debida forma el inventario del activo y pasivo ganancial Habida cuenta que la comunicación de bienes entre cónyuges y la posible ganancialidad de las deudas contraías por uno de los cónyuges cesan a partir del momento de la extinción del régimen. (…). Podría ocurrir que, iniciado el proceso de formación judicial del inventario inmediatamente después de admitirse a trámite la demanda matrimonial de separación, divorcio o nulidad, debiera celebrarse la comparecencia prevenida en el art. 809.1 LEC antes de que recayera sentencia firme en el proceso matrimonial en que una de las partes hubiere solicitado se declarase judicialmente disuelta la sociedad de gananciales en fecha anterior a la de la sentencia matrimonial, pero, en tal caso, el proceso matrimonial produciría prejudicialidad civil en el proceso de formación de inventario, a tenor de lo dispuesto en el art. 43 LEC, y quedaría en suspenso este último hasta la finalización del primero, salvo que las partes mostraren su conformidad sobre la fecha de la efectiva extinción del régimen en el procedimiento de formación de inventario, en cuyo caso podría continuar este último su curso con normalidad de manera simultánea y paralela al proceso matrimonial".

A los anteriores argumentos cabe añadir, con GONZÁLVEZ VICENTE, Jose Luis: op. cit., que:

Con todo, creemos que sí cabría plantear directamente en el procedimiento sobre formación de inventario la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho en otro tipo de situación distinta a las que venimos confrontando. En particular, nos parece razonable su planteamiento en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales cuando éste no venga precedido de otro procedimiento judicial en el que las partes hayan podido plantear la cuestión. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que los esposos disolvieron la sociedad de gananciales mediante unas capitulaciones que simplemente establecían esa previsión, o la de someterse a otro régimen distinto; o, con mayor razón, a los habituales supuestos en que las operaciones de liquidación se llevan a cabo tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, o de ambos, con la participación de sus derechohabientes. Fuera de estos casos, consideramos, por lo ya explicado en extenso, que la pretensión de retroacción debe plantearse en el ámbito del procedimiento matrimonial o en el de disolución judicial de la sociedad de gananciales.

V.- EL CESE EFECTIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO MOTIVO DE EXCEPCIÓN DE FONDO EN EL PROCESO

Como venimos reiterando, la evidencia jurídica de que la convivencia y colaboración entre esposos constituyen el único fundamento real de la sociedad ganancial late en el artículo 1393.3º del Código Civil. Por ese motivo, el precepto permite a cualquiera de los esposos acudir a la autoridad judicial para obtener una resolución que dictamine la extinción del consorcio conyugal, acreditando la separación de hecho definitiva en el matrimonio.

En otras ocasiones, la separación de hecho es alegada como mera causa de oposición frente a una reclamación patrimonial que pretende hacerse efectiva sobre elementos patrimoniales adquiridos en esa situación, sin haberse disuelto formalmente la sociedad

---

"... el art. 774.4º LEC, que reproduce casi literalmente el art. 91 CC, ya no habla de liquidación del régimen económico, sino de disolución del régimen económico. (...) En definitiva, el CC y la LEC contemplan como pronunciamiento de la sentencia la disolución del régimen de gananciales. Y entiendo que no hay razón de peso para dejar para un momento o fase posterior lo que es el eje neurálgico de dicho pronunciamiento, es decir, la fecha o el momento en que ha de considerarse disuelto el régimen económico, máxime cuando se ha solicitado de forma expresa y la falta de respuesta puede suponer una incongruencia omisiva. (...) la fase que se inicia con los arts. 808 y ss LEC es meramente liquidatoria, y debería tener como hecho ya discutido y resuelto la fecha de disolución. (...) Existen, además, razones de orden práctico que justifican un pronunciamiento previo del momento o fecha disolutorio, antes de iniciar el procedimiento de liquidación. En este sentido y en primer lugar, la labor que puede desarrollar el secretario judicial se antoja más eficaz en orden a un posible acuerdo, en segundo lugar, la relación circunstanciada de hechos e hitos en la vida personal y económica del matrimonio se detallan en la demanda y contestación y no en la propuesta de inventario. Es en el procedimiento principal -art. 770 LEC donde el juzgador, con mayores garantías, toma mayor conocimiento de los hechos, incluida su fase probatoria, que le permiten determinar en su caso y, como indica la cuestión planteada, cuál debe ser el momento o fecha en que se ha producido o se va a producir la disolución de la sociedad de gananciales, pues la fase de formación de inventario no contempla una demanda circunstanciada de hechos que justifique el inventario propuesto".

de gananciales. El estudio de la jurisprudencia proporciona diversas expresiones del fenómeno. Ya nos hemos referido a todas ellas:

- Uno de los esposos pretende la ganancialidad de unos bienes obtenidos por el otro tras la ruptura definitiva de su convivencia. El cónyuge demandado se opone, alegando la separación de hecho como causa obstativa a la reclamación[1198].

- La viuda separada de hecho reclama bienes que pretende de su titularidad ganancial a la pareja extramatrimonial de su esposo fallecido. Esta última se opone a la reclamación, denunciando la inexistencia de convivencia entre el finado y la demandante[1199].

- La viuda del finado se apropia de bienes obtenidos por el difunto durante su separación de hecho en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta formalmente a su deceso. Los hijos extramatrimoniales del finado, que quedan huérfanos, se oponen a esa adjudicación, denunciando la inexistente convivencia entre la viuda y su esposo cuando éste adquirió el patrimonio pretendidamente ganancial[1200].

- Asimismo, nos hemos referido a otras situaciones en las que se plantea ese argumento de oposición frente a una reclamación de un tercero, que pretende el embargo de bienes adquiridos por el tercerista durante su separación de hecho con la persona deudora, y sin su participación[1201].

Con carácter general, quien alega la separación de hecho en estos casos no pretende una sentencia que declare la extinción de la sociedad de gananciales para proceder posteriormente a su liquidación. Todos los anteriores supuestos constituyen situaciones en las que la separación de hecho se alega como mero argumento de defensa frente a una reclamación patrimonial. La denuncia de la ruptura de la convivencia se opone frente a la reclamación actora ante la autoridad judicial, simplemente a modo de excepción.

En las situaciones que venimos relacionando, es habitual el pronunciamiento de resoluciones que acogen el argumento del demandado como mera causa de oposición. La condición formal de socio ganancial del demandante queda desprovista de legitimidad al acreditarse que el patrimonio sobre el que se litiga fue adquirido sin su verdadero concurso.

[1198] Es el caso resuelto, por ejemplo, en la STS de 26 de noviembre de 1987.

[1199] En particular, éste es el origen de la doctrina de la limitación funcional, que se aplica por primera vez, recordemos, en la STS de 13 de junio de 1986, a instancias de la pareja extramatrimonial de un finado a quien la viuda de éste demandaba para hacer efectivo su derecho aragonés de viudedad, pretendiendo extenderlo sobre el patrimonio obtenido por este a lo largo de décadas de separación de hecho.

[1200] Supuesto que da lugar a la STS de 17 de junio de 1988.

[1201] Reiteramos lo ya expuesto acerca de la STSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2005, o del AAP de Toledo de 20 de octubre de 2022.

Esta realidad pone en evidencia que la jurisprudencia ha venido a elaborar una doctrina sobre los efectos de la separación de hecho en la sociedad de gananciales que va más allá de lo que dictamina el artículo 1393.3º del Código. La regla que propugna que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales constituye una cláusula de oposición genérica de origen jurisprudencial frente a las reclamaciones que plantee quien se mantiene con el adquirente del bien como socio ganancial meramente aparente, por carecer de convivencia efectiva con el mismo, o los acreedores o derechohabientes de aquél.

La configuración jurídica de la excepción ha quedado construida en torno a la tesis de que la pretensión de participar como socio ganancial en lo que realmente no se ha contribuido a obtener constituye un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho[1202]. A la vista de ello, esta causa de oposición –o excepción de fondo- puede alegarse por el demandado en todos los diferentes escenarios en que pueda surgir el conflicto, de resultas de una reclamación instada por quien actúe como partícipe ganancial meramente aparente, o en calidad de causahabiente o acreedor del mismo[1203].

No obstante lo anterior, la sentencia que se dicte en el procedimiento en el que se haya alegado la excepción puede tener consecuencias más allá del mismo, precisamente por lo que pueda dictaminar en torno a su objeto.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo resuelto en la sentencia firme que haya puesto fin al proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. Así, en el eventual supuesto de que se produzca entre los cónyuges o sus causahabientes un pleito matrimonial, un procedimiento sobre separación de bienes, o un conflicto judicial hereditario, será vinculante para las partes la decisión de la sentencia previa que conoció de la excepción, cuando se den esas circunstancias.

Incluso en aquellas situaciones en las que los litigantes en el pleito donde se formule la excepción no sean ambos cónyuges, la sentencia podrá tener efecto reflejo en un ulterior proceso entre ambos, o sus causahabientes. La jurisprudencia ha destacado esta

[1202] Lo viene reiterando la jurisprudencia desde la STS de 13 de junio de 1986.

[1203] Así, el cónyuge casado en gananciales que ha obtenido un patrimonio durante su separación de hecho, o sus derechohabientes, podrán oponer la excepción en las situaciones ya analizadas anteriormente o en otras como los procedimientos que su cónyuge ejercite en su contra, al amparo del artículo 1393 del Código Civil, pretendiendo que se aplique una causa de extinción judicial de la sociedad de gananciales con una fecha de efectividad que perjudique las adquisiciones obtenidas por el demandado durante su separación de hecho, o unas medidas cautelares que del mismo modo afecten indebidamente a ese patrimonio; los procedimientos sobre la gestión o administración de bienes gananciales derivados de lo previsto en el artículo 1388 del Código Civil; o los procedimientos patrimoniales con terceros que no queden protegidos como adquirentes o acreedores de buena fe.

posible eficacia de las resoluciones judiciales frente a sujetos no partícipes en el procedimiento[1204].

En todo caso, los cónyuges también quedarán vinculados por la posición procesal que adopten en el pleito en el que se alegue la excepción con relación a la misma, de cara a cualquier procedimiento posterior. La buena fe, también en su faceta procesal, impide actuar contra los actos propios[1205].

Obviamente, en el pleito en el que se plantee la excepción, también tendrá efectos reflejos o, en su caso, eficacia de cosa juzgada, cualquier resolución firme que se haya podido adoptar en un pleito anterior en el que se haya conocido sobre esa misma cuestión.

En este orden de cosas, la casuística puede ser amplia. Es incluso posible que se plantee la excepción en un procedimiento judicial cuyo inicio tenga lugar durante la pendencia de otro anterior en el que se esté discutiendo sobre ese mismo aspecto. En estas situaciones las partes podrán plantear y el Juzgado resolver lo que resulte más apropiado conforme a Derecho, teniendo en cuenta principalmente las reglas sobre litispendencia, acumulación y prejudicialidad.

[1204] Puede verse sobre ello la STS de 10 de mayo de 2022. Esta resolución, recopilando anteriores resoluciones de la misma Sala, recuerda que, además de la cosa juzgada -en sentido positivo o negativo-, "*las sentencias firmes puedan producir en un ulterior proceso un efecto distinto, conocido como efecto indirecto o reflejo, que es el que deriva de contener la afirmación de un hecho destinado a integrar el supuesto de una relación jurídica en la que es parte un tercero y constituye la materia de un posterior proceso*". La sentencia se refiere al relevante efecto de dichas sentencias de "*constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo*", medio de prueba que será cualificado, "*aun cuando deba ponderarse en unión de los demás elementos de convicción aportados al juicio*".

[1205] Artículo 7 del Código Civil, artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES FINALES

Es el momento de exponer ordenadamente cuáles son los resultados de esta investigación. En lo que consideramos más relevante, las reflexiones que se han compartido de manera extendida en los anteriores apartados del trabajo pueden sintetizarse en este epílogo, que incorpora nuestras conclusiones.

1.- PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

El planteamiento de esta investigación partía de la identificación de un problema actual de carácter jurídico: qué efectos produce la separación de hecho definitiva en la sociedad de gananciales, que es un régimen económico matrimonial concebido para matrimonios cuyos miembros conviven y cooperan.

Hemos estudiado la materia, analizando distintas fuentes, legales, doctrinales, jurisprudenciales, históricas y de Derecho comparado. Con ello, hemos identificado los principales problemas que plantea la cuestión y verificado cuál es el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorga. De este modo, ha sido posible realizar una valoración crítica sobre las soluciones que se aplican o proponen para los problemas identificados, así como advertir que existen áreas conflictivas que, a fecha de hoy, no han recibido una respuesta legal satisfactoria. El planteamiento de la investigación ha sido tras ello la organización de los recursos disponibles para exponer ordenadamente el resultado de las anteriores pesquisas y buscar las respuestas con las que, en nuestra opinión, la ciencia jurídica puede contribuir a mejorar el tratamiento de la problemática estudiada, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*.

2.- OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.- Problemática analizada

Los matrimonios casados en gananciales sufren, como cualesquiera otros, crisis de convivencia. La pérdida de afecto en ambos esposos o la decisión de uno de ellos de poner fin a la relación pueden llevar a los cónyuges a su separación definitiva. En tales casos, la vida en común llega a su fin y comienza el desarrollo de otras dos que se desarrollan independientes.

En ese novedoso escenario, cada cónyuge inicia una vida propia, adopta sus decisiones profesionales sin someterlas a la previa o ulterior consulta del otro, deja de trasladarle información sobre su situación económica o la gestión de los recursos que maneja, recupera sus bienes privativos y se apropia de sus frutos, y disfruta y administra como si fueran exclusivamente suyos los ingresos procedentes de su trabajo, del azar o de la liberalidad. Todo ello sucede sin haberse disuelto formalmente la sociedad de gananciales por ninguno de los cauces que actualmente ofrece el ordenamiento jurídico. De lo anterior resulta una profunda contradicción. Formalmente, los cónyuges permanecen unidos por su matrimonio y por su sociedad ganancial. Sin embargo, en el

plano de la realidad, sus vidas transcurren, no ya al margen de ambos vínculos, sino de un modo frontalmente inconciliable y del todo incoherente con ellos. Es probable que los cónyuges, en esa situación, no puedan o no quieran alcanzar un acuerdo que, de manera directa –capitulando- o indirecta –mediante un divorcio o separación amistosos, o con una demanda de disolución de la sociedad de gananciales, concebida mutuamente para ser objeto de un ulterior allanamiento-, pueda producir la disolución formal de la sociedad de gananciales. Cabe que los cónyuges tampoco quieran promover la disolución formal de la sociedad de gananciales por la vía contenciosa, ni ejercitando una acción con ese cometido ni como consecuencia de una petición de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. Se plantea entonces la cuestión de si nuestro ordenamiento, en esa concreta tesitura, obliga a los esposos a continuar ligados por su sociedad de gananciales y, en tal caso, cuál es el alcance y cuáles las consecuencias de esa imposición.

2.2.- Solución que ofrece el ordenamiento vigente a la problemática analizada

Ante la anterior problemática, la tesis hoy dominante en la jurisprudencia y en la doctrina sostiene que el ordenamiento jurídico dispone, como regla general, la continuidad de la sociedad de gananciales entre los cónyuges durante la separación de hecho.

Sostener esa tesis conlleva admitir efectos no deseados, porque, ciertamente, contradicen el fundamento de la propia sociedad de gananciales, que es la convivencia y colaboración entre los esposos. Por ello, la jurisprudencia alumbró la doctrina de la limitación funcional, con la que corrige el problema de atribuir a una masa común las ganancias y adquisiciones ganadas por cada cónyuge con su exclusivo esfuerzo durante el período de separación de hecho en el que no cooperan.

Incluso, alguna resolución del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar expresamente, como sostiene un sector muy autorizado de doctrina, que el artículo 1394 del Código Civil permite retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se acredite que se produjo la separación de hecho.

2.3.- Valoración crítica de la solución que proporciona el ordenamiento vigente

La solvencia argumental de la tesis dominante no evita la producción de ciertos efectos que incluso sus propios valedores reconocen como indeseados. Si la sociedad de gananciales continúa a pesar de que los esposos lleven vidas personales separadas y con economías que se producen, administran y disponen de manera independiente, la aplicación aséptica de las normas contenidas en los artículos 1344 y siguientes del Código Civil obliga a éstos a:

- Integrar las principales adquisiciones que obtengan durante su separación de hecho (rendimientos del trabajo o de las actividades económicas, frutos de los bienes privativos y patrimonio adquirido a cargo de los anteriores conceptos) en una masa común, para el reparto de la mitad de su remanente con el otro esposo en un futuro.

- Aplicar sobre los mismos bienes un régimen de administración conjunto, en el que además se deberá evitar cualquier acto de gestión que pueda perjudicar a la masa común o a los intereses del otro cónyuge.

- Informar y rendir cuenta de las actividades económicas y actos de gestión patrimonial propios al otro cónyuge.

- Responder con el patrimonio que obtenga tras la ruptura frente a ciertas obligaciones que su aún consorte pueda realizar unilateralmente (artículos 1365, 1366, 1367 del Código).

Creemos que nada de lo anterior tiene sentido. Incluso cuando uno de los cónyuges no dispone de recursos propios para mantener una vida autónoma o existen hijos a cargo del matrimonio que se separa de hecho, el ordenamiento ofrece para estos problemas otras soluciones como la prestación de alimentos o el derecho de uso sobre la vivienda familiar que no exigen perpetuar el ligamen de los gananciales, fuente de conflicto constante tras la ruptura de la convivencia.

Para mitigar esas externalidades, la jurisprudencia auspicia su doctrina de la limitación funcional, que a pesar de su trascendencia presenta algunos problemas relevantes:

a) No resuelve la disolución de la sociedad de gananciales entre los esposos. Cuando se apela a esta doctrina, sus efectos se suelen limitar a negar la participación de uno de los esposos en algunas adquisiciones y beneficios obtenidos por el otro durante la separación de hecho. La propia jurisprudencia ha subrayado en alguna ocasión que al aplicar la doctrina de la limitación funcional no pretende acometer la disolución de su sociedad de gananciales. Es cierto que esta doctrina se aplica cada vez de manera más acusada en procedimientos de liquidación de la sociedad ganancial en los que obviamente el consorcio ya se ha extinguido por otro motivo y, en consecuencia, el problema al que apuntamos se difumina. Aun con ello, es obvio que no lo resuelve.

b) Es una solución de carácter fragmentario. Cuando la jurisprudencia aplica la doctrina de la limitación funcional, lo hace casi siempre, como se ha dicho, para negar la participación de uno de los esposos en las adquisiciones y beneficios obtenidos por el otro durante la separación de hecho. Sin embargo, no resuelve otros aspectos importantes que afectarían a la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, como, por ejemplo, cómo debe llevarse a cabo la administración de los bienes gananciales anteriores a la ruptura y, en su caso, a los adquiridos por cada cónyuge tras la separación; el destino y gestión de los frutos de sus bienes privativos; o hasta dónde alcanza el derecho de los esposos a poder administrar los ingresos y bienes que obtienen y adquieren tras el cese de su convivencia conyugal.

c) Conforme viene formulada en la actualidad, exige que se acredite que la pretensión de participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el otro cónyuge durante la separación de hecho se realiza de mala fe o con abusividad. La jurisprudencia

presume así que la reclamación de ese objeto es, en principio, legítima y, por tanto, sólo cabe su rechazo si se acredita que, por circunstancias periféricas o de orden contextual, se plantea con abuso o contraviniendo la buena fe.

d) Como consecuencia directa de lo anterior, genera a los cónyuges una cierta incertidumbre en torno a cualquier futura decisión judicial que pueda pronunciarse sobre las adquisiciones obtenidas durante el período de ruptura. Es difícil vaticinar con certeza si éstas van a ser respetadas como exclusivamente propias o si surgirá la obligación de compartirlas. La decisión dependerá de la valoración judicial sobre una serie de elementos periféricos que no se han tasado con exactitud. La doctrina de la limitación funcional presenta así un grado relevante de inseguridad jurídica.

La interpretación del artículo 1394 del Código Civil como norma que permite retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se acredite que se produjo la separación de hecho coadyuva aún en mayor medida a la solución del problema que ya atiende la doctrina de la limitación funcional, pero, con ello, el sistema sigue sin resolver todos los aspectos críticos que conlleva considerar vigente la sociedad ganancial entre los esposos tras su separación de hecho.

2.4.- Juicio de oportunidad sobre una posible propuesta alternativa

Como vemos, la atribución de las ganancias y adquisiciones obtenidas durante la separación de hecho ha sido el aspecto en el que principalmente se han procurado algunas soluciones jurídicas dentro del conjunto de dificultades que enfrentan los cónyuges casados en gananciales que se hallan en esa situación. Sin embargo, hemos advertido una significativa ausencia de soluciones en los aspectos restantes. Algunos de ellos son relevantes.

Corregir el aspecto de las atribuciones a la masa común de las ganancias obtenidas por los cónyuges durante la separación de hecho constituye, a pesar de todo, una solución *ex post facto*. Hemos considerado conveniente analizar si cabe escrutar en la ley algún argumento que permita a los esposos disponer de lo que ganan y obtienen durante su separación de hecho de una manera inmediata, así como administrarlo. Lo mismo cabe plantear sobre las cargas que debe soportar cada esposo durante su vida independiente. Es extraño que las ganancias de dos personas que hacen vidas independientes deban soportar como carga los gastos de explotación del negocio de uno solo de ellos. Se trata de otro aspecto relevante sin resolver. También suscita muchas dudas si los frutos de los bienes privativos deberían devenir comunes cuando los cónyuges viven separados, o si las ganancias de uno de los esposos deberían asumir los gastos de mantenimiento de los bienes privativos del otro desde que inicia la ruptura.

Para resolver la problemática de la continuación de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, la doctrina ha propuesto algunas soluciones que no nos han parecido convincentes por los motivos que hemos podido exponer.

La suspensión de la sociedad de gananciales es un planteamiento interesante, que defiende algún autor prestigioso en la materia y que podría ser adecuado adoptar. No obstante, esta propuesta se enfrenta a importantes críticas, apuntadas por algún sector de la doctrina y alguna jurisprudencia. Se le reprocha la propia *inexistencia* de la figura de la suspensión de la sociedad de gananciales y, por otra parte, la falta de explicación de las reglas que regularían el consorcio conyugal durante la separación de hecho.

La solución de considerar una sociedad de gananciales matizada durante la separación de hecho, aplicando únicamente aquellas de sus normas que no presumen la convivencia conyugal nos ha parecido de imposible realización.

Por ese motivo, hemos apostado por intentar elaborar una solución alternativa, asumiendo lógicamente y con absoluta humildad su segura crítica, de la que, en todo caso, habremos de obtener observaciones valiosas que permitan mejorar el resultado de este trabajo.

3.- CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Primera

"Mediante la separación de hecho, los cónyuges ponen fin a su relación de convivencia en el matrimonio sin la intervención de ninguna autoridad pública. El elemento subjetivo, o pérdida de la *affectio maritalis*, es el que determina la existencia de la separación de hecho desde que se expresa por, al menos, uno de los cónyuges".

La primera conclusión que extraemos del trabajo realizado se refiere a la noción actual de la separación de hecho y a los elementos que la integran.

Como situación jurídica prevista por el ordenamiento, la separación de hecho ha sido reiterado objeto de estudio por la doctrina. Creemos que sigue resultando válida la definición doctrinal de la separación de hecho como la interrupción indefinida de la vida conyugal, que se caracteriza por la concurrencia de tres requisitos:

1º) Cese 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.

Asimismo, creemos que cabe distinguir hoy en la separación de hecho, como se ha propuesto habitualmente, dos dimensiones distintas, *corpus* y *animus*. El *corpus* se refiere a la faceta material de la ruptura, e implica el cese efectivo de la cohabitación física entre los esposos. El *animus* constituye el aspecto volitivo, intencional o espiritual de la separación de hecho y representa la quiebra de la afectividad marital.

En el ámbito de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el elemento volitivo ya era el preponderante. El artículo 87 del Código Civil, conforme a la redacción que le daba

aquella Ley, permitía expresamente la existencia de una separación de hecho de mero *animus*, cuando la cohabitación se perpetuaba entre esposos por razones justificadas ajenas a la permanencia de la *affectio maritalis*. Del mismo modo, la norma permitía la posible continuidad de la convivencia matrimonial entre dos esposos que no cohabitaban por meros motivos contingentes, ajenos a la voluntad, al menos de uno de ellos, de romper su relación conyugal. En el marco de aquella normativa, hoy derogada, discernir si existía una separación de hecho efectiva entre los esposos y su fecha de inicio era determinante de la propia posibilidad de acceso a la separación judicial y, en su momento, al divorcio.

Aunque la Ley 15/2005, de 8 de julio, no entra a facilitarnos su definición ni a citarla como tal, la *affectio maritalis* constituye el elemento informador del que actualmente depende la permanencia del matrimonio, según la exposición de motivos de la norma. Ahora, lo relevante en Derecho es la voluntad de no permanecer en la relación afectiva. La única causa actual del divorcio es la *desaffectio maritalis*. Nuestro ordenamiento reconoce el divorcio al esposo que lo demande, al entender que el mero hecho de solicitarlo ya es expresión suficiente y legítima de esa mera desafección que permite, sin más exigencia, el ejercicio del "*derecho a no seguir casado*".

De lo anterior resultan dos evidencias: por una parte, se verifica la consolidación del *animus* como único requisito necesario para obtener el divorcio; y, por otra, se atribuye a la mera expresión de esa voluntad, por parte de cualquiera de los esposos incluso contra la voluntad del otro, una virtualidad absoluta e inmediata para finiquitar la relación.

En coherencia con este planteamiento y en aras de armonizar el sistema, reconocer la existencia de una verdadera separación de hecho no puede depender hoy de que la situación se acredite como una realidad dilatada en el tiempo. En el actual contexto normativo, procede reconocer también que esa situación existe desde que uno de los esposos exprese su deseo de cesar la convivencia, siempre -claro está- que su manifestación sea seria, coherente y definitiva.

Segunda

"Actualmente, la valoración de la existencia o inexistencia de la separación de hecho puede resultar compleja ante las nuevas realidades de convivencia dentro del matrimonio. En caso de discrepancia, la existencia de la separación de hecho entre los cónyuges exige su acreditación mediante cualquiera de los medios de prueba permitidos por el ordenamiento jurídico".

Nuestra segunda conclusión se refiere a la verificación de la existencia de la separación de hecho como situación jurídica en asuntos controvertidos.

Si la existencia de la separación de hecho es objeto de discusión entre los esposos, concluimos aquí que la certeza de la convivencia conyugal efectiva dentro del matrimonio deberá valorarse teniendo en cuenta cuáles han sido los usos admitidos y

practicados de forma pacífica dentro de cada pareja mientras la *affectio maritalis* existió. Este ejercicio será especialmente complejo ante nuevos modelos de convivencia que aceptan algunos matrimonios (poliamor, relación abierta, o modelos "LAT" o "DADT"), aunque hemos apuntado también que tampoco resultará sencillo en situaciones de crisis abierta en parejas más tradicionales que, a pesar vivir en permanente e irreconciliable conflicto, optan por la cohabitación.

Demostrar la existencia de la separación de hecho como situación jurídica real entre los esposos cuando ésta se pone en cuestión por uno de ellos, o incluso por un tercero, puede resultar complicado. Esta circunstancia debe acreditarse por cualquiera de los medios autorizados en el proceso español. En esta materia, nuestro Derecho concede un margen amplio al disponer un sistema de *numerus apertus*, según autoriza el artículo 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cada situación exigirá unos medios de prueba adecuados a las circunstancias del caso y a lo que sea objeto de debate. Ello no obstante, cabe realizar algunas reflexiones de utilidad general para la materia.

Un requerimiento remitido por un esposo al otro en términos similares a los previstos en el derogado artículo 82.5ª del Código Civil, introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, podría ser un valioso elemento probatorio para acreditar la desaparición de la *affectio maritalis* y la voluntad expresada de poner fin a la convivencia matrimonial y, con ello, marcar el inicio de la separación de hecho de los cónyuges.

Conforme al artículo 159 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, "*podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho*". El ejercicio de esta facultad facilita a los cónyuges separados de hecho la eventual prueba en el futuro de su situación real en el momento de la firma del instrumento del que se trate.

Un acta notarial otorgada por ambos cónyuges en la que dejen constancia de su separación de hecho constituirá también un elemento de prueba valioso.

Más allá de eso, cuando se trate de demostrar la existencia de la separación de hecho, adquirirá relevancia la acreditación, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, de circunstancias periféricas que permitan evidenciar la ruptura efectiva de la relación matrimonial. Los factores relevantes para que el tribunal verifique que, efectivamente, se ha producido la separación pueden ser variados y requerirán su análisis conjunto para poder representarse la realidad de la relación de pareja existente entre los esposos. En este proceso de indagación, las deducciones a partir de indicios se tornan, por lo general, inevitables. Serán determinantes las pruebas que puedan verificar que los cónyuges han dejado de compartir la vivienda, los recursos financieros, las actividades domésticas, un dormitorio, la relación sexual, el ocio, o las actividades sociales. Sin embargo, presentarse ante extraños como pareja, o seguir publicando escenas de la vida familiar conjunta en las redes sociales puede ser considerado contradictorio con un pretendido cese de la convivencia matrimonial.

Tercera

“A partir de las reformas operadas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el ordenamiento jurídico español ha incorporado la separación de hecho a sus normas de Derecho civil de forma progresiva como una situación jurídica legítima, aproximando sus consecuencias cada vez en mayor medida a las de la separación legal”.

La tercera conclusión que se alcanza en este estudio guarda relación con la legitimidad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce actualmente a la separación de hecho como situación jurídica entre esposos.

Hemos podido verificar cómo nuestras normas históricas, doctrina y jurisprudencia recelaron tradicionalmente de la separación de hecho. La Ley consideró esa situación como una conducta contraria al deber de convivencia en el matrimonio y atentatoria contra el orden público. La reacción jurídica habitual fue la de soslayar los problemas de convivencia producidos por el mero desencuentro conyugal y sancionar a quienes optaban por separarse sin contar con la anuencia de la autoridad. Incluso, hemos podido comprobar cómo los recursos concedidos por la Ley para obtener la separación matrimonial no estaban previstos para solucionar crisis de mera desavenencia conyugal, mucho menos aún para amparar la voluntad de uno de los esposos de apartarse de las obligaciones impuestas por el deber de convivencia entre esposos. Podemos afirmar que, hasta bien entrado el siglo XX, el ordenamiento jurídico español trató con desfavor la separación de hecho. Puede destacarse como salvedad la Ley de 2 de marzo de 1932, pero, incluso en ésta, la separación de hecho quedaba sometida al cumplimiento de ciertas condiciones objetivas y temporales para ser reconocida como posible causa de una separación o un divorcio.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, marcaron el inicio de un nuevo paradigma en el tratamiento de la separación de hecho como situación jurídica ante el ordenamiento. Su aprobación constituye un claro tránsito desde el rechazo de la figura de la separación de hecho hacia su aceptación como parte de la realidad social. Desde entonces, el legislador considera la separación de hecho como una situación jurídica especial que justifica, por sí sola, la aplicación de normas diferentes a las que procede con carácter general durante la existencia del matrimonio.

Así, en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la separación de hecho se contempla como una situación jurídica que determina: el fin de la presunción de paternidad con el transcurso de 300 días; la atribución del ejercicio de la patria potestad al progenitor con quien convivan los hijos comunes; la previsión de una regla de responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales frente a terceros que contratan con uno solo de los esposos; la posibilidad de atribuir a uno solo de los cónyuges la administración de bienes comunes; pasado un año, la posibilidad de instar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales; la inexistencia de la presunción muciana; la exclusión del llamamiento del cónyuge a la representación de su esposo declarado ausente, la

pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones; la exclusión del llamamiento del cónyuge a la tutela de su esposo *loco* o *sordomudo*; la posibilidad de obtener la concesión de la emancipación judicial; o, en los casos de separación de mutuo acuerdo fehaciente, la pérdida del derecho a ser llamado abintestato a la herencia del cónyuge. La Ley 30/1981, de 7 de julio, elabora sobre la existencia del cese efectivo de la convivencia conyugal todo un sistema de divorcio remedio, en el que la separación de hecho acreditada durante distintos plazos permite a los esposos acceder a la separación y, a la postre, también al divorcio.

Las reformas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las que hemos hecho amplia referencia en esta investigación han consolidado esa tendencia desde entonces. Podemos concluir también que ese proceso ha sido constante y prolongado. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, exigió el asentimiento a la adopción del cónyuge del adoptante, salvo que mediara separación legal o de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, no permite a los cónyuges separados, legalmente o de hecho, optar por la vecindad civil del otro; la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad viene a disponer que bastará el tiempo de residencia de un año para el que, en el momento de la solicitud, llevare un año casado con español o española y no estuviere "*separado legalmente o de hecho*", e introduce la misma regla para el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera "*separación legal o de hecho*"; el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, recoge las categorías de perjudicados a los efectos de reconocimiento de las indemnizaciones por causa de muerte, entre ellos el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho; la Ley 15/2005, de 8 de julio, equipara al cónyuge separado de hecho con el separado legalmente para privar a ambos de la legítima y del derecho al llamamiento abintestato; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, también siguen equiparando a los efectos que regulan a los cónyuges separados legalmente y a los separados de hecho; el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, excluye de la presunción Muciana al cónyuge separado, ya lo esté legalmente o de hecho; la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que como sabemos afecta a las esferas más sensibles de la persona, también ha asimilado ambas figuras en su tratamiento.

De todo ello resulta, a nuestro juicio, una incuestionable aproximación normativa de trato entre la separación de hecho y la separación legal en el ámbito del Derecho civil. Este es el resultado lógico y necesario de aceptar la separación de hecho como una realidad habitual en el seno del matrimonio a la que la ley quiere atribuir efectos, no como acto constitutivo de una infracción, sino como situación jurídica especial que determina el cese efectivo de la relación personal y patrimonial entre esposos.

Cuarta

"Los cónyuges separados de hecho son, como tales, titulares de derechos subjetivos relevantes en otros ámbitos que desbordan el Derecho privado. Su actual estatuto personal incluye el reconocimiento de derechos fundamentales como la intimidad económica frente al otro esposo, o la protección del derecho a la intimidad personal por el Derecho penal, que sanciona como allanamiento de morada las incursiones de un cónyuge en la vivienda del otro desde la ruptura. Mantener o cesar la propia convivencia en el matrimonio es expresión de los derechos a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los cónyuges".

Nuestra cuarta conclusión incide en un aspecto que consideramos relevante del estatuto personal del cónyuge separado de hecho, para enfatizar la nota de legitimidad que estamos atribuyendo a la separación de hecho como situación jurídica reconocida por el ordenamiento.

Desde la perspectiva del Derecho penal, destacan tres notas en lo que trasciende a nuestra investigación: la despenalización definitiva de la separación de hecho, como tal, y de ciertas conductas habitualmente asociadas con personas afectadas por esa situación; la asimilación en el tratamiento de la separación legal y la separación de hecho; y la protección específica del Derecho penal de intereses jurídicos propios de las personas separadas de hecho.

En cuanto a lo primero, hemos comprobado que la Ley 22/1978, de 26 de mayo, ya despenalizó el adulterio y el amancebamiento, conductas habitualmente identificadas hasta su fecha con personas separadas de hecho. El vigente artículo 226.1 del Código Penal castiga a quien deja de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de su cónyuge, que se halle necesitado, pero la jurisprudencia ha incidido en que no incurre en tal delito el esposo que se marcha del hogar común, si lo hace con el ánimo de separarse y no incumple de otro modo sus deberes legales de orden familiar.

La asimilación de tratamiento a la separación de hecho y a la separación legal en la esfera del derecho penal, se hace evidente en la regulación del actual Estatuto de la víctima del delito. Tanto la Ley 4/2015, de 27 de abril, como el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla, equiparan al cónyuge separado de hecho con el que se halla en situación jurídica de separación legal. La referida Ley 4/2015, de 27 de abril, introdujo además dos novedades relevantes, modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por una parte, la ley introdujo el vigente artículo 109 bis, disponiendo que, en el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal puede ser ejercida por su *"cónyuge no separado legalmente o de hecho",* así como por sus hijos de la víctima o de su *"cónyuge no separado legalmente o de hecho"* que, en el momento de su muerte o desaparición, convivieran con ella. Por otra parte, la ley modificó el artículo 261 de la ley de ritos criminal, precisando que no

está obligado a denunciar el cónyuge del delincuente *"no separado legalmente o de hecho"*.

El carácter fragmentario del Derecho penal determina que sólo puedan ser reprochados como actos criminales los ataques que el legislador considere más intolerables contra los bienes jurídicos que considere más fundamentales. Hemos podido evidenciar que el Derecho penal concede su protección al cónyuge separado de hecho al garantizarle la privacidad e inviolabilidad de su domicilio ante las posibles intromisiones de su consorte, con el tipo del allanamiento de morada. Ciertamente, la protección se extenderá, mediante el artículo 226.1 del Código Penal, para garantizar el sustento que pueda requerir durante la separación de hecho el otro cónyuge, en los casos en que proceda.

Por otra parte, la legitimidad de la situación jurídica de separación de hecho también se ha rubricado desde la perspectiva de los Derechos fundamentales. En este aspecto, ha concitado nuestra atención, en particular, que, en su sentencia número 45/1989, de 20 de febrero, el Tribunal Constitucional justificara expresamente el principio de individualización de rentas en el entendimiento de que, obligar a dos cónyuges separados de hecho a restablecer su relación, con el solo fin de presentar una declaración conjunta, violentaba la intimidad de las personas y, con ello, el artículo 18.1 de la Constitución.

Sin abandonar el vector constitucional, la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, incide en que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. El preámbulo subraya que, el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, porque se pretende reforzar el "*principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio*" y "*la continuación de la convivencia*" depende de la voluntad constante de ambos. La separación de hecho es el reflejo mismo del cese de la convivencia cuya legítima finalización, según el texto que comentamos, depende sencillamente de que uno de los cónyuges no desee continuar con ella. Si esto es para el legislador español la consecuencia directa de un ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad, cabe proponer una interpretación de las normas aplicables al régimen matrimonial durante la separación de hecho acorde a su respeto.

Quinta

"En particular, en el Derecho de sucesiones, la asimilación de efectos entre la separación de hecho y la separación legal ya es absoluta tanto en la regulación de la legítima, como en la del llamamiento a la herencia intestada; en ambos casos, el cónyuge separado de hecho pierde todo derecho como sucesor mortis causa frente a su consorte, independientemente de la duración de la separación, o de su carácter consentido o impuesto".

La quinta conclusión que resulta relevante destacar se refiere todavía al tratamiento jurídico de la figura de la separación de hecho en el ámbito del Derecho de sucesiones.

Como hemos apuntado antes, la Ley 15/2005, de 8 de julio, equiparó al cónyuge separado de hecho con el separado legalmente para privar a ambos de la legítima y del derecho al llamamiento abintestato. Es significativo que esta reforma del Derecho de Sucesiones se llevara a cabo mediante una Ley cuyo objeto principal era abordar la introducción del actual sistema "*en materia de separación y divorcio*".

Consideramos que la interpretación de las normas que regulan la sociedad de gananciales debe ser coherente con las normas que resultan de la reforma operada en materia de sucesiones entre los cónyuges. En particular, procede destacar que la separación de hecho, desde su mero inicio, determina la pérdida del derecho recíproco a sucederse (en cuota de legítima y en el llamamiento abintestato) entre esposos. Esta decisión del legislador no parece coherente con el mantenimiento del derecho recíproco entre los cónyuges a seguir participando de las ganancias que obtenga cada uno de ellos durante su vida separada. Como hemos podido comprobar, uno de los motivos que se adujeron históricamente para mantener la predilección por el régimen de la sociedad de gananciales fue el de beneficiar al cónyuge viudo en la sucesión del finado frente a los descendientes. Tiene pleno sentido plantear una interpretación de la Ley que permita entender la separación de hecho como una situación jurídica que, desde un mismo momento, priva a los cónyuges del derecho a sucederse entre sí y del derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro con su esfuerzo propio.

Sexta

"El fundamento de la sociedad de gananciales es la convivencia y colaboración entre los cónyuges. La separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales. Esta valoración es compartida por numerosos ordenamientos de diferentes regiones del mundo (Europa, Norteamérica, América del Sur y Oceanía) y forma parte de los *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*".

Como hemos podido comprobar a lo largo de este estudio y hemos dejado señalado en este trabajo, desde tiempos anteriores al Código Civil, la doctrina y jurisprudencia españolas entendieron que el fundamento de la sociedad de gananciales se encontraba en la convivencia y colaboración entre los cónyuges. Incluso, al establecerse en el primer texto del Código Civil que la sociedad de gananciales comenzaba "*precisamente*" en el mismo momento que el matrimonio, hemos comprobado cómo MANRESA destacó que la regla debía entenderse por la existencia del deber de convivencia entre esposos que el propio Código Civil imponía a éstos desde ese mismo momento inicial.

La identificación del fundamento de la sociedad de gananciales en la convivencia y colaboración entre los cónyuges ha sido posteriormente confirmada en nuestro ordenamiento hasta constituir en la actualidad una opinión generalmente aceptada por la

comunidad jurídica. En el ámbito del Derecho español destacan en este sentido, por su significatividad, algunos hitos:

1º) El Proyecto de Ley de 14 de octubre de 1979, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio se refirió a esta cuestión en su preámbulo, al justificar la decisión de mantener la sociedad de gananciales en que, "*mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida*". El texto del que derivaría la Ley 11/1981, de 13 de mayo, destacó que la lógica de la sociedad ganancial sólo permanece mientras se mantiene la vida en común de los esposos.

2º) Las sentencias que han aplicado la doctrina de la limitación funcional inciden en ese mismo argumento, como elemento sustancial de su decisión, cuando afirman que "*la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales* ".

3º) El Informe de 27 de febrero de 2014, emitido por el Consejo General del Poder Judicial con relación al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, incide en ese planteamiento en su apartado 343. Este órgano constitucional planteó que la reforma de la Ley ofrecía una buena oportunidad para establecer una modificación del Código Civil, adelantando la disolución de la sociedad de gananciales al momento del "*cese efectivo de la convivencia entre esposos*", identificando ésta como verdadero "*fundamento de la comunicación ganancial*".

4º) La propia introducción del artículo 1393.3º del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, responde, según la doctrina, a esa realidad.

Es significativo también que esta misma percepción se comparta en numerosos modelos de Derecho comparado, en los que los efectos de la disolución de la comunidad de ganancias se anticipan desde la fecha en que se tiene por acreditado el cese de la convivencia conyugal. Algunos ordenamientos aplican esta regla desde el momento más remoto en que el cese de la convivencia efectiva entre los esposos que se pueda probar, mientras otros lo hacen de manera más discreta, estableciendo un *dies a quo* en una fecha precisa y objetiva, como puede ser la de la presentación de la demanda, la de su admisión a trámite o la de su notificación a la parte demandada.

En general, los ordenamientos que hemos analizado corrigen la incidencia de la separación de hecho sobre el régimen de comunidad con unas pautas bastante comunes: primero, se identifica una fecha de ruptura efectiva de la convivencia; tras ello, se remonta a ese momento la reconstrucción del patrimonio a repartir; finalmente, se realizan las operaciones de inventario y avalúo ajustándose a ella. Algunos modelos permiten al juez realizar los ajustes y correcciones que, por circunstancias determinadas, pueda aconsejar cada caso.

En definitiva, cabe concluir que, en numerosos ordenamientos europeos, americanos y oceánicos la separación de hecho determina el momento efectivo de la ruptura de la comunidad económica entre los esposos. Esto es consecuencia de una convicción compartida acerca de que el derecho a compartir las ganancias entre esposos tiene su fundamento en el mantenimiento de la convivencia y colaboración efectiva del matrimonio.

Muy en particular, creemos reseñable la propuesta que realiza la CEFL dentro de los *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.* Tanto en el ámbito de los procedimientos sobre anulación del matrimonio, divorcio o separación legal como en el de los procedimientos sobre separación de bienes por causa grave, esta Comisión recomienda a los Estados miembros de la Unión que prefieran regímenes de comunidad para el matrimonio que, respecto a los cónyuges y sin perjuicio de terceros, opten por un sistema en el que se reconozca la anticipación de los efectos de la disolución de la comunidad de gananciales. El documento de la CEFL se refiere expresamente a las situaciones en que los cónyuges estén separados de hecho antes de dictarse la sentencia y, para tales supuestos, recomienda con claridad que la fecha a la que alcance la retroacción de los efectos de la disolución sea la de la separación.

Con todo ello, concluimos que el fundamento de la sociedad de gananciales es la convivencia y colaboración entre los cónyuges en el seno del matrimonio. El artículo 3.1 del Código Civil estimula a encontrar una interpretación de las normas que regulan la sociedad de gananciales acorde al que es su fundamento, cuando se analicen las consecuencias de la separación de hecho.

Séptima

“El Código Civil contempla la separación de hecho en su artículo 1393.3º como una situación jurídica claudicante o provisional que permite obtener la disolución de la sociedad de gananciales. El tenor de la norma exige un período mínimo de un año de interrupción de la convivencia y el cumplimiento de dos requisitos adicionales: la solicitud expresa de parte ante un tribunal y el pronunciamiento de una resolución judicial que acuerde la disolución”.

Según hemos confirmado, mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno de ellos experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos. Así, la convivencia entre esposos constituye el fundamento de la comunicación ganancial y, por ello, la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales.

No obstante lo anterior, la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho no opera de manera automática, según el sistema que previó la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta Ley dio su actual redacción al artículo 1393.3º del Código Civil y, como es sabido, establece una serie de condiciones

para que la finalización de la sociedad de gananciales tenga lugar por esa causa. Básicamente, si nos ajustamos al tenor del precepto, la separación de hecho debe mantenerse durante más de un año, la disolución debe ser solicitada por uno de los cónyuges a la autoridad judicial y ésta será quien disponga formalmente la disolución.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, puso fin al *sistema de plazos* establecido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, conforme al cual la separación de hecho acreditada a lo largo de diferentes lapsos de tiempo y en distintas circunstancias permitía acceder a la separación judicial y, posteriormente, al divorcio. Tras dicha Ley 15/2005, el plazo de un año que aún requiere el artículo 1393.3º del Código Civil, introducido con la Ley 11/1981, para que la separación de hecho se constituya en causa judicial de disolución de la sociedad de gananciales, ha perdido su sentido. El sistema de condicionar los efectos jurídicos de la situación de separación de hecho a su necesaria prolongación por un período determinado no encaja con lo propugnado programáticamente en la exposición de motivos de Ley 15/2005, como acabamos de ver. Asimismo, el recurso a la técnica del agotamiento de un plazo como instrumento legal para verificar el carácter definitivo de la separación de hecho parece abandonado con la derogación de todos los preceptos la de Ley 30/1981 que emplearon ese expediente.

En nuestra opinión, la reforma operada por la Ley 15/2005 poniendo fin al *sistema de plazos* establecido por la Ley 30/1981 ha dejado sin efecto el plazo del artículo 1393.3º del Código Civil. Esta norma, en el citado aspecto, habría sido objeto de derogación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código. De no entenderse así, la interpretación del plazo debería conciliarse con la nueva regulación y entenderse inaplicable por limitar, sin respeto al principio de proporcionalidad, el ejercicio judicial de un derecho, en aquellos casos en que los cónyuges pudieran acreditar que existe una separación de hecho definitiva que justifica la disolución de su sociedad ganancial, aunque lo sea de inferior duración a la prevista en el precepto. Si la separación de hecho es causa de disolución de la sociedad de gananciales conforme al artículo 1393.3º, es sin duda exigible que ésta sea firme y definitiva; pero sostenemos que, tras Ley 15/2005, no puede condicionarse el reconocimiento de ese carácter firme y definitivo de la ruptura de la convivencia marital al cumplimiento de un plazo concreto, tan relevante como el de un año, que fue concebido como parte de un sistema derogado muy diferente al actual.

Así las cosas, lo que entendemos es que el artículo 1393.3º del Código Civil es una norma vigente pero cuyo contenido debe entenderse dentro del sistema actual. La separación de hecho definitiva es causa de disolución judicial de la sociedad de gananciales y se puede instar por cualquiera de los esposos, independientemente de cuál sea el tiempo de la separación, de su origen, o de si ha sido decidida por uno de los cónyuges o por ambos.

Octava

“El Código Civil apenas se ocupa de regular la sociedad de gananciales entre los matrimonios que se encuentran separados de hecho y no han instado formalmente su disolución. El Código dedica a esta incidencia únicamente los artículos 1368 y 1388”.

El problema que resuelve la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con el artículo 1393.3º del Código Civil es la posibilidad de obtener una disolución de la sociedad de gananciales mediante el ejercicio de una acción judicial, acreditando como causa la existencia de una situación jurídica de separación de hecho entre los esposos. El precepto permite obtener ese efecto jurídico sin necesidad de recurrir a la separación judicial o al divorcio.

El precepto fue en su día novedoso y proporcionó un remedio hasta la fecha inédito en el ordenamiento jurídico español, al permitir a los cónyuges poner fin a su sociedad de gananciales por el solo motivo de existir desavenencias personales entre ellos que habían llevado a la ruptura de su convivencia, y hacerlo por una vía extra capitular. Es importante entender la perspectiva del legislador de 1981. Éste no sólo tuvo en cuenta la aplicación de esa norma para los matrimonios futuros. Preocupaban a ese legislador muy especialmente los matrimonios contraídos antes de la reforma legal. En éstos, se conocía el problema irresoluto de las separaciones de hecho entre cónyuges que, a pesar de sus vidas separadas, debían seguir soportando su vinculación a través de la sociedad de gananciales. Es obvio que el nuevo recurso legal permitía finiquitar su problema.

La cuestión es que la Ley 11/1981 se concentra en permitir esa solución al problema de la separación de hecho en el ámbito de los matrimonios sujetos al régimen económico de la sociedad de gananciales, y no dedica apenas atención a la situación de los esposos que, por uno u otro motivo, no quieren o no pueden acceder a ese remedio, pero se mantienen separados. Todo lo previsto para esa contingencia se resume en dos preceptos, los artículos 1368 y 1388 del Código Civil, que, por una parte, garantizan a los acreedores la respuesta de la sociedad ganancial frente a ciertas deudas contraídas por uno solo de los cónyuges durante la separación de hecho y, por otra, permiten al juez conceder la administración de bienes gananciales a uno solo de los cónyuges en esa peculiar situación.

La Ley 11/1981 deja sin atender, con ello, un importante conjunto de problemas jurídicos que son los de orden patrimonial que surgen entre los cónyuges casados en gananciales desde el momento en que tiene lugar la ruptura de su convivencia.

Novena

“La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han entendido que, en la regulación del Código Civil, la separación de hecho entre los esposos no afecta a la vigencia de su sociedad de gananciales. Se afirma por ello que ésta continúa mientras no se disuelva formalmente mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo

1393. 3º o mediante cualquier otro evento de los previstos en los artículos 1392 y 1393. Ello no obstante, los seguidores de esta interpretación admiten que produce algunas consecuencias indeseables".

La investigación realizada confirma que el criterio más extendido en la doctrina y la jurisprudencia españolas es que la separación de hecho no afecta a la vigencia de la sociedad de gananciales. Así, se afirma que el régimen económico matrimonial continúa entre los cónyuges a pesar de haber cesado entre ellos la relación de convivencia y colaboración. Esta reflexión encontró pleno acomodo en el ordenamiento jurídico español durante el largo período en el que estuvo vigente el principio de inmutabilidad post nupcial del régimen económico matrimonial. El mismo planteamiento se entiende hoy consecuente con el hecho de que la ruptura de la convivencia sólo puede extinguir la sociedad de gananciales a través del mecanismo previsto en el artículo 1393.3º del Código Civil; con que existen preceptos que demuestran que la sociedad de gananciales continúa tras la separación de hecho; y con que, en los procedimientos matrimoniales, la disolución de la sociedad de gananciales no se produce a su inicio, sino con la firmeza del pronunciamiento de disolución del matrimonio de la sentencia que los finaliza. Se añade también que los cónyuges separados de hecho pueden disolver su sociedad de gananciales de mutuo acuerdo o incluso en procedimiento contradictorio, conforme les autorizan los artículos 1392.4º y 1393.3º y, por tanto, su inacción no pude tener más consecuencia en Derecho que la continuidad del mismo régimen económico matrimonial.

En nuestra opinión, esta manera de entender la Ley parte de una premisa discutible, pues identifica la falta de otorgamiento de capitulaciones entre los cónyuges separados de hecho o su inacción ante los tribunales con su pretendida voluntad de continuar ligados como socios gananciales. Sobre esto, hemos querido destacar que, en la realidad social, existen numerosos motivos por los que dos cónyuges separados de hecho pueden preferir iniciar vidas separadas sin solemnizar su decisión por ninguno de los remedios legales dispuestos al efecto. Hemos expresado que muchas de esas razones son absolutamente legítimas y respetables en Derecho.

Eludir la solución judicial para disolver la sociedad de gananciales puede responde a una voluntad de no deteriorar en mayor medida la relación entre los esposos separados en aras de procurar un futuro más pacífico a la relación; a evitar el impacto de un eventual proceso judicial en los posibles hijos de la pareja o entre otros familiares y allegados; al temor a la incertidumbre de una decisión de un tercero que afecta a los aspectos más sensibles de la vida de un individuo; a pretender el ahorro de costes legales o de gestión para obtener los beneficios de la Justicia Gratuita; a la discreción y el deseo de mantener en la intimidad lo que no es agradable airear en foros públicos; o al mantenimiento de la autoestima de quienes prefieren resolver como adultos sus problemas familiares sin intervención de terceros.

Incluso la decisión de no intentar una salida negociada puede tener justificación en Derecho por responder a la protección de intereses legítimos. La comunicación entre

cónyuges separados de hecho no siempre es adecuada ni posible para optar por una solución transaccional susceptible de solemnizar. Son habituales los casos en que los cónyuges temen iniciar o seguir negociaciones por motivos como el miedo al deterioro o a la escalada de las tensiones durante las mismas; la desconfianza ante la casi segura participación soterrada, por la otra parte, de abogados o asesores *paralegales* que puedan complicar la situación; el recelo ante la posibilidad de quedar vinculado por posiciones que más tarde puedan desvelarse en un eventual proceso; o el sentimiento de incapacidad de afrontar una negociación trascendental para la vida propia en un momento emocional complejo.

Con las anteriores consideraciones, hemos llegado a la conclusión de que no es adecuado asociar la separación de hecho, sin la formalización de capitulaciones matrimoniales o la iniciación de un procedimiento judicial, con la intención de los cónyuges de seguir vinculados por su sociedad de gananciales.

Por otra parte, sostener que la sociedad de gananciales continúa vigente tras la separación de hecho arrastra algunas consecuencias que hasta los sostenedores de esa tesis consideran inadecuadas en Derecho. La comunidad jurídica es consciente de que la sociedad de gananciales es un régimen ideado para regir adecuadamente las relaciones económicas internas y externas de un matrimonio mientras se mantiene la vida en común de los esposos. Aun así, la principal objeción al planteamiento de la continuidad de la sociedad de ganancias tras la separación de hecho resulta de tener que mantener un derecho de participación en las ganancias del otro cónyuge, cuando éste las ha conseguido durante su vida independiente, sin contar por tanto con la colaboración de quien se lucraría por ello sin justificación.

Décima

“La jurisprudencia creó la doctrina de la limitación funcional de la sociedad de gananciales entre los esposos separados de hecho para corregir el problema de la atribución del carácter común a los bienes e ingresos que obtienen los cónyuges durante la ruptura, sin contar con la colaboración del otro”.

Precisamente, el origen de la doctrina de la limitación funcional se encuentra en la determinación de la jurisprudencia de poner remedio a ese efecto indeseado de la *ultractividad* de la sociedad de gananciales tras la ruptura de la convivencia y la colaboración entre los esposos, que es la participación en los beneficios ajenos al propio esfuerzo. Esta doctrina tiene su origen en una STS de 13 de junio de 1986, de la que ya nos ocupado ampliamente.

Tras analizar esta resolución y las que continuaron su doctrina a lo largo del período intermedio, hemos podido concluir que el abuso de derecho que impide la participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge durante la separación de hecho estaba concebido en su sentido *objetivo*. El derecho a participar como socio consorcial en el patrimonio del otro cónyuge exige que haya habido una relación de convivencia y colaboración entre esposos. Esa convivencia y la cooperación que se produce durante la

misma entre los cónyuges es lo que justifica la existencia propia del derecho que se pretende disfrutar. Sin esa relación de convivencia y colaboración, la pretensión de disfrutar de esos derechos se reputa *objetivamente* contraria a la buena fe y *objetivamente* abusiva. En términos descriptivos de lo que aquí afirmamos, la doctrina ha explicado que, "*cuando un sujeto, con su acción, sobrepasa los límites o la esfera de su derecho a consecuencia de la violación del interés que fundamenta la atribución por el ordenamiento del derecho subjetivo, se dice que abusa o que hace un uso anormal del derecho mismo, razón por la cual su actividad asume carácter ilícito y el daño que deriva de la misma es antijurídico*". Esto es lo que entendemos que sucede cuando el cónyuge casado en gananciales que vive completamente al margen de su consorte pretende participar en los beneficios logrados por éste sin haber contado con su contribución.

Esta doctrina se propagó con cierta rapidez en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo debido a la alta incidencia de este tipo de conflictos que llegaban hasta casación: matrimonios contraídos bajo el régimen de gananciales regulado en el Código Civil durante el período preconstitucional, en los que uno de los cónyuges pretendía hacer valer sus derechos patrimoniales como socio o viudo, tras situaciones de separación de hecho muy prolongadas.

Como hemos podido constatar, el razonamiento fue objeto de matices durante el que hemos denominado en la segunda parte de nuestra investigación "*período intermedio*". En particular, el Tribunal Supremo aplicó esta misma solución a situaciones en las que la ruptura entre esposos no había sido especialmente dilatada en el tiempo. En estos casos, el Tribunal Supremo valoró la presencia de otros elementos de hecho que, prescindiendo de la prolongación temporal de la separación, permitieron calificarla de seria, firme y definitiva, o radical y, por tanto, idónea para provocar el cese de la comunicación ganancial.

Hemos comprobado también la aceptación exitosa y la aplicación extensiva que tuvo dicha doctrina entre los juzgados y tribunales de España durante décadas. Los órganos de la jurisdicción civil encontraron en la doctrina de la limitación funcional un argumento que les permitió rechazar de manera generalizada cualquier pretensión de participar en las ganancias obtenidas por uno de los esposos durante cualquier período de separación de hecho, incluyendo los que se iniciaban desde la presentación de la demanda de divorcio o separación, o desde el pronunciamiento del auto de medidas provisionales.

La consecuencia jurídica más relevante de la doctrina de la limitación funcional sobre la sociedad de gananciales ha sido la negación a cada uno de los cónyuges del derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante la separación de hecho.

Decimoprimera

“La doctrina de la limitación funcional constituye una aportación valiosa de la jurisprudencia ante la imprevisión de nuestro ordenamiento sobre la problemática que corrige. Sin embargo, la solución que ofrece la jurisprudencia, a través de esa doctrina, al problema de la continuidad de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho de los cónyuges es incompleta y fragmentaria, y sólo se implementa con carácter sobrevenido”.

Así las cosas, mediante la doctrina de la limitación funcional, la jurisprudencia ha podido corregir en numerosas ocasiones uno de los problemas que plantea la separación de hecho entre los cónyuges casados en gananciales: la atribución de las ganancias obtenidas por cada uno de ellos durante su vida autónoma. El efecto que se consigue a través de esta doctrina permite solucionar la cuestión, manteniendo esas ganancias obtenidas sin la contribución del socio ganancial como si fueran privativas, principalmente cuando se trata de ingresos ganados con el trabajo o la actividad profesional, o de bienes adquiridos con éstos.

Con este recurso, la jurisprudencia ha realizado una valiosa aportación al ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto concede un remedio procesal, que permite hacer valer mediante acción o excepción, ante un problema que el Código Civil no atiende de forma expresa. Sin embargo, hemos querido destacar que la solución que ofrece la doctrina de la limitación funcional deja al margen algunos problemas relevantes que también se producen cuando los cónyuges casados en gananciales rompen su convivencia.

Cuando se produce la aplicación de la doctrina de la limitación funcional ésta no disuelve formalmente la sociedad de gananciales entre los esposos. La propia jurisprudencia ha subrayado en alguna ocasión que ésta no pretende acometer la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho. Es cierto, como hemos subrayado también, que esta doctrina se aplica cada vez más en procedimientos de liquidación de la sociedad ganancial, en los que ésta ya se ha extinguido por otro motivo y, en consecuencia, el problema al que apuntamos se difumina. Aun con ello, la doctrina de la limitación funcional no produce como efecto la disolución formal de la sociedad de gananciales entre esposos separados de hecho, por más que la principal consecuencia que acarrea su aplicación implique considerar que la sociedad de gananciales no *regía* entre los esposos durante su supuesta vigencia.

Hemos incidido también en que la doctrina de la limitación funcional constituye una solución de carácter fragmentario. Cuando la jurisprudencia la aplica, lo hace casi siempre, como se ha dicho, para negar la participación de uno de los esposos en las adquisiciones y beneficios obtenidos por el otro durante la separación de hecho. Así, dicha doctrina no resuelve otros aspectos importantes que afectarían a la sociedad de gananciales durante la separación de hecho. No se ocupa de tratar cómo debe llevarse a cabo la administración de los bienes gananciales anteriores a la ruptura y, en su caso, de

los adquiridos por cada cónyuge tras la separación, o de resolver el destino y gestión de los frutos de sus bienes privativos mientras la sociedad sigue pendiente de una disolución formal.

Por lo demás, hemos destacado también que la doctrina de la limitación funcional ofrece un remedio que sólo opera con carácter sobrevenido. Conforme ha sido concebida por la jurisprudencia, dicha doctrina corrige uno de los efectos indeseados de la aplicación de las normas de la sociedad de gananciales y lo hace *ex post facto*, cuando por uno de los esposos, o sus derechohabientes, se discute el derecho del otro, o de sus sucesores, a participar en la titularidad de un bien obtenido durante la separación. Por este motivo, sin cuestionar en absoluto la utilidad del remedio jurisprudencial, éste no constituye un instrumento útil para dinamizar de forma adecuada la relación patrimonial entre dos cónyuges casados en gananciales que se separan de hecho. Esto justifica que la comunidad jurídica deba seguir preocupándose de la solución de ese problema.

Decimosegunda

"La jurisprudencia ha impuesto a los tribunales una aplicación restrictiva de la doctrina de la limitación funcional. El Tribunal Supremo, como regla general, no considera abusivo o contrario a la buena fe solicitar una participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge durante la separación de hecho".

Las SSTS de 28 de mayo y 27 de septiembre de 2019 han marcado el inicio de una nueva etapa en la materia que nos ocupa. La jurisprudencia ha considerado pertinente imponer a los tribunales españoles una interpretación restrictiva sobre el modo en que deben entender y aplicar la doctrina de la limitación funcional. La base del razonamiento la constituye la propia excepcionalidad del instituto de la proscripción del abuso de derecho.

Conforme viene formulada en la actualidad, la doctrina de la limitación funcional exige que se acredite que la pretensión de participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el otro cónyuge durante la separación de hecho se realiza de mala fe o con abusividad. La jurisprudencia presume así que, como regla general, es legítimo reclamar una participación en lo ganado por el otro cónyuge durante la separación de hecho. El rechazo de esa pretensión habrá de ser excepcional y sólo cabrá acordarlo si se acredita que, por circunstancias periféricas o de orden contextual, la reclamación se plantea ilegítimamente.

Es cierto que la aplicación de la nueva tesis ha llevado a desestimar algunas peticiones que ya antes habían sido objeto de rechazo en la jurisprudencia. En concreto, se ha rechazado que la separación de hecho que impide reclamar una participación en lo ganado por el otro cónyuge durante el cese de la convivencia pueda ser la que deriva de una orden de protección, o la de un auto de medidas provisionales. Sin embargo, la nueva posición de la jurisprudencia introduce una cierta incertidumbre en torno a cualquier futura decisión judicial que pueda pronunciarse sobre las adquisiciones obtenidas durante el período de ruptura. Es difícil vaticinar con certeza si éstas van a ser

respetadas como exclusivamente propias, o si surgirá la obligación de compartirlas. La decisión dependerá de la valoración judicial sobre una serie de elementos periféricos que no se han tasado con exactitud.

La doctrina de la limitación funcional presenta así en la actualidad un grado relevante de inseguridad jurídica. Con todo, creemos que sería injusto cargar las posibles críticas sobre la actual situación al Tribunal Supremo. La jurisprudencia viene a mitigar un problema que el legislador ha dejado de atender durante décadas y adapta su doctrina a lo que, a su juicio, es más acorde en cada momento al ordenamiento vigente. Aun así, lo que es cierto es que la actual perspectiva justifica aún en mayor medida la necesidad de impetrar soluciones que resuelvan la problemática que ha motivado nuestra investigación.

Decimotercera

"Los razonamientos jurídicos que expone la jurisprudencia para justificar su actual tesis restrictiva para la aplicación de la doctrina de la limitación funcional se prestan a una consideración crítica. Creemos que su construcción está principalmente planteada desde la perspectiva de las reglas del procedimiento matrimonial, sin considerar la posible incidencia en el mismo de las acciones previstas en los artículos 1393. 3º y 1394 del Código Civil".

El razonamiento por el que la actual jurisprudencia entiende que la doctrina de la limitación funcional debe ser aplicada con carácter restrictivo se fundamenta en una serie de normas que, como hemos expuesto en este trabajo, se pueden sistematizar:

1º) Normas que presuponen que la sociedad de gananciales continúa vigente tras la demanda de divorcio, nulidad o separación (principalmente, los artículos 102, 103.4ª y 104 del Código Civil y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2º) Normas que determinan que la posibilidad de solicitar la formación de inventario tras la mera admisión de la demanda de divorcio, nulidad o separación, es sólo una facultad de tipo cautelar, que ni siquiera condiciona la definitiva composición del inventario a liquidar (sobre ello se mencionan los artículos 806, 807, 808.2, 809.1 de la Ley procesal).

3º) Normas que disponen que la extinción de la sociedad de gananciales tiene lugar con la sentencia firme que concluye el proceso matrimonial de divorcio, nulidad o separación (artículos 95 y 1392 del Código y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento).

4º) Normas que presuponen que la sociedad de gananciales continúa tras la separación de hecho (artículos 1368, 1388, 1393 del Código).

5º) Normas que determinan que la separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil).

6º) Finalmente, la norma que determinaría que sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (artículo 7 del Código sustantivo).

Hemos querido detenernos en este razonamiento por su interés para nuestra investigación. Nuestra conclusión es que la interpretación de ese conjunto de normas que realiza el Tribunal Supremo se presta a alguna observación crítica. Las hemos sintetizado así:

1ª) La actual construcción dogmática se realiza desde una concreta perspectiva, que es la del procedimiento matrimonial de divorcio, nulidad o separación. Esto condiciona todo el razonamiento.

Cuando la jurisprudencia destaca que el ordenamiento contiene normas que (i) presuponen que la sociedad de gananciales continúa vigente tras la demanda de divorcio, nulidad o separación; (ii) contemplan la posibilidad de solicitar la formación de inventario tras la mera admisión de esas demandas únicamente como una mera medida de tipo cautelar; y (iii) disponen que la extinción de la sociedad de gananciales solo tiene lugar con la sentencia firme que concluye el proceso matrimonial de divorcio, nulidad o separación, incide en realidad en una sola evidencia: el inicio y la pendencia del proceso matrimonial no determinan la disolución de la sociedad de gananciales; este efecto solo lo propicia la firmeza del pronunciamiento que declara el divorcio, la nulidad o la separación de la sentencia que lo finaliza.

En nuestra opinión, la anterior reflexión es rigurosa, pero incompleta. Para exponer nuestra idea, hemos de incorporar a esta conclusión algunas reflexiones que se justifican en la interpretación del artículo 1394 del Código Civil que creemos más conforme a nuestro ordenamiento jurídico, y de la que nos ocupamos en la conclusión decimoquinta.

Lo que afirma la jurisprudencia como presupuesto de su planteamiento es lo que ocurre cuando, en el procedimiento matrimonial, ninguna de las partes ejercita, *acumulándola* al proceso, la pretensión que se reconoce a los cónyuges separados de hecho en los artículos 1393.3º y 1394 del Código, esto es, solicitar que la sentencia declare disuelta la sociedad de gananciales desde la fecha de la ruptura de la convivencia. Si esto sí se solicita, la sentencia que concluya el pleito matrimonial será, en realidad, la decisión judicial prevista en los artículos 1393.3º y 1394 del Código, y podrá entonces declarar extinguida la sociedad de gananciales en una fecha precisamente coincidente con la de la separación de hecho. Dado que la propia Ley exige que para que esa declaración de *disolución anticipada* tenga lugar es necesaria la expresa solicitud de parte, es lógico que las normas que reglamentan el procedimiento matrimonial presupongan la continuidad del consorcio durante su tramitación hasta la sentencia firme. Pero ello, de nuevo, no obsta a que si el proceso matrimonial concluye con una sentencia que acoja la pretensión deducida por uno de los esposos al amparo de los artículos 1393.3º y 1394 del Código, la sociedad de gananciales se tendrá por

extinguida antes de la sentencia, e incluso muy probablemente antes del propio inicio del pleito matrimonial, si la separación de hecho ha precedido a ambos hitos.

Adicionalmente, cabe apuntar que la dicción del artículo 103.4 del Código no implica necesariamente lo que entiende la jurisprudencia que comentamos. Conforme a este artículo, admitida la demanda, el Juez adoptará ciertas medidas sobre los "*bienes comunes que adquieran en lo sucesivo"* los cónyuges litigantes. Nuestra opinión es que el precepto no lleva a presumir que todos los bienes que adquieran los cónyuges tras la admisión de la demanda del procedimiento matrimonial deban ser gananciales conforme a las reglas que se aplican a la sociedad durante la convivencia; si se entendiera que la separación de hecho puede determinar entre los esposos el cese de la sociedad ganancial, con los "*bienes comunes que adquieran en lo sucesivo",* la norma podría entenderse en unos términos mucho más restringidos (frutos producidos por los bienes gananciales adquiridos antes de la ruptura de la convivencia; bienes que se adquirieran con dinero ganancial ahorrado o a cargo de otros activos obtenidos antes de la separación; o bienes procedentes de un derecho de adquisición preferente que ya fuera ganancial antes de la ruptura.

2ª) Se puede realizar una observación similar en torno a las normas sustantivas que regulan ciertos efectos de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, en particular sus artículos 1368 y 1388. Estas normas no impiden que, conforme a los artículos 1393.3º y 1394 del Código, cualquiera de los esposos pueda impetrar al juez a que declare disuelta la sociedad de gananciales con efectos desde la fecha en que inicia esa separación de hecho que es, a su vez, el presupuesto de aplicación de los mismos artículos 1368 y 1388. Así, la fecha efectiva de disolución de la sociedad de gananciales entre los cónyuges puede ser, por paradójico que parezca, la misma desde la que pueden ser efectivas las reglas de los artículos 1368 y 1388. De nuevo, como vemos, la separación de hecho determinaría un fin efectivo de la sociedad de gananciales entre las partes anterior al inicio de las medidas dispuestas artículos 1368 y 1388 del Código Civil.

3ª) El último argumento *fuerza* de la jurisprudencia actual propone que sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe. Se apela así al límite del artículo 7.2 del Código Civil desde una perspectiva condicionada por todo el hilo del discurso que propone la jurisprudencia restrictiva.

Según el planteamiento que proponemos, de lo que se trata no es de colegir, a la luz de la figura de la interdicción del abuso de derecho, si la pretensión de participar en los beneficios obtenidos por el otro cónyuge durante la separación de hecho debe ser reprobada por su ánimo espurio, o por las circunstancias en que se realiza. A nuestro juicio, la cuestión se presta a un análisis más conciso. Para que pueda apreciarse el abuso en su vertiente objetiva, simplemente habrá de producirse "*una contraposición entre las consecuencias del acto y la función asignada a la situación de la que el*

derecho deriva o se incluye. La contraposición rompe la necesaria correspondencia que debe de existir entre la esfera de poder concreto atribuida al sujeto, el para qué se le atribuye y el resultado del acto de ejercicio de ese poder". Si se acepta generalmente que el fundamento propio de la comunicación ganancial es la convivencia colaborativa entre los esposos, el juicio de abusividad sobre las reclamaciones que se realicen entre ellos debería constreñirse a verificar la existencia de la separación de hecho, como cuestión meramente objetiva. Quien reclama derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido realiza, *per se*, un ejercicio abusivo del derecho en su sentido *objetivo* y *objetivamente* contrario a la buena fe. Beneficiarse del título jurídico de socio ganancial exige como presupuestos necesarios tanto la condición de cónyuge como la de conviviente. En ausencia de este segundo presupuesto, el ejercicio del derecho deviene ilegítimo, salvo que se acredite que concurren en el caso circunstancias específicas que legitimen la reclamación.

En definitiva, la jurisprudencia plantea una interpretación del ordenamiento que considera más acorde a las previsiones del Código Civil. Quiere evitar que la doctrina de la limitación funcional se convierta en norma y que regrese a sus orígenes, como excepción. Aun con ello, la Sala Primera del Tribunal Supremo no oculta que la separación de hecho implica el quebranto de la base en que se fundamenta la sociedad de gananciales, como de hecho se hace sentir en sus últimas decisiones.

Por todo ello, hemos expuesto que, en nuestra opinión, la actual propuesta de restringir la aplicación de la doctrina de la limitación funcional merece quedar abierta a la reflexión de la comunidad jurídica. Aun con ello, conforme a lo que venimos insistiendo, incluso con una aplicación más extensiva de la doctrina de la limitación funcional, el mantenimiento de la sociedad de gananciales entre los cónyuges separados de hecho continuaría planteando problemas en la dinámica de la relación patrimonial entre los esposos hasta la formal disolución de su régimen económico.

Decimocuarta

"La continuidad de la sociedad de gananciales entre cónyuges separados de hecho plantea algunos problemas jurídicos importantes. Las normas de la sociedad de gananciales sobre atribución de titularidad de los bienes, administración patrimonial, responsabilidad ante terceros y reparto de cargas están concebidas para matrimonios que conviven. Mantenerlas tras la separación de hecho supone un grave obstáculo para el desarrollo vital de los cónyuges y colisiona con otros valores y derechos amparados por el ordenamiento jurídico español, principalmente en rupturas duraderas".

Según hemos destacado ya, la doctrina de la limitación funcional es un instrumento de mera corrección de uno de los efectos indeseados que tienen lugar precisamente por entenderse vigente la sociedad de ganancial entre los esposos que se separan de hecho. No obstante, estamos insistiendo en que dicho instrumento no constituye un mecanismo legal suficiente para enervar todos los problemas que acarrea entender que la sociedad

de gananciales se mantiene vigente entre los esposos que han cesado su convivencia sin formalizar su ruptura ante ninguna autoridad.

Más allá de la gravedad del problema del que se ocupa la doctrina de la limitación funcional, la continuidad del régimen de gananciales entre personas separadas de hecho presenta diversas dificultades que afectan a la dinámica de su relación patrimonial desde el mismo momento en que los cónyuges inician sus vidas autónomas. Además de la anterior, creemos especialmente reseñable las siguientes trabas:

1º) Las normas que regulan la administración del patrimonio ganancial están concebidas para dirigir de forma coordinada una sola economía doméstica, que en la separación de hecho no existe. Cuando los cónyuges inician sus vidas separadas surgen dos hogares diferentes, ambos con necesidades propias y necesitados de una gestión diferenciada en la que, obviamente, no debe tener ningún poder de decisión una persona que no cohabita.

2º) El sistema de asunción de cargas de la sociedad de gananciales tampoco tiene lógica durante la separación de hecho. No se trata ya de que cada hogar mantenga sus propias necesidades, incluso si es el caso, con la contribución alimenticia que tenga que facilitar uno de los cónyuges al otro. La cuestión es mucho más compleja si se consideran aspectos como los gastos derivados de la administración ordinaria de los bienes privativos de los cónyuges, o de la explotación regular de sus negocios o del desempeño de su profesión, arte y oficio tras la ruptura de la relación. Cuando el Código Civil considera de cargo común dichos gastos no lo hace, evidentemente, atendiendo a una situación en la que los cónyuges no comparten una vida en común y destinan sus ingresos al mantenimiento de una vida y un domicilio propios y exclusivos de cada uno de ellos.

3º) Reconocer sólo *ex post facto*, de forma eventual y previo pronunciamiento judicial, el derecho a mantener como exclusivamente propio lo que se ha ganado o adquirido durante la separación de hecho genera una importante inseguridad jurídica a los esposos en el ámbito patrimonial.

4º) La inseguridad jurídica que genera el planteamiento que analizamos trasciende incluso al ámbito penal. La cuestión se ha expuesto en la primera parte de este trabajo. Disponer con libertad del dinero ganado tras la separación de hecho puede suponer, conforme a la regulación actual, la comisión de un delito de apropiación indebida o de administración desleal.

Como hemos visto, la situación jurídica que se produce entre los cónyuges separados de hecho es consecuencia del ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Hemos destacado también que la decisión de los cónyuges separados de hecho de no formalizar legalmente su ruptura puede responder a motivos legítimos y protegidos por el Derecho. Nuestra convicción es que, la decisión legal de mantener vinculadas a dos personas como miembros de una sociedad de gananciales tras la ruptura de su relación de convivencia implica

dificultarles, cuando no impedirles, el posible disfrute de sus vidas independientes con la dignidad que procura garantizar la Constitución en su artículo 10.1. Insistimos así en la necesidad de buscar una solución adecuada y completa a la problemática que estudiamos.

Decimoquinta

"Un primer mecanismo de solución a la problemática que hemos analizado consiste en interpretar que el artículo 1394 del Código Civil permite al tribunal que conoce de la acción prevista en el artículo 1393.3 retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se inició la separación de hecho entre los cónyuges, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe".

La primera medida que creemos pertinente para la solución de la problemática que ha sido objeto de esta investigación consiste en la interpretación del artículo 1394 del Código Civil como una norma que habilita al tribunal a anticipar los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de inicio de la separación de hecho.

De este modo, el ordenamiento jurídico permitiría liquidar la sociedad de gananciales atendiendo a la que era su situación patrimonial inmediatamente anterior al cese de la convivencia entre esposos. Mediante esta interpretación se conseguiría el efecto que ya concede la doctrina de la limitación funcional, pero con un tratamiento más adecuado al régimen jurídico de las personas separadas de hecho casadas en régimen de gananciales por dos motivos de peso:

1º) El presupuesto de aplicación de la norma de retroacción lo constituiría la mera separación de hecho, evitando así condicionar el efecto interesado a la valoración de otras circunstancias periféricas susceptibles de impedirlo, por discreción judicial.

2º) La norma no estaría destinada a resolver problemas sobre atribuciones puntuales, sino a recomponer la totalidad de la sociedad ganancial al momento anterior a la ruptura para su correcta liquidación entre los cónyuges (obviamente sin perjuicio de considerarse los reembolsos que hubieran de tener lugar como consecuencia de toda la operativa desarrollada durante la separación de hecho).

Creemos haber justificado la existencia de motivos jurídicos de peso que permiten sostener esta interpretación. Los recapitulamos en síntesis del siguiente modo:

1º) Un autorizado sector de la doctrina es favorable a una interpretación del artículo 1394 del Código Civil como norma que permite la retroactividad de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de inicio de la separación de hecho.

2º) Hemos analizado el curioso debate parlamentario que llevó a la aprobación del texto actual de la norma, concluyendo que, aunque no arroja resultados concluyentes, del mismo sí cabe desprender una posible interpretación favorable a la opinión que mantienen los autores a los que acabamos de hacer referencia. La norma, al referirse a la

fecha de los efectos de la disolución judicial, no adopta una dicción, "*desde la fecha en que se dicte*", sino otra distinta y más sugerente de otro significado, "*desde la fecha en que se acuerde*".

3º) La interpretación que proponemos del artículo 1394 del Código Civil responde mejor a la teleología de la norma, que habría pretendido conceder a los tribunales la posibilidad de anticipar los efectos de la disolución.

4º) La lectura que consideramos más conforme a Derecho del artículo 1394 del Código Civil entendemos que se ajusta mejor a diversos principios constitucionales (*libertad*, *justicia* y *seguridad jurídica*), siguiendo el criterio del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si la convivencia entre los cónyuges constituye el fundamento de la sociedad de gananciales, el principio de justicia recomienda conceder al juez que conoce de la disolución de la sociedad de gananciales el poder de disponer que sus efectos se produzcan desde la ruptura de la convivencia. La posibilidad de hacerlo desde la fecha de presentación de la demanda puede ser igualmente *justa* si es ese el primer momento que el juzgador considere revelador de que existe la ruptura.

Entender que, en el caso de la disolución por separación de hecho, sus efectos comienzan desde la fecha de la sentencia que la declare no coadyuva a la consecución del valor de la *justicia*. Como hemos explicado, en esta solución se confunde lo que es un mero requisito para que la disolución de la sociedad ganancial se produzca (que es la exigencia de que dicte una resolución judicial), con la verdadera causa de ésta (que es la existencia de la separación de hecho). Esta última interpretación descarga además sobre los cónyuges las consecuencias negativas de la ralentización de los tribunales y la demora de sus respuestas. La situación puede agravarse tras la reciente aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Conforme a lo dispuesto en su artículo 5, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2. Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo en algunos que se exceptúan y que no comprenden los relacionados con la disolución de la sociedad de gananciales.

Asimismo, la realización efectiva del valor jurídico *libertad* también se verifica en mayor medida si se permite la producción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho. Como hemos destacado sobre este aspecto, desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la *libertad* personal constituye un elemento vertebrador en el ámbito de la solución de conflictos en las crisis matrimoniales. Dicha Ley quiere "*reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*". No seguir vinculado con el otro cónyuge implica, en el ámbito del divorcio, la voluntad de ruptura

en dos aspectos, el personal y el patrimonial. Hemos dicho que, con mayor razón, ese referido ideal de "*reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona*" habrá de promoverse cuando el deseo de ruptura de un esposo casado en régimen de gananciales se limite a uno solo de esos dos ámbitos, el patrimonial. Si la sociedad ganancial no tiene sentido sin relación de convivencia, el inicio de la separación de hecho hace visible la voluntad de al menos uno de los cónyuges de quedar libre del consorcio económico desde ese momento.

Por otra parte, entender el artículo 1394 en un sentido restrictivo, negando su virtualidad para permitir la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de inicio de la separación de hecho, también afecta negativamente la *libertad* de los cónyuges, que sin esa garantía hallarán un importantísimo impedimento legal al empleo de sus recursos económicos durante su separación de hecho. La interpretación de la que discrepamos creemos que también menoscaba la *seguridad jurídica* en las relaciones entre los esposos tras la separación de hecho.

5º) Como hemos podido constatar en este trabajo, cuando aplica la doctrina de la limitación funcional, el mecanismo por el que la jurisprudencia impide que un cónyuge pueda atribuirse de manera abusiva lo adquirido por el otro sin su colaboración consiste en entender cesados los efectos de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho. Cobra pleno sentido plantear que, cuando el Código Civil regula la disolución de la sociedad de gananciales precisamente como consecuencia de la separación de hecho, la norma que establece la fecha de su producción de efectos ha de permitir su retroacción al momento en que aquélla tuvo lugar. De este modo, el ordenamiento ofrecería respuestas coherentes ante una misma controversia jurídica.

6º) La jurisprudencia parece defender también el entendimiento del artículo 1394 que proponemos como más adecuado. La STS de 2 de marzo de 2020 distingue entre las causas de disolución previstas en los artículos 1392 y 1393. La sentencia afirma que el art. 1392 CC no establece "*la retroacción automática de los efectos de la sentencia una vez dictada*". Sin embargo, afirma que "*para la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial en los casos previstos en el art. 1393 CC (entre los que se encuentra la separación de hecho de más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar), los efectos de la disolución se producirán desde la fecha que se acuerde en la resolución judicial (art. 1394 CC)*".

7º) Los principios generales de equidad y proscripción del enriquecimiento injusto avalan también la interpretación de una norma que, mediante la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, evita que un cónyuge pueda beneficiarse del trabajo y de los rendimientos obtenidos por el otro sin su colaboración. Precisamente al contrario, identificar la fecha de efectos de la disolución por separación de hecho con la de la resolución que la acuerde atenta contra ambos principios, pues implica aceptar la participación de un sujeto en las ganancias obtenidas por otro a sus propias expensas.

8º) Cabe traer también de nuevo a colación aquí la recomendación de la CEFL en su texto sobre los *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*, en torno a que la disolución de la comunidad de gananciales tenga efecto, respecto a los cónyuges, en la fecha de la demanda o, si los cónyuges se separaron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro por la autoridad competente.

9º) La retroacción de efectos desde el inicio de la separación hecho mediante el artículo 1394, permitiría establecer además, en una misma fecha, el momento en que el cónyuge separado de hecho pierde sus derechos frente a su consorte, no sólo como viudo en su sucesión, sino también como socio consorcial.

Las normas del Código Civil que excluyeron al cónyuge separado de hecho de la sucesión intestada de su consorte -artículo 945- y del derecho a la legítima en su herencia -artículo 834-, sin requerir para ello de elemento adicional alguno, fueron introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Los vigentes artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil mantienen la redacción que les fue dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Como ha destacado la doctrina, el argumento de que debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior reviste gran importancia en nuestro ordenamiento, "*habida cuenta los numerosos «despistes» de armonización experimentados en el transcurso de las reformas*".

Una vez armonizado el tratamiento legal del cónyuge separado de hecho ante la sucesión tanto intestada como legítima de su consorte, cabe plantear cuál es la interpretación más armónica de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil con los artículos 834 y 945. La negación del derecho a participar en la herencia del consorte con quien no se convive, desde el mismo momento en que se verifica la ruptura, debería implicar, de suyo, quedar excluido de su sucesión tanto en sus bienes privativos como gananciales. Esto no parece coherente con un eventual derecho del cónyuge separado de hecho a seguir participando en las ganancias que su consorte adquiera tras el momento de la ruptura.

10º) Finalmente, el estudio de los modelos de Derecho comparado demuestra que la solución que proponemos es habitual en la regulación de regímenes económicos matrimoniales de comunidad de otros ordenamientos extranjeros. Hemos comprobado que numerosos Estados de nuestro entorno disponen de normas semejantes al artículo 1394 del Código Civil que, si bien presentan tenores literales mucho más precisos que éste, inciden en la posibilidad de que el juez que conoce de la disolución del régimen de comunidad matrimonial pueda anticipar sus efectos al momento del cese efectivo de la convivencia entre los esposos.

Por todo lo explicado en esta conclusión, creemos que el ordenamiento jurídico español dispone de una regulación vigente que, de *lege data*, permite sostener como regla general que, los cónyuges que lo soliciten ante la autoridad judicial, podrán obtener una resolución que disponga la retroacción de la disolución de su sociedad de gananciales a la fecha de inicio de su separación de hecho que puedan acreditar.

Obviamente, se tratará de una retroacción *inter partes*, que no podrá oponerse ni perjudicar a ningún derecho ya adquirido por terceros.

Esta importante medida podría resolver el problema de las atribuciones injustificadas de ganancialidad a las adquisiciones obtenidas por los esposos durante su separación de hecho. Sin embargo, esta propuesta no resuelve el resto de problemas que plantea el mantenimiento de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho.

Decimosexta

"A fecha de hoy, no existe un planteamiento generalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que permita resolver los problemas que genera el mantenimiento de la sociedad de gananciales entre los cónyuges separados de hecho. Interesa buscar propuestas alternativas dentro del ordenamiento jurídico que puedan satisfacer las necesidades legítimas que se plantean a las personas que desarrollan vidas independientes sin haber disuelto formalmente su sociedad ganancial".

Para resolver la problemática de la continuación de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho, la doctrina ha propuesto algunas soluciones que no nos han parecido convincentes por los motivos que hemos podido exponer.

La suspensión de la sociedad de gananciales es un planteamiento interesante, que defiende algún autor prestigioso en la materia y que podría ser adecuado adoptar. No obstante, esta propuesta se enfrenta a importantes críticas, apuntada por algún sector de la doctrina y alguna jurisprudencia. Se le reprocha la propia *inexistencia* de la figura de la suspensión de la sociedad de gananciales por esta causa y, por otra parte, la falta de explicación de las reglas que regularían el consorcio conyugal durante la separación de hecho.

La solución de considerar una sociedad de gananciales matizada durante la separación de hecho, aplicando únicamente aquellas de sus normas que no presumen la convivencia conyugal nos ha parecido de imposible realización.

1º) Durante la separación de hecho, la causa que justifica la atribución del carácter común a las respectivas adquisiciones de los esposos, que es su convivencia colaborativa, ya no existe. Como consecuencia de ello, la aplicación de las normas de los artículos 1347; 1349, *in fine*; 1350; 1351; 1353; 1354; 1355; 1356; y 1361 del Código Civil queda en entredicho. El régimen de gananciales debería continuar, por tanto, sin aplicar en su práctica totalidad sus normas de atribución de bienes a la masa común, salvando acaso las adquisiciones previstas en los ordinales 2º (sólo las procedentes de bienes gananciales), 3º y 4º del artículo 1347, y en los artículos 1359 y 1360.

2º) El sistema que la ley prevé para administrar el patrimonio común, que es el principio de cogestión, evidentemente es irrealizable entre dos personas que viven separadas con economías domésticas diferentes. No parece tampoco realista concebir

una sociedad de gananciales entre dos cónyuges que viven separados de hecho cuya administración se perpetúe judicializada. Si se atiende además al problema de la atribución de la ganancialidad de los ingresos y adquisiciones obtenidos durante la separación de hecho, cabe hasta plantearse la inoperatividad del artículo 1388 respecto de dichos activos.

3º) Ciertas conductas, inherentes y exigibles entre esposos unidos en sociedad ganancial, devienen ilusorias e inadecuadas entre esposos separados de hecho. El deber de facilitarse información recíproca desde la ruptura de la convivencia es inconcebible. La necesidad de gestión patrimonial de dos hogares diferentes por dos personas distintas ha de derivar con carácter casi inevitable en las conductas contempladas en los artículos 1393.2º y 4º del Código que, como hemos apuntado, son causa de disolución del consorcio matrimonial.

4º) La protección de los terceros de buena fe impide alterar, en nuestra opinión, las reglas de responsabilidad de la sociedad de gananciales por la mera separación de hecho. Ello no obstante, como hemos subrayado ya, el sistema previsto para el levantamiento cargas durante la vigencia de la sociedad de gananciales queda también en entredicho *ad intra* durante la separación de hecho. Es cuestionable, en particular, si, durante la separación de hecho, procede cargar sobre las ganancias y adquisiciones de un cónyuge los gastos de administración ordinaria de los bienes privativos o de la explotación del negocio o profesión del otro.

En definitiva, los planteamientos que sugieren mantener la sociedad de gananciales durante la separación de hecho como si nada sucediera entre los esposos, o considerarla suspendida pero adaptando sus normas a la situación de dos personas que no conviven, creemos que resultan problemáticos para el Derecho en su aplicación y que no satisfacen íntegramente las necesidades que se plantean. El ordenamiento presenta un desafío que la comunidad jurídica debe atender, en orden a cómo debe entenderse el régimen económico matrimonial entre dos cónyuges unidos en sociedad de gananciales desde el inicio de su separación de hecho.

Decimoséptima

“Creemos que, como resultado de esta investigación, cabe ensayar una propuesta alternativa mediante una interpretación diferente de las normas que regulan la sociedad de gananciales para solucionar la problemática jurídica que se presenta a los esposos con su separación de hecho”.

Siendo conscientes de la dificultad de elaborar una propuesta novedosa, hemos creído pertinente intentarlo. Nuestro trabajo podría haber concluido describiendo, acaso con mayor detalle, los planteamientos realizados hasta la fecha, o realizando un discurso crítico más elaborado sobre esas posiciones. Hemos creído, sin embargo, que el intento de buscar una solución alternativa al problema estudiado enriquece cualquier investigación, principalmente cuando ésta lleva a puntos importantes que aún no encuentran respuestas plenamente satisfactorias (al menos desde la perspectiva del

investigador) en el *estado de la ciencia*. Ese intento lo hemos abordado conscientes de que se realiza sobre una materia que ha sido estudiada y tratada con rigor y autoridad por conspicuos especialistas. Por ello asumimos, sincera y humildemente, las seguras críticas que recabará nuestro planteamiento alternativo.

Conforme a la interpretación alternativa de las normas que regulan la sociedad de gananciales que hemos planteado podría sugerirse que, desde la separación de hecho:

1º) Cesa entre los cónyuges la sociedad de gananciales. Con ello se resuelve entre las partes el problema de la comunicación ganancial, pero también se despeja la duda de la aplicación del resto de normas rectoras de ese régimen ganancial durante la separación de hecho. Salvo las previstas específicamente para esta situación en los artículos 1368 y 1388 del Código Civil, las normas del régimen de gananciales dejarían de aplicarse entre los cónyuges separados de hecho.

2º) Rige entre los cónyuges como estatuto interno el régimen de separación de bienes. En el régimen de separación de bienes cada cónyuge mantiene como propios los bienes anteriores al matrimonio, así como la titular y exclusiva sobre todo los ingresos y adquisiciones que realiza a lo largo del mismo. El régimen de separación de bienes permite a cada cónyuge administrar su patrimonio y distribuye las cargas de la familia en proporción a la capacidad económica de los esposos. Las cargas matrimoniales que puedan generarse tras la separación de hecho se distribuirían entre los cónyuges según lo previsto en el artículo 1438 del Código. Este régimen económico matrimonial resulta por ello especialmente adecuado para regir las relaciones internas entre dos personas que viven separadas.

3º) La sociedad de gananciales mantiene su vigencia ante terceros. La protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe justifica sobradamente que, a su favor, el Código Civil establezca los principios de inoponibilidad e irretroactividad de las modificaciones del régimen económico del matrimonio. Este principio, axial en nuestro ordenamiento jurídico, también se respeta en la propuesta que presentamos en esta investigación.

4º) En el momento en que, eventualmente, se proceda a la liquidación formal de la sociedad ganancial, podrán realizarse las compensaciones que hubieran de tener lugar, como consecuencia de lo consignado en los puntos anteriores. El desarrollo de los presupuestos anteriores implica la posibilidad de que, durante la separación de hecho, alguno de los cónyuges deba responder con su propio patrimonio de gastos derivados y obligaciones contraídas por el otro en su propio beneficio. Por ello, a fin de que el modelo planteado pueda funcionar sin generar situaciones de enriquecimiento injusto, prevemos la posibilidad de que los cónyuges, en las operaciones de liquidación que se realicen en su día, se abonen las compensaciones que corresponda, ex artículo 1405 del Código Civil.

Decimoctava

“Según la interpretación alternativa que ensayamos, las normas vigentes del ordenamiento jurídico permitirían entender que la separación de hecho determina el cese de la sociedad de gananciales en la relación interna entre los esposos”.

La posibilidad de sostener el cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges durante su separación de hecho lo hemos fundamentado principalmente en una interpretación alternativa del artículo 1344 del Código Civil.

El artículo puede leerse como una norma jurídica que establece que la sociedad de gananciales es el instrumento jurídico del que los cónyuges deben y necesitan valerse para hacer comunes sus adquisiciones, suponiendo la norma que los esposos forman esa sociedad precisamente con su colaboración y convivencia dentro del matrimonio.

Hemos argumentado que esa interpretación se sostiene en *elementos literales* de la normas. El sintagma preposicional *“[m]ediante la sociedad de gananciales”* realiza la función de complemento circunstancial *de medio*, con lo que se refiere a un “*recurso del que se sirve alguien para lograr algo*”. La dicción del artículo 1344 no afirma por tanto que las ganancias o beneficios obtenidos por los cónyuges adquieren su carácter común por el hecho de ser percibidas *durante* la pendencia del régimen matrimonial (es decir, entre el momento de su inicio y el de su disolución), sino que lo son las que se alcanzan *mediante* la *sociedad*. El término *sociedad* apunta, a su vez, una “*agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines*”. En consecuencia, la literalidad del precepto admite entender que la cooperación de los esposos agrupados es el elemento integrador de la *sociedad* ganancial, concebida como instrumento del que se valen los cónyuges para hacer comunes sus adquisiciones dentro de su matrimonio. La premisa de la exigencia de la vida y el trabajo común de los cónyuges en el régimen de gananciales se recogería por tanto en el término *sociedad*.

La interpretación que proponemos también responde a la *teleología* de las normas que regulan la sociedad ganancial. Como hemos comprobado a lo largo de esta investigación, el fundamento de la sociedad de gananciales se halla en la convivencia y la colaboración entre esposos. Es esa razón la que justifica un efecto tan peculiar en Derecho como que la mitad de lo ganado o adquirido por una persona se atribuya de modo automático a otra, lo que constituye precisamente la finalidad de la norma. Si el fundamento de la sociedad de gananciales es ese, es lógico que el Código disponga de una norma que lo establezca así y, más aún, que lo haga en un precepto, el artículo 1344, que introduce la presentación de ese régimen económico, encabezando el capítulo dedicado a su regulación. El artículo 1344 del Código Civil explicaría que sólo a través de la sociedad formada por los cónyuges en convivencia éstos hacen comunes sus ganancias, sometiendo a esta regla principal todas las que se detallan posteriormente en los artículos 1346 y siguientes.

Nuestra propuesta se ajusta también en buena medida a los *antecedentes históricos y legislativos* de la institución. Los textos del antiguo Derecho castellano (Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Estilo) consideraban ganancial lo que los esposos obtenían como producto de su esfuerzo común. La doctrina y la jurisprudencia identificaron que, cuando la ley hacía comunes los bienes obtenidos por el matrimonio, lo establecía bajo la consideración estos lo hacían *de consuno,* esto es, fruto de su colaboración y convivencia. Ciertamente, los intérpretes de aquellas normas jamás sugirieron que una mera separación de hecho pudiera implicar una alteración de la relación económica entre los esposos, si bien, como hemos destacado ya, aquello era irrealizable y quizás inconcebible por el propio orden público del momento y, muy acusadamente también, por la regla de la inmutabilidad post nupcial del régimen económico matrimonial. La cuestión es que los autores y la jurisprudencia de aquella época entendieron, con carácter general, que los cónyuges hacían comunes lo ganado *de consuno*.

El análisis de los cambios que se producen en el tenor de los preceptos que describen la sociedad de gananciales en el Proyecto de 1851, en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 y, finalmente, en el artículo 1392 del primer Código Civil, demuestra que la norma incluye finalmente el término "*mediante*" (sobre cuya relevancia ya nos hemos extendido al analizar la literalidad del precepto) y el término "*sociedad*", que evoca la unión económica de los esposos. Pero a diferencia de lo que sucedía con el texto del Proyecto de 1851, en esta ocasión, la Ley no afirma apodícticamente que entre los cónyuges "*hay*" una sociedad; por el contrario, ésta parece ya en el nuevo texto como el instrumento "*mediante*" el que cónyuges hacen comunes sus adquisiciones.

El actual artículo 1344 fue introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta Ley procede del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979. En ese trabajo legislativo, el tenor propuesto para el artículo 1344 establecía que "*[e]n la sociedad de gananciales los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla".* El rechazo de ese texto se debió a una enmienda que se aprueba y que proponía volver al espíritu del antiguo 1392.

Creemos por tanto que la interpretación alternativa del vigente artículo 1344 que venimos ensayando sería tributaria de una concepción que se habría mantenido vigente en nuestro Derecho histórico desde que existe el régimen de la sociedad de gananciales, si bien ahora puede proponerse sin temor que la ruptura de la convivencia de los cónyuges por una separación de hecho tenga la relevancia que antiguamente no se pudo contemplar.

A nuestro juicio, el *canon contextual* también permitiría adoptar la interpretación que hemos ensayado. Como hemos explicado extensamente, los elementos periféricos más relevantes serían los siguientes:

1º) La existencia de la doctrina de la limitación funcional.

La separación de hecho no disuelve a todos los efectos la sociedad de gananciales, pero es claro que, siguiendo la doctrina de la limitación funcional, a efectos internos, sí

impide que continúe como un instrumento legal apto para permitir a cada uno de los cónyuges participar en las ganancias y adquisiciones obtenidas por el otro. Reproduciendo las palabras de un autor de los citados en este trabajo, afirmar que "*no se puede declarar en general que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la separación de hecho de los cónyuges*", pero entender a su vez que "*sí se puede ir declarando bien por bien que el mismo no es ganancial por haberlo adquirido uno de los cónyuges durante el período de separación de hecho*" constituye "*un puro juego de jurista*"; o, copiando a otra, "*aunque rigurosamente la separación de hecho no disuelve la sociedad de gananciales, esta doctrina jurisprudencial, a efectos prácticos, supone entender disuelta "de hecho" la sociedad de gananciales, al menos a determinados efectos*".

2º) El artículo 1394 del Código Civil.

Según hemos razonado ya, este precepto permite retrotraer los efectos de la sentencia que acuerda la disolución de la sociedad de gananciales al momento en que se produjo el cese de la convivencia conyugal. Esa retroacción sería el resultado coherente de la interpretación del artículo 1344 en la clave que sugerimos. Si la sociedad de gananciales no opera entre los esposos desde su separación de hecho, según lo que venimos a proponer, la consecuencia normativa coherente con esa realidad es que, al disolverse formalmente, la autoridad judicial atienda al estado de cosas existente en el momento de la ruptura de la convivencia para dictaminar los efectos de la disolución.

3º) El artículo 1397 del Código Civil.

Según este precepto, en el activo de la sociedad de gananciales que se va a liquidar deben incorporarse los bienes gananciales existentes en el *momento de la disolución.*

Sólo si podemos justificar que, a efectos internos, la sociedad de gananciales ha sido objeto de disolución entre los cónyuges con su separación de hecho, se evita el efecto indeseado de atribuirles una recíproca participación en los bienes que haya obtenido cada uno de ellos como resultado de su exclusivo esfuerzo. La interpretación que sugerimos del artículo 1344 del Código también revierte en ese resultado pues, de otro modo, todas las ganancias obtenidas por cada cónyuge sin la ayuda del otro deberían integrarse en la masa común a liquidar y repartir.

4º) La doctrina del enriquecimiento sin causa.

La proscripción del enriquecimiento injusto constituye un principio general del Derecho reconocido por la jurisprudencia que, como tal, dispone de carácter informador sobre el ordenamiento jurídico, atendiendo a la regla del artículo 1.4 del Código Civil.

Aunque el Código Civil diseña la sociedad de gananciales como un régimen de comunidad, intenta que ninguno de los cónyuges obtenga, a costa del otro, enriquecimientos injustificados.

La sociedad de gananciales no es un instrumento de colectivización indiscriminada de la riqueza obtenida por los cónyuges durante su matrimonio, ni nuestro ordenamiento la conforma como tal desde su nacimiento hasta su formal extinción por alguna de las causas previstas en los artículos 1392 y 1393 del Código. El Código Civil no regula la sociedad de gananciales como una sociedad universal. Sus disposiciones conciben su coexistencia con los patrimonios privativos de los cónyuges, que también pueden incrementarse durante la vigencia del régimen atendiendo a cuál sea la procedencia de los ingresos o adquisiciones. Solo deviene ganancial lo que la Ley considera justificado que lo sea y creemos haber reflejado suficientemente que el fundamento de la atribución de las ganancias obtenidas por los esposos al acervo común radica en su cooperación recíproca.

Cuando la convivencia y la colaboración entre los cónyuges se extinguen, también desaparece la razón que justifica la atribución de los bienes adquiridos por ambos a una masa común compartida. Desaparecida su causa, la aplicación de las reglas de atribución previstas para la sociedad de gananciales deriva en la producción de enriquecimientos injustificados. Se cumplen desde ese momento, en nuestra opinión, todos los presupuestos que se exigen para su concurrencia: "*a) la existencia de un enriquecimiento, b) un correlativo empobrecimiento, c) la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento", y "d) la falta de causa o justificación*".

5º) Las normas de Derecho sucesorio que rigen entre los esposos separados de hecho.

A este contexto deben incorporarse también las normas de Derecho sucesorio ya comentadas en este trabajo, que excluyen al cónyuge separado de hecho de la relación de parientes llamados a participar en la herencia del finado, tanto en el abintestato (artículo 945) como en la legítima (artículo 834). Tiene sentido conceder al artículo 1344 una interpretación que guarde consistencia con dichos preceptos. Presenta cierta incoherencia que, desde el mismo momento en que se produce la separación de hecho, los cónyuges pierdan el derecho a beneficiarse recíprocamente en toda su sucesión y, sin embargo, mantenerles en su derecho a seguir beneficiándose, por su formal condición de socio ganancial, de la mitad de lo que adquiera el otro desde el cese de la convivencia.

6º) Las normas que regulan el contrato de sociedad.

Aunque la antigua referencia del artículo 1395 a que "*la sociedad de gananciales se regirá por las reglas de contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo*" fue objeto de derogación al regularse el vigente régimen de gananciales, ello no oculta que existen ciertos aspectos en los que la sociedad regulada en el Código Civil como contrato y la sociedad de gananciales comparten alguna nota característica. Ambas figuras requieren funcionalmente la necesaria presencia de, al menos, dos personas (que en la sociedad de gananciales son necesariamente dos), que asumen realizar un esfuerzo común y conjunto con ánimo de partir entre sí unas ganancias.

7º) El principio de individualización de rentas.

La interpretación que sugerimos también es acomodaticia con la normativa fiscal. Como vimos en su momento, en el Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas rige el principio de individualización de rentas. Una eventual interpretación del artículo 1344 del Código Civil en el sentido que planteamos no generaría ninguna contingencia de carácter fiscal para dos cónyuges que continuaran sus vidas separadas y, en coherencia con ello, presentaran sus correspondientes liquidaciones de forma individual, sin considerar la renta del otro.

8º) La realización de los derechos constitucionales a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

En la interpretación que sugerimos, no se niega que para disolver el matrimonio o la sociedad económica conyugal sea preciso recurrir a los remedios formales dispuestos por la Ley, en concreto el divorcio, la separación o, en el mero plano patrimonial, la separación judicial de bienes. Lo que se postula es que la ausencia del ejercicio formal de esas acciones por las personas separadas de hecho no obliga a mantener en su relación interna las reglas de la sociedad ganancial, que impiden el normal desarrollo de unas vidas autónomas que ya han emprendido. Así las cosas, creemos que la propuesta de interpretación que planteamos protege en mayor medida los principios constitucionales aquí señalados entre los cónyuges separados de hecho.

9º) La equidad.

La *ratio decidendi* de la STS de 13 de junio de 1986, que da inicio a la doctrina de la limitación funcional, incorpora la falta de equidad como uno de sus fundamentos. El artículo 3.2 del Código contempla la equidad como un valor a sopesar en el proceso de interpretación de la norma. Creemos que, por su finalidad, la propuesta interpretativa que planteamos aquilata adecuadamente este elemento.

10ª) Los *Principios de Derecho europeo de familia*.

Como hemos reiterado ya, conforme a los *Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges* redactados por la CEFL, se sugiere a los Estados miembros de la Unión que adopten regímenes matrimoniales de comunidad que su disolución tenga efectos, respecto a los cónyuges, desde la fecha de la demanda o, si los cónyuges se separaron con anterioridad, en la fecha de su separación, y respecto a terceras personas, en la fecha de registro por la autoridad competente.

Finalmente, también hemos tratado de motivar esta parte de nuestra propuesta en un *argumento sociológico*. Es casi imposible conocer con precisión el número de matrimonios que, en la actualidad, sufre la separación de hecho en España. Ello no obstante, como hemos explicado en esta investigación, sabemos que ésta afecta y perjudica a un relevante segmento de la población. Los matrimonios a los que se destina la norma ya no están formados por hombres que trabajan fuera de casa y mujeres

dedicadas a las tareas domésticas, sino por cónyuges iguales en derechos que generalmente disponen de un proyecto de vida individual del que forma parte el objetivo de obtener ingresos propios. Esto conforma una realidad social en España propicia a aceptar las consecuencias patrimoniales entre cónyuges que resultarían de una interpretación del artículo 1344 del Código Civil conforme al planteamiento que hemos desarrollado.

Decimonovena

"Según la interpretación alternativa que ensayamos, las normas vigentes del ordenamiento jurídico permitirían entender que la separación de hecho determina la aplicación del régimen de separación de bienes en la relación interna entre los esposos".

Si la interpretación del artículo 1344 que ensayamos pudiera aceptarse, la separación de hecho entre los cónyuges produciría la extinción de su sociedad ganancial. Se trataría, no obstante, de una *extinción* no identificable con la *disolución* a la que se refieren los artículos 1392 y 1393 del Código.

Esto lleva a concluir que, como entidad jurídica existente *erga omnes*, la sociedad de gananciales entre los esposos permanecerá hasta que éstos realicen uno de los actos que permiten su formal disolución o, en su defecto, se produzca uno de los eventos que la ley considera extintivos de la misma. Ahora bien, una cosa es que el Código Civil condicione la disolución de la sociedad de gananciales a que se produzca uno de los eventos previstos en sus artículos 1373, 1392 o 1393 y otra distinta es que, según el planteamiento que hemos propuesto, el artículo 1344 permita entender que los cónyuges siguen sujetos a las reglas del Capítulo IV, Título III, del Libro IV tras el cese de su relación de convivencia, pues no sería así.

Los esposos separados de hecho mantienen el vínculo matrimonial y, en nuestro ordenamiento, tal circunstancia obliga a atribuirles un régimen económico. Frente a terceros, ese régimen seguiría siendo el de gananciales pero, en lo que afectara a la relación interna entre esposos, ese régimen no sería aplicable y debería determinarse cuál habría de regir en su lugar. Creemos que el Código permite sostener, aun forzando en cierto modo sus preceptos, la asignación del régimen de separación de bienes a los esposos separados de hecho.

El artículo 1435.3º del Código Civil establece que existirá entre los cónyuges separación de bienes "*cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales*" y los cónyuges no establezcan otro régimen distinto. Aunque puede inferirse que el citado precepto concibe, en principio, la *extinción* del consorcio por alguna de las causas previstas en los artículos 1392.3º, 1393 y 1373 del Código, ello no obstaría a recurrir a la misma regla ante otro tipo de finalización de la sociedad de gananciales, como sería en nuestro caso la que tendría lugar a efectos internos, como consecuencia de la ruptura de convivencia entre los esposos. La regla podría aplicarse incluso por analogía.

Teleológicamente, de interpretarse el artículo 1344 del Código Civil del modo que ensayamos, la presumible voluntad del legislador sería la de atribuir a los esposos el régimen de separación de bienes. Dicho régimen es sin duda el más adecuado para regular las relaciones patrimoniales entre esposos no convivientes y, si se excluye la posibilidad de aplicar un régimen de gananciales atenuado entre los esposos separados de hecho y la ley obliga a asignarles otro de los previstos en el ordenamiento, la única alternativa posible a la que planteamos aquí sería atribuirles el régimen de participación, lo cual carece de todo sentido.

Dos argumentos más, de orden contextual, justifican nuestra conclusión. La separación de hecho es, en el actual sistema, el régimen matrimonial supletorio de segundo grado. Éste se aplica a los matrimonios que simplemente deciden que no rija entre ellos la sociedad de gananciales, según lo previsto en el artículo 1435.2 del Código Civil. Por otra parte, si los cónyuges, en la situación jurídica en que quedan según la interpretación que sugerimos, deciden acudir a la autoridad judicial para extinguir su sociedad de gananciales alegando estar separados de hecho, lo harán ejercitando la acción del artículo 1393. 3º. La sentencia que estimara su pretensión determinaría entonces la finalización formal de la sociedad de gananciales. Sería aplicable entonces lo previsto en el artículo 1435. 3º del Código Civil. De este modo, los cónyuges habrán formalizado la disolución de su sociedad ganancial, adoptando *erga omnes* el régimen de separación de bienes. Es lógico por tanto atribuirles ese mismo régimen a efectos internos desde la separación de hecho.

Vigésima

“Según la interpretación alternativa que ensayamos, las normas vigentes del ordenamiento jurídico permitirían entender que el patrimonio ganancial adquirido por los cónyuges antes de la separación de hecho constituye para ellos, a sus efectos internos, una comunidad postganancial”.

Antes de la separación de hecho, los cónyuges casados en gananciales habrán podido acumular –al menos en algunos casos- algún patrimonio conjunto. Si, conforme a la interpretación alternativa que planteamos, la separación de hecho determinara el cese de la sociedad de gananciales entre los cónyuges, otro de los efectos coherentes con esa conclusión sería que la masa común de bienes acumulada hasta la fecha del cese definitivo de la convivencia integrara, a efectos internos, una comunidad postganancial. Ésta comunidad postganancial *ad intra* iniciaría con la ruptura definitiva de la convivencia conyugal y concluiría por alguna de las causas previstas en los artículos 1373, 1392 y 1393 del Código Civil, lo que supondría su transformación en una comunidad postganancial ordinaria.

En lo fundamental, procede sintetizar las notas más relevantes que hemos destacado en esta investigación sobre dicha comunidad postganancial *ad intra*.

Su patrimonio se configuraría internamente como una comunidad ordinaria, aunque, como ocurre en toda comunidad postganancial, los cónyuges no tendrían una cuota

sobre cada uno de los bienes acumulados hasta la separación de hecho, sino sobre la totalidad de dicho patrimonio y, a efectos internos, estarían obligados a observarlo así.

La composición patrimonial de la comunidad postganancial resultante de la separación de hecho podría ser objeto de algunas alteraciones. Su activo no se vería aumentado con las rentas de trabajo ni con los frutos y rendimientos del capital privativo de cada cónyuge obtenidos tras la separación de hecho, que serían en todo caso privativos de su correspondiente titular. Únicamente los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la separación de hecho incrementarían la comunidad, por aplicación analógica de las normas sobre la liquidación del usufructo. Se beneficiaría también la comunidad de los incrementos de los frutos de los bienes comunes, así como de los aumentos del valor del patrimonio común y de las plusvalías que dichos bienes y sus frutos pudieran experimentar.

A efectos internos, el patrimonio de la comunidad postganancial estaría sujeto al cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad de gananciales antes de que se produjera el cese de la convivencia; al pago de los gastos que generara su administración o tenencia, o a la responsabilidad por daños que pudieran producir los bienes comunes; al pago de los alimentos previstos en el artículo 1408 del Código Civil, con las consecuencias previstas en ese precepto; y al pago de las "*cargas del matrimonio*" que eventualmente pudieran surgir durante la separación de hecho.

Las deudas que contrajera cada cónyuge una vez cesada la sociedad de gananciales por la separación de hecho, a efectos internos entre esposos, serían tratadas como privativas.

Sobre los bienes comunes, se aplicaría el principio de subrogación real, no se aplicaría entre los cónyuges la presunción de ganancialidad y cualquiera de los cónyuges podría actuar en defensa del patrimonio común.

Su administración sería mancomunada y serían aplicables los artículos 90 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 1388 del Código Civil.

Dado que tendría una eficacia meramente interna entre los cónyuges, deberían seguir siendo aplicables los artículos 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1372, 1373 y 1374. Esto es lo coherente con el planteamiento que realizamos y lo más acorde con el principio de protección de los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

De producirse perjuicios patrimoniales al acervo común como consecuencia de las acciones ejercitadas por un acreedor particular de uno de los esposos, éstos deberían compensarse al cónyuge perjudicado en las futuras operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, aplicando en su caso los artículos 1397.2º y 3º, y 1405 del Código Civil.

Vigesimoprimera

“Según la interpretación alternativa que ensayamos, las normas vigentes del ordenamiento jurídico permitirían entender que, no obstante el cese *ad intra* de la sociedad de gananciales en las relaciones entre esposos, ésta continuaría respondiendo ante terceros *ad extra* en los términos previstos en el Código Civil, entendiéndose existente a todos los efectos. Los cónyuges podrían exigirse reembolsos en las operaciones de liquidación”.

De acuerdo con el planteamiento que venimos realizando, sin perjuicio de los efectos de la separación de hecho en la relación interna entre los cónyuges, la sociedad de gananciales seguirá respondiendo ante terceros en los términos previstos en el Código Civil.

El artículo 1368 no deja sin efecto lo previsto en los artículos 1362 y siguientes del Código Civil, pues la sociedad ganancial permanece vigente frente a terceros mientras los esposos viven separados de hecho sin instar su disolución. Mientras se perpetúe esa situación, los bienes gananciales responderán frente a los eventuales acreedores de todas las obligaciones previstas por la ley, exista o no convivencia entre los cónyuges. El precepto, como propone un importante sector de la doctrina, dispone un adicional valor enfático sobre lo que ya propugnan los artículos 1319, 1365.1, o 1386 del Código Civil.

Dicho lo anterior, cabe compartir con parte de la doctrina que, durante una separación de hecho, existen dos hogares, dos economías domésticas y dos diversas organizaciones de vida. En esta situación, no se justifican la comunidad patrimonial ni la obtención de ventajas económicas de un cónyuge a cargo del otro. Sería lógico conceder, por tanto, que los conceptos de *carga* del matrimonio y de potestad doméstica pudieran quedar limitados desde el cese de la convivencia a la satisfacción de necesidades y alimentos de los hijos. La mera ruptura de la convivencia marital no permite alterar las reglas de *responsabilidad* de la sociedad de gananciales pero, a efectos meramente *ad intra*, sí la entendemos susceptible de provocar, mientras se perpetúe, una razonable alteración en el conjunto de *cargas* que deba soportar la masa postganancial.

El artículo 1368 no impide plantear en las posteriores operaciones de liquidación los reembolsos que, como consecuencia del cese de la comunidad, resulten procedentes. En este sentido, la propia jurisprudencia avala que, desde la disolución de la sociedad de gananciales, cada cónyuge: conserva los frutos de sus bienes privativos y, en lógica consecuencia, debe pechar personal y exclusivamente con los gastos que genere su administración; hace propios los ingresos procedentes de su negocio, o del desempeño de su profesión, arte u oficio, debiendo asumir exclusivamente los gastos que genere su explotación regular; debe atender a sus propias y exclusivas expensas los gastos de consumo y de reparación ordinaria de los bienes comunes que utilice en exclusiva tras la separación de hecho. Estas previsiones, en el modelo que ensayamos, tendrían lugar

entre esposos durante la separación de hecho, como consecuencia de tener lugar la disolución *ad intra* de la sociedad ganancial.

Como ha apreciado algún autor, a efectos patrimoniales, en caso de separación de hecho entre los cónyuges, cabe distinguir en el tratamiento del pasivo social dos planos diferentes, el interno y el externo de la sociedad ganancial. Las deudas contraídas unilateralmente por cada cónyuge habrían de ser tratadas, frente a terceros, como gananciales, "*si se adecuan a las previsiones legales contempladas en las distintas normas de responsabilidad externa de la sociedad*". Internamente, el gasto se consideraría "*como una carga de la masa común (en liquidación) si se ha realizado en interés o beneficio de la misma (por ejemplo, gastos de conservación o gestión de los bienes comunes), con amparo, por lo tanto, no en las reglas que regulan el pasivo ganancial definitivo, no aplicables ya, por definición, en esa coyuntura en la que regiría el régimen de separación de bienes ex art. 1435.3º del Código civil, sino en los artículos 393 y 395, atinentes a la comunidad ordinaria*". Conforme al modelo alternativo que ensayamos, esta observación sería atinada, pero obviamente si se sobreentiende que:

1º) La masa común en liquidación a la que se refiere el autor es la comunidad postganancial *ad intra* a la que nos hemos referido antes.

2º) Desde la separación de hecho, las cargas familiares lo serían de dos hogares diferentes. Cada uno de los hogares habría de asumir las propias, sin perjuicio del derecho a alimentos que pudiera requerir uno de los cónyuges frente al otro. De producirse cargas comunes tras la separación de hecho a soportar por ambos esposos, serían distribuidas entre ellos de conformidad con lo previsto en el artículo 1438 del Código.

Vigesimosegunda

"Según la interpretación alternativa que ensayamos, las normas vigentes del ordenamiento jurídico permitirían entender que, en caso de reconciliación, inicia entre los cónyuges a efectos internos una nueva sociedad ganancial".

Ante la eventual reconciliación de los cónyuges separados de hecho, hemos concluido también que las normas del Código Civil, interpretadas en la clave que ensayamos, dan a entender que la sociedad de gananciales volvería a ser operativa entre ellos.

Conforme al artículo 1443, "*la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado*". El precepto permite entender que, al tratarse de una *separación de bienes no decretada*, ésta sí podría ser objeto de alteración por la reconciliación de los cónyuges, precisamente por la mera desaparición de la causa que la habría motivado. En esta línea de razonamiento, resulta

que ese mismo efecto es el que se produce, a efectos sucesorios, atendiendo a lo previsto en los artículos 844 y 845.

A efectos internos, tendría sentido entender que entre los cónyuges, en realidad, ha habido dos sociedades de gananciales diferentes. La primera sería la que estuvo vigente desde su inicio hasta la separación de hecho y, la segunda, comenzaría con la reconciliación y finalizaría cuando tuviera lugar cualquier evento con eficacia disolutoria sobre el consorcio. Frente a terceros, insistimos, esa distinción sería del todo indiferente, pues para éstos la sociedad ganancial siempre seguiría vigente, incluso durante la separación de hecho.

Vigesimotercera

"Determinar la disolución de la sociedad de gananciales desde el momento de la separación de hecho puede ser objeto de un acuerdo entre esposos. El principio dispositivo que rige sobre esta materia permite arbitrar una amplitud de soluciones consensuales sobre este particular, tanto preventivas como transaccionales. En particular, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, el planteamiento de esta cuestión en el proceso civil exigirá generalmente el previo intento de acuerdo como requisito de procedibilidad, con algunas excepciones".

Como hemos podido comprobar a lo largo de la investigación, el ordenamiento jurídico establece expresamente cuáles son las causas que pueden dar lugar a la disolución de la sociedad de gananciales y la forma que éstas deben adoptar para producir sus efectos. Ello no obstante, la determinación del momento que deba tenerse como efectivo de la disolución a los meros efectos internos entre cónyuges, implicando una posible retroacción, constituye una materia sujeta al derecho dispositivo sobre la que, además, nuestro ordenamiento jurídico permite disponer respetando los límites generales del artículo 1255 y los particulares de los artículos 90.2 y 1328 del Código Civil.

La primera consecuencia que resulta de lo anterior es que las partes pueden alcanzar acuerdos sobre la materia, tanto en previsión de una eventual y futura separación de hecho, como para transigir acerca de los efectos de una separación de hecho ya producida entre ellas.

Hemos concluido que los acuerdos preventivos de una eventual y futura separación de hecho entre las partes pueden articularse válidamente en España mediante los denominados *pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial*.

Ante la actual incertidumbre normativa que existe sobre la cuestión, resulta especialmente recomendable la estipulación de un pacto en previsión de la ruptura que incorpore la cláusula de extinción de la sociedad de gananciales entre cónyuges desde el momento de la separación de hecho. En cuanto a esta posibilidad, concluimos que, como explicaba MONTÉS PENADÉS, es posible someter el régimen económico

matrimonial a condición, tanto suspensiva como resolutoria, si bien, "*en protección del tráfico y de los terceros, debe entenderse que la retroacción significa la extinción de un régimen y el nacimiento de otro, y deberán ser aplicados los preceptos que garantizan los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317) y los que imponen la publicidad registral del cambio como presupuesto de oponibilidad*". La separación de hecho podría constituir, por tanto, la condición resolutoria paccionada en unas capitulaciones que acordaran el régimen de gananciales, o estipuladas durante el mismo. Las capitulaciones, no obstante, deberían observar que la eficacia ante terceros del cumplimiento de la condición resolutoria requeriría de publicidad.

Este acuerdo en previsión de la ruptura entre cónyuges puede ser objeto de detallados concreción y desarrollo. Hemos destacado como conveniente incluir, para dotar a los cónyuges de un régimen consensual adecuado con el que sobrellevar la problemática de la permanencia de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho:

1º) Mecanismos por los que pudiera hacerse vinculante entre los esposos la fecha de inicio de la separación de hecho (por ejemplo, las notificaciones fehacientes dirigidas al otro consorte informándole de la decisión de romper la convivencia marital).

2º) Reglas sobre la administración del patrimonio común obtenido antes de la separación de hecho, así como de sus frutos, tras la ruptura de la convivencia.

3º) Respeto recíproco sobre el carácter exclusivo que tendrían para cada cónyuge los bienes adquiridos con su propio trabajo y sus propios medios tras el cese de la convivencia.

4º) Reglas sobre la responsabilidad definitiva por actos realizados por uno de los esposos durante la separación de hecho que pudieran comprometer frente a terceros los intereses patrimoniales del otro, ante la aparente continuidad de la sociedad ganancial.

5º) Deber de consignar la existencia de la separación de hecho en cualquier escritura pública en la que intervengan los cónyuges, por sí solos o conjuntamente, tras el cese de su convivencia.

6º) Deber de colaboración entre esposos en el otorgamiento de las escrituras que, como consecuencia de la existencia formal del régimen de gananciales, obligue a su intervención conjunta, sin perjuicio de la eficacia *ad intra* del negocio que sea su objeto.

7º) Acuerdos sobre alimentos a favor del cónyuge que los pueda necesitar tras la separación y a favor de los hijos o de familiares dependientes, con sus garantías.

8º) Compromiso de respetar todas las anteriores reglas y sus consecuencias en el momento de la liquidación, principalmente en la formación del inventario.

9º) Posibles acuerdos internos sobre el reparto de los bienes comunes que existieran en el momento de la separación de hecho.

10º) Deber de otorgar capitulaciones matrimoniales acordando la disolución de la sociedad de gananciales a requerimiento de cualquiera de los cónyuges, en el plazo y ante el notario que se convengan.

En cuanto a la forma de los concretos acuerdos que tratamos, hemos explicado que han de hacerse constar en escritura pública. Esto permite además a los esposos obtener la instrucción notarial sobre el significado y alcance de su compromiso.

Por otra parte, determinar que nos hallamos ante una materia sujeta al derecho dispositivo, resulta especialmente relevante tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Esta ley ha introducido novedades de calado, entre otras áreas, en el procedimiento civil. En lo que aquí resulta más trascendente, se establece la obligatoriedad de recurrir a un medio adecuado de solución de controversias en vía no jurisdiccional antes de instar el derecho ante los tribunales mediante el ejercicio de la acción. La obligación se constituye como un verdadero requisito de procedibilidad, en tanto su incumplimiento determina una consecuencia tan trascendente como la inadmisión de la demanda.

En consecuencia, antes de instar cualquier acción judicial dirigida a obtener una resolución por la que se acuerde la disolución de la sociedad de gananciales, o se determine el momento de producción de sus efectos, los cónyuges deberán intentar solucionar su controversia a través de cualquiera de los mecanismos que permite el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2025, es decir, la mediación, la conciliación, la opinión neutral de una persona experta independiente, la realización de una oferta vinculante confidencial, o cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en la Ley Orgánica u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1ª y 2ª del capítulo I de la misma Ley, o en una ley sectorial. Asimismo, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, entre los abogados de las partes bajo sus directrices y con su conformidad, o mediante un proceso de Derecho colaborativo.

Hemos estudiado las excepciones establecidas por la propia Ley Orgánica 1/2025 a las exigencias del nuevo requisito de procedibilidad, advirtiendo de algunas observaciones doctrinales que comparten dudas sobre cómo afectará a las pretensiones que se deduzcan en el ámbito de los procedimientos sobre Derecho de familia. La Ley es tan incipiente que aún no existe ni jurisprudencia, ni práctica forense en la instancia. Los criterios de aplicación deberán ir concretándose, con la formación de un cuerpo de doctrina. Entretanto, nuestra opinión es que, en los conflictos que versen sobre la existencia de la separación de hecho, su posible aplicación como causa de disolución de la sociedad de gananciales y el modo en que haya de desplegar sus efectos en la liquidación del consorcio, incluyendo la posibilidad de su retroacción:

1º) Con carácter general, las partes podrán resolver lo que sea objeto de su controversia mediante los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.

2º) En aquellos supuestos que se encuentren dentro de la antedicha regla general, el posible inicio del procedimiento judicial quedará condicionado a que se acredite el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

3º) La regla general debe entenderse aplicable tanto si las cuestiones que son objeto de conflicto se plantean en el ámbito de un procedimiento declarativo del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (esto es, cuando se ejerciten de forma autónoma las acciones derivadas de los artículos 1393.3º y 1394 del Código Civil), como si lo son en un procedimiento de separación, divorcio, o nulidad, o incluso en uno de liquidación de la sociedad de gananciales (esto es, mediante procedimientos regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento).

4º) La regla general no se aplicará:

a) Con toda seguridad, cuando las pretensiones relacionadas con la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se discutan dentro de un procedimiento civil del que conozca, por las circunstancias concurrentes, un juzgado que ejerza su competencia en materia de Violencia sobre la Mujer.

b) Probablemente, cuando las pretensiones relacionadas con la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se discutan dentro de un procedimiento matrimonial en el que también se discuta acumuladamente sobre cuestiones no disponibles para las partes.

Vigesimocuarta

"La acción de disolución judicial de la sociedad de gananciales prevista en el artículo 1393. 3º, con los efectos retroactivos permitidos por el artículo 1394 del Código Civil, puede ser objeto de ejercicio autónomo. Creemos que cabe anotar la demanda que la ejercite en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad para evitar la oposición de derechos adquiridos posteriormente por terceros y que la presentación de un inventario no es imperativa como requisito de procedibilidad".

El artículo 1393. 3º del Código Civil reconoce a los cónyuges el derecho a instar la conclusión de su sociedad ganancial en caso de llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. El artículo concede a los cónyuges separados de hecho un remedio jurídico para disolver su sociedad ganancial sin necesidad de instar la nulidad del matrimonio, o la separación legal o el divorcio.

La separación y el divorcio son hoy medidas aceptadas por la sociedad española, con cifras que lo evidencian por sí solas. La Ley 15/2005, de 8 de julio, permite acceder a ambos remedios a partir del tercer mes de matrimonio sin necesidad de expresar causa. La sentencia que los declare determina la automática extinción de la sociedad de gananciales. Ante esta nueva situación, obtener la mera conclusión de la sociedad de gananciales acreditando la separación de hecho por más de un año mediante procedimiento contencioso puede haber perdido relevancia práctica pues, probablemente, el esposo que se vea abocado a iniciar un procedimiento judicial

contradictorio para modificar su régimen económico decida entonces acometer la separación judicial o el divorcio. De todos modos, esto no siempre ocurre así, y la opción que ofrece el artículo 1393. 3º del Código sigue siendo plausible, pues no puede obligarse a solicitar el divorcio o la separación legal a quien simplemente desea recuperar su autonomía económica ante una separación de hecho. El mismo juez ante el que se ejercite esa acción podrá dictaminar –en nuestra opinión, ya explicada- que los efectos de la disolución se produzcan desde la fecha de la ruptura efectiva de la convivencia del matrimonio.

La posibilidad de anotar la demanda puede resultar relevante en el ámbito del procedimiento contencioso sobre disolución judicial de la sociedad de gananciales.

La demanda de la disolución judicial de la sociedad de gananciales es susceptible de anotar en el Registro Civil. Una vez presentada la demanda de separación de bienes, el artículo 1394 del Código prevé la necesidad de licencia judicial para realizar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes que se inventaríen como gananciales –lo que incluye los inmuebles-, con la consiguiente restricción a su libre disposición, y de ahí la posible trascendencia de anotar el inicio del procedimiento.

La regla general del artículo 40 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, autoriza la anotación de un procedimiento judicial en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil, a instancia de cualquier interesado. La sentencia que acuerda la disolución judicial de la sociedad de gananciales siempre afecta al contenido del Registro Civil. La anotación de la demanda en el Registro Civil, por incompleta que pueda resultar, otorga a la demanda de disolución judicial de la sociedad de gananciales una publicidad de carácter más general, que en ocasiones se ha entendido imprescindible para enervar las alegaciones de inoponibilidad de terceros. La anotación puede ser especialmente relevante si en la demanda se solicita la retroacción de efectos de la disolución a la fecha de la separación de hecho, según lo autorizado por el artículo 1394.

En cuanto a la formación de inventario previsto para el ejercicio de la acción de disolución judicial de la sociedad de gananciales, hemos razonado que ésta no es imperativa. Únicamente se realizará inventario en ese momento a instancia de parte. La posibilidad de solicitar una formación de inventario desde el mismo momento en que se presente la demanda de separación de bienes, separación, divorcio o nulidad, no responde exclusivamente al carácter cautelar de la medida. Al admitir esa facultad procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil seguramente no haya querido "*anticipar*" la disolución de la sociedad de gananciales al momento de presentación de dichas demandas, porque es cierto que los artículos 95 y 1392 del Código Civil no se cohonestan bien con ello. En nuestra opinión, la formación del inventario no es un mero trámite cautelar. El legislador ha adoptado un criterio de mera economía procesal. Los procedimientos sobre disolución judicial de la sociedad de gananciales, como ocurre con los de separación matrimonial, divorcio o nulidad, concluyen con una sentencia que declara la disolución del consorcio. Tal como lo concibe el artículo 1396 del Código

Civil, la *disolución* de la sociedad de gananciales es el inicio mismo del proceso que ha de llevar a su *liquidación*; la una se concibe como la parte inicial integrante de la otra (pues se entiende que, "*disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*").

La administración y conservación del caudal común durante el litigio entre los esposos suelen ser parte habitual de su conflicto y, por ello, el legislador prevé la formación del inventario de la sociedad ganancial como una medida idónea para la consecución y control de dichos cometidos cautelares. De ahí su previsión en los artículos 103.4º y 1394 del Código, y en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aún con ello, no tendría sentido formar un inventario de la sociedad ganancial a efectos cautelares en el proceso que pretende su disolución y desligar el mismo del que, con carácter imperativo, debe formarse en todo caso para liquidarla. Entendemos que el legislador ha sido práctico, y solapa un único inventario para ambos propósitos.

Vigesimoquinta

"Cuando se pretenda una liquidación con efectos de la disolución desde la separación de hecho, el inventario deberá reflejar esa realidad. No obstante, el solicitante deberá evitar el riesgo de su responsabilidad *ultra vires* por las deudas consorciales en que haya podido incurrir su cónyuge incluyendo también, aun separadamente, los bienes que serían gananciales tras la separación de hecho conforme a los artículos 1346 y siguientes del Código Civil".

Cuando el cónyuge demandante de la liquidación de la sociedad de gananciales pretenda que ésta se realice teniendo en cuenta la situación patrimonial existente a la fecha de separación de hecho (exista ya sentencia firme que lo haya reconocido así, o estando *sub iudice* el procedimiento en el que tal cuestión debe decidirse), deberá presentar un inventario coherente con su pretensión. Sólo así el Juzgado podrá acordar una división patrimonial ajustada a esa realidad.

Ello no obstante, la regla implícita del artículo 1401 del Código Civil obligará al demandante (y también al demandado frente a quien se pretenda hacer valer dicho inventario) a actuar con prudencia. Los artículos 1396 y 1397 del Código Civil exigen que el inventario refleje el activo y el pasivo a la "*fecha de la disolución*" y, ésta, para los acreedores consorciales de buena fe, será siempre la fecha en que se produzca cualquiera de las causas de disolución de la sociedad de gananciales previstas en los artículos 1392, 1393 y 1373 del Código Civil. Si el inventario omite incluir bienes posteriores a la separación de hecho que, según los artículos 1346 y siguientes del Código Civil, debieran considerarse gananciales, el cónyuge no deudor podría responder *ultra vires* frente a los acreedores consorciales de las deudas que hubieran de considerarse responsabilidad de la sociedad conforme a los artículos 1365, 1366, o 1368 del Código Civil.

Consideramos, por tanto, que el inventario que presente el cónyuge que pretenda una liquidación de la sociedad de gananciales con retroacción de efectos a la fecha de separación de hecho, deberá reflejar la situación patrimonial del consorcio a dicha fecha. Sobre este inventario deberá plantearse la solicitud de liquidación y división *inter partes*. No obstante, el inventario deberá incluir también su activo y pasivo actual, según de lo que resulte de la aplicación de los artículos 1346 y siguientes del Código Civil, como si la separación de hecho no hubiera tenido lugar, indicándose acaso que se presenta a los efectos de evitar cualquier responsabilidad derivada de su indebida formulación frente a terceros.

Vigesimosexta

"La acción de disolución judicial de la sociedad de gananciales prevista en el artículo 1393. 3º, con los efectos retroactivos permitidos por el artículo 1394 del Código Civil puede acumularse en el procedimiento matrimonial, a instancias del demandante o del demandado. En este último supuesto, entendemos que el cauce procesal adecuado para hacerlo es la vía reconvencional".

El demandante del divorcio, la separación o la nulidad matrimonial inicia un procedimiento que concluye con una sentencia que, según los artículos 95 y 1392 del Código Civil, extingue la sociedad de gananciales. Tras la sentencia que resuelva el proceso, el régimen de la sociedad de gananciales no puede continuar. Si la sentencia es de separación, las partes continuarán vinculadas en una relación de matrimonio, sin convivencia efectiva y con un régimen de separación de bienes. Las sentencias de divorcio o nulidad determinarán, *per se*, la extinción del matrimonio y, con ello, también la del régimen económico.

El cónyuge demandante de la separación, nulidad o divorcio puede ejercitar la pretensión que le conceden los artículos 1393. 3º y 1394 en esa misma demanda. Los artículos 81 y 86 del Código Civil permiten al demandante de la separación o el divorcio acompañar una "*propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos*" derivados de la demanda y los artículos 91 del Código Civil y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento instan al tribunal que conoce de la separación, divorcio o nulidad a determinar, en la propia sentencia, las medidas "*que procedan*", entre otros extremos, "*en relación con (...) la (...) disolución del régimen económico*". Así, la sentencia que pone fin al proceso matrimonial puede determinar la conclusión de la sociedad de gananciales aplicando, según sea el objeto de discusión entre las partes, bien el artículo 1392, o bien el artículo 1393. 3º, en este caso incluso acordando los efectos de retroacción del artículo 1394.

Si el cónyuge demandado está conforme con ese pronunciamiento interesado por el actor, podrá avenirse al mismo, limitando su oposición a cualquiera de las demás medidas instadas en la demanda. Obviamente, el demandado puede oponerse también a la solicitud, en cuyo caso el pronunciamiento deberá realizarse en sentencia.

La pretensión de que se declare la extinción de la sociedad de gananciales por una previa separación de hecho entre los esposos puede introducirse también por el cónyuge demandado en el procedimiento matrimonial. Aunque se trata de una cuestión discutible, entendemos que lo procedente en tal caso es el planteamiento de reconvención. Cuando el asunto se ha planteado ante los tribunales, estos han optado por esta interpretación que, además, consideramos más garantista.

Vigesimoséptima

"Con carácter general, la pretensión de retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de inicio de la separación de hecho debe ejercitarse en el procedimiento cuya sentencia determina la extinción de la sociedad".

Ante el amplio debate existente en la doctrina y la jurisprudencia, consideramos, por lo explicado en extenso, que la pretensión de retroacción debe plantearse en el ámbito del procedimiento matrimonial o en el de disolución judicial de la sociedad de gananciales. La posibilidad de reservar su planteamiento para la fase de liquidación y, en concreto, para tratarla en el procedimiento de formación de inventario, nos parece que se enfrenta a serios y peligrosos obstáculos procesales como los efectos de la cosa juzgada, la preclusión o los actos propios.

Con todo, creemos que sí cabría plantear directamente la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho en el procedimiento sobre formación de inventario cuando éste no venga precedido de otro procedimiento judicial en el que las partes hayan podido plantear la cuestión. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que los esposos disolvieron la sociedad de gananciales por unas capitulaciones que simplemente establecían esa previsión, o la de someterse a otro régimen distinto; o a los habituales supuestos en que las operaciones de liquidación se llevan a cabo tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, o de ambos, con la participación de sus derechohabientes.

4.- PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La viabilidad de la propuesta interpretativa que hemos querido defender enfrenta una serie de dificultades que no desconocemos, ni cabe, por su importancia, despreciar. Hemos elaborado esta tesis tratando de respetar las exigencias de la metodología aceptada por la ciencia jurídica, pero debe contrastarse con otras elaboraciones doctrinales realizadas anteriormente sobre la misma materia, que proceden de fuentes solventes, se encuentran bien fundamentadas y cuentan con un arraigo y respeto notable en nuestro ordenamiento. Asimismo, nuestra propuesta doctrinal se realiza con un objetivo, que si bien puede legitimar su voluntad última, puede habernos excedido en la ambición de algunos razonamientos.

En nuestro Estado de derecho, la producción de la norma jurídica tiene en la ley su fuente más adecuada y fiable. Si ésta es producto de la reflexión profunda, persigue

proteger los valores más necesitados de tutela y se ajusta, por su contenido, a los valores que aspira a ensalzar el sistema en que se integra, el resultado es la mejora del ordenamiento jurídico. En nuestro caso, creemos que la reforma de algunos artículos del Código Civil, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de la Ley del Registro Civil podría contribuir a un mejor tratamiento normativo del problema que concita nuestro interés, ajustándose a las siguientes modificaciones, que obviamente podrían encontrar diferente redacción:

1ª) Modificación del artículo 69 del Código Civil, con la introducción de un segundo párrafo: "*Los cónyuges tendrán derecho a dejar constancia fehaciente de su separación de hecho. La comparecencia ante el Juez en expediente de jurisdicción voluntaria, o la comunicación por acta notarial dirigida al otro cónyuge, en las que conste la voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal de su promotor, serán suficientes para considerar acreditada fehacientemente entre los cónyuges la separación de hecho, a todos los efectos legales y sin perjuicio de terceros. En todo caso, los cónyuges tendrán derecho a que se reconozca efectos a su separación de hecho desde la fecha de su inicio, que podrán acreditar por cualquier medio admitido en derecho si concurre discrepancia*".

2ª) Modificación del artículo 95 del Código Civil, párrafo primero: "*La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial según las reglas previstas en este Código, y aprobarán su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*".

3ª) Modificación del artículo 1344 del Código Civil, con la introducción de un segundo párrafo: "*Desde que se produzca la separación de hecho, se entenderá extinguida entre los cónyuges la sociedad ganancial a todos los efectos, y se estará entre ellos a lo previsto en el artículo 1435.3º de este Código, sin perjuicio de terceros*".

4º) Modificación del artículo 1392 del Código Civil, adaptando su actual tenor al propuesto por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 27 de febrero de 2014, con algunos matices: "*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

1º. Cuando se disuelva el matrimonio, con efectos desde la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, la admisión a trámite de la demanda de disolución del matrimonio, o la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges al divorcio otorgado en escritura pública.

2º.Cuando el matrimonio sea declarado nulo, con efectos desde la admisión a trámite de la demanda de nulidad matrimonial.

3º. Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges, con efectos desde la admisión a trámite de la demanda de separación matrimonial o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges a la separación otorgado en escritura pública.

4º. Cuando se produzca la separación de hecho de los cónyuges, con efectos desde su fecha de inicio o, en todo caso, desde la fecha en que conste comunicada la voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal a instancia de uno de los cónyuges al otro.

5º. Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código, con efectos desde la fecha del acuerdo".

4º) Supresión del artículo 1393.3º del Código Civil.

5º) Modificación del artículo 1394, mediante la siguiente redacción: "*Los efectos de las disoluciones previstas en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que, según la resolución judicial que las acuerde, hubieran tenido lugar las causas que las determinen. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose, licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*".

6º) Modificación del artículo 1438, con la introducción de un segundo párrafo: "*Desde la separación de hecho, el trabajo para la casa no dará derecho a compensación, pero será computado como contribución a las cargas cuanto se realice para los hijos comunes*".

6º) Inclusión de un apartado "f)" en el artículo 90.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: "*Dejar constancia de la disolución de la sociedad de gananciales a instancia de uno de los cónyuges, por expresión de su voluntad de cese definitivo de la convivencia conyugal y, en su caso, de la fecha efectiva de la disolución*".

7º) Modificación del artículo 60.2 de la Ley de Registro Civil, con la introducción de dos nuevos párrafos, que serían el tercero y cuarto: "*El Juzgado que conozca del expediente regulado en el artículo 90.1.f) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, una vez sea firme la resolución que lo finalice, deberá remitir testimonio de la misma al Registro Civil a los efectos de su inscripción.*

El Notario que intervenga en el acta de notificación prevista en el artículo 69 del Código Civil, una vez verificada su entrega, deberá remitir en el mismo día copia autorizada electrónica al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la inscripción de matrimonio".

5.- CONSIDERACIÓN FINAL

Las conclusiones expuestas son el resultado de nuestra investigación. El Derecho es una disciplina que se presta a la argumentación, al debate y a la discrepancia sobre las

conclusiones que se alcanzan mediante la interpretación de las normas. Somos, por ello, conscientes de la posible refutación de nuestra tesis desde la propia legalidad. Aun con ello, confiamos haber contribuido modestamente a mantener el interés sobre la materia estudiada, haber proporcionado una visión actualizada de los problemas que plantea y, en alguna medida, a su mejor conocimiento y solución.

Nuestra convicción es, ante todo, que el modelo que presentamos como resultado de esta investigación cumple en buena medida con los valores que hemos querido anteponer en su elaboración: justicia, libertad y seguridad jurídica, axiales en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA, Paloma: "Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs.733-745.

ABELLA, Joaquín: *Novísimo Código Civil español*, Administración calle de Don Pedro número 1, Madrid, 1888.

AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: "Comentario a los artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, MANUEL, Tomo VII, Volumen 5º, Edersa, Madrid, 1999.

AGENCIA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: *Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

- *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

- *Novísima Recopilación*, Edición facsímil de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, sancionada por Carlos IV en 1805, Madrid, 1993.

AGUILAR LLANOS, Benjamín: "Régimen patrimonial del matrimonio", *Revista de la Facultad de Derecho*, Número 59, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, págs. 313-355.

ALARCÓN PALACIO, Yadira: "Régimen económico del matrimonio español desde la Codificación hasta la reforma de 1981", *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Número 25, Barranquilla, Colombia, 2006, págs. 80-124.

- "Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación", *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Número 24, Barranquilla, Colombia, 2005, págs. 2-31.

- "El régimen matrimonial de comunidad legal en el Derecho francés", *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte,* Número 20, Barranquilla, Colombia, 2003, págs. 1-11.

ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia,* Puesta al día por DÍAZ ALABART, Silvia, Edisofer, Madrid, 2013.

ALBERDI, Inés: *Historia y sociología del divorcio en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro: *Liquidación de bienes gananciales: aspectos prácticos, procesales y sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

ALGARRA PRATS, Esther: "El régimen de participación como modelo para la armonización de los regímenes económico-matrimoniales en Europa", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant Valencia, 2022, págs. 73-94.

- "El régimen de participación", *Tratado de Derecho de la Familia*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde, Volumen IV, Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 129-350.

- "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, VVAA, Coord. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 11-60.

ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Número 2, 2015, págs. 789-796.

ALONSO MARTÍN, María Luisa: "Nuevos datos sobre el Fuero o Libro Castellano. Notas para su estudio", *Anuario de historia del Derecho español*, Número 53, 1983, págs. 424-455.

ALONSO OLEA, Manuel: "La Ley del 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer", *Revista de Administración Pública*, Número 36, 1961, págs. 327-354.

ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1997.

ÁLVAREZ, Mirta Beatriz y SCONDA, Mariana Verónica: "El matrimonio romano: definición elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la Ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos Actuales", *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid, 2021, págs. 617 y ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar María: "La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 696 (separata), 2006, págs. 1331-1360.

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de Derecho de familia*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988.

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás: "El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina", *Revista española de Teología*, Número 75, 2015, págs. 15-41.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: "Análisis de la sucesión intestada del cónyuge viudo en su actual regulación", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 95-134.

ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel (de): "El abuso de derecho en el artículo 7.2 del Código Civil (Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)", *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 2014.

ANTOKOLSKAIA, Masha: *National Report: Russia*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Russia-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: "El matrimonio informal. (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)", *Revista chilena de Derecho*, Volumen 21, Número 2, 1994, págs. 227-231.

ARJONA ZURERA, Juan Luis: "Mujer y familia en la edad moderna: los pleitos de divorcio en el tribunal eclesiástico de Córdoba", *Historia y Genealogía, Revista de estudios históricos y genealógicos,* Universidad de Córdoba, 2016, págs. 7-30.

ARRANZ HIERRO, Clara María: "Análisis de la separación canónica y civil en el sistema matrimonial español: revisión de las novedades previstas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y confesiones de notorio arraigo", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, págs. 591-613.

ARRÉVOLA BLANCO, Adrián: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus editorial, Madrid, 2019.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *MASC, ¿Sí o no?* 19 de febrero de 2025. Disponible en: https://www.linkedin.com/posts/aeafa_masc-s%C3%AD-o-no-la-ley-de-eficiencia-activity-7297612827740012544--WGq/?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAA97d4cBE1pQLFrSgqsE8udtq5wxV-E9qBI (Fecha de consulta: 21 de febrero de 2025).

ASTONE, Antonino: "La crisi del rapporto matrimoniale tra separazione e divorzio: evoluzione del sistema e prospettive di reforma", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 17, Agosto de 2022, págs. 38-75

ATIENZA NAVARRO, María Luisa: "Comentario al artículo 1388", *Código Civil Comentado*, Volumen III, VVAA, Dir. CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO

CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javiery VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, Civitas, Navarra, 2011.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa y MÁS BADÍA, María Dolores: *Los efectos personales del matrimonio*. *Unidad 4*. 30 de julio de 2021. Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/eb1aeb3e-605b-4aa0-8139-aaa9fe9b34f3/content (Fecha de consulta: 21 de febrero de 2025).

BABÉ NÚÑEZ, Lourdes: "La posición de la jurisdicción canónica matrimonial en el derecho español", *Anales de Derecho*, Número 10, 1987-1990, págs. 129-154.

BAMDÉ, Aurélien: *La date des effets du divorce*. 19 de mayo de 2018. Disponible en: https://aurelienbamde.com/2018/05/19/la-date-des-effets-du-divorce/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

BARBA, Vincenzo: "Reseña bibliográfica a la obra *Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial*, de GARCÍA MAYO, Manuel", *Revista de Derecho Civil*, Enero-Marzo 2024.

- "Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda", *Cuadernos de Derecho Privado*, Número 3, 2022, págs. 45-84.

BARCELÓ DOMENECH, Javier: "Capítulo IV. De la sociedad de gananciales. Sección primera. Disposiciones generales", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, JOAQUÍN y MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO, Madrid, 2005.

BARÓ PAZOS, Juan: "Notas sobre el Derecho Civil de Cataluña ante el proceso codificador español", *Revista de Dret Històric Català [Societat Catalana d'Estudis Jurídics]*, Volumen 16, 2017, págs. 11-35.

BARRIO GALLARDO, Aurelio: "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Anales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata)*, Número 46, Buenos Aires, Argentina, 2016, págs. 74-87.

BARROSO GONZÁLEZ, Luis: *Estudio y exégesis de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 y actualidad de la problemática en torno al principio de indisolubilidad del matrimonio*, Tesis doctoral, Director de tesis: MARTÍNEZ DE CARBAJAL, José, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

BARTON, Andrew: *¿When is the date of separation for divorce?* 28 de Marzo de 2024. Disponible en: https://www.stephens-scown.co.uk/family/divorce-and-separation/when-is-the-date-of-separation-for-divorce/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: "Observaciones sobre la reforma del Código Civil. (la Ley de 24 de abril de 1958)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Octubre 1958.

BELLO JANEIRO, Domingo: *Sistema matrimonial en el Derecho Español*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

BENET MARTÍ, Julio y BERNAUS JOVELL, Mariona: *Guía Práctica para la aplicación de los MASC*. 4 de febrero de 2025. Disponible en: https://elderecho.com/guia-practica-para-la-aplicacion-de-los-masc (fecha de consulta: 27 de mayo de 2025).

BERENJI, Hossein: *¿What is a date of separation?* 29 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.berenjifamilylaw.com/blog/what-is-a-date-of-separation/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel: "La conciliación como alternativa a la solución jurisdiccional al conflicto en el ámbito civil: trayectoria y nuevas perspectivas", *La Administración de Justicia en España y en América. José Martín Ostos (Liber Amicorum),* Dir. MARTÍN RÍOS, PILAR y PÉREZ MARÍN, MARÍA ÁNGELES, Astigi Editorial, Sevilla, 2021, págs. 197-218.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- *Eficacia e ineficacia del acto jurídico "contra legem",* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2009", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Volumen 3, 2009, págs. 829-880.

- *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 46, Número 2, 1993, págs. 599-642.

BOHM WILDISH & MATSEN: *What is a No-Fault Divorce?* Disponible en: https://cadivorce.com/california-divorce-guide/planning-for-a-california-divorce/what-is-a-no-fault-divorce/ (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2024).

BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español: concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, A. López Robert, Barcelona, 1891.

BOWES, Nicola: *Date of separation*. 4 de abril de 2024. Disponible en: https://www.taylor-rose.com.au/date-of-separation/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

BUSTOS MORENO, Yolanda B.: *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, Madrid, 2001.

BUSTOS PUECHE, José Enrique: "Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia)", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 31, 1978, págs. 619-634.

BUTLER, Matthew: "The Date of Separation for Purposes of Divorce", *Journal of Contemporary Legal Issues*, Volumen 11, Número 1, 2000, págs. 270-274.

CABAILLOT, Julie; CHASSAIN, Lucie; CHAUVEY, Anaïs; CREGUT, Julia; CUNTZ, Jacqueline; DRION, Elodie: "Les biens du couple", *Le journal du Village des Notaires*, Boulogne, Francia, Abril de 2012, págs. 22-28.

CABANILLAS MÚGICA, Santiago: "Espolits; carácter sinalagmático; no aplicación a adquisiciones posteriores a la separación de hecho. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sala 3). Sentencia de 30 de enero de 1990, número 34", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universitat de les Illes Balears, 1991, págs. 179-188.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: "La mutabilidad del régimen económico matrimonial", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 47, Número 2, 1994, págs. 115-236.

- "La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, Alicante, 1984-1985.

CABEDO SERNA, Llanos: "De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (I)", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 527-597.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: "La dudosa constitucionalidad de algunos aspectos procesales en la actual regulación de los procesos matrimoniales", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 10, Madrid, 2004, págs. 19-34.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (de la): "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 3-127.

- "La separación de hecho y la sociedad de gananciales. (Continuación y conclusión)", *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 263-311.

CAMPO VILLEGAS, Elías: *Los Regímenes Económico-Matrimoniales de Comunidad en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CARBAJO VASCO, Domingo: "Las disposiciones sobre individualización de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Crónica tributaria*, Número 138, 2011, págs. 55-74.

CÁRDENAS, Francisco (de): *Estudios jurídicos*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de F. Núñez, Madrid, 1884.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: "Comentario al artículo 105 del Código Civil", *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2009.

CARRERAS, Luis: *Los Duques de la Torre y el casamiento de su hijo*, M. Gálvez y Bardají, París, 1883.

- *Un casamiento infame. Réplica al Duque de la Torre*, M. Gálvez y Bardají, París, 1883.

CARRIÓN OLMOS, Salvador: "Un debate abierto: ¿Modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 16 bis, Junio de 2022, págs. 3010-3039.

- "Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 163-187.

- "La reforma en el Derecho de Sucesiones", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral, Tomo V, Derecho de familia*, Volumen I, Relaciones conyugales, Reus, Madrid, 1994.

- *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de familia, Volumen I, Relaciones conyugales*, Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, José María, Reus, Madrid, 1987.

CASTAÑO PENALVA, Máximo: *El divorcio en la Segunda República española: Antecedentes y desarrollo*, Tesis doctoral, Directora de tesis: VILAR GARCÍA, María José, Universidad de Murcia, Murcia, 2016.

CASTELLS I MARQUÈS, Marina: *Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja*, Editorial Reus, Madrid, 2017.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: "Comentario al artículo 1392" y "Comentario al artículo 1393", en *Código Civil Comentado*, Volumen III, VVAA, Dir. CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, Civitas, Navarra, 2011.

CASTRO Y BRAVO, Federico (de): *Derecho civil de España*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2008.

- “El matrimonio de los hijos (con motivo del Concordato con la Santa Sede)”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 7, Número 1, 1954, págs. 35-60.

- “La cuestión foral y el Derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 1003 a 1048.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de Derecho Civil*, Número 65, 2012, págs. 1001-1073.

- “Divorcio a la española”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Coord. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina; y MOLINER NAVARRO, Rosa María, Volumen I, Publicacions de la Universitat de València, Valencia 2008, págs. 259-282.

CLARÓS, Manuel: *Juicio crítico de las siete partidas. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Hernández y Compañía, Madrid, 1860.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique y SERRA RODRÍGUEZ, Adela: “Legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento y lesiones o enfermedades”, *Culpa y responsabilidad*, Coord. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; TOMÁS MARTÍNEZ, Gema; Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 225-246.

COLAO MARÍN, Francisco Javier: *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil español. El contenido posible*, Dykinson, Madrid, 2018.

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José: “Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española”, *Anuario de Historia del Derecho español*, Número 69, 1999, págs. 389-426.

- *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

CORONAS GONZÁLEZ, Santos M.: “Estudio Preliminar”, *Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia de la Lengua. Leyes históricas de España*, Boletín Oficial del Estado, 2015.

CORTE DE ARBITRAJE DEL ICAM: *El arbitraje en cuestiones patrimoniales de Derecho de Familia y Sucesiones y su aplicación en el Derecho comparado. (Conclusiones a la jornada celebrada en noviembre 2023 en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*. 7 de noviembre de 2023. Disponible en: https://web.icam.es//wp-content/uploads/2023/11/ARBITRAJE-EN-DERECHO-COMPARADO.pdf (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

COTORRUELO SÁNCHEZ, Manuel Ignacio: *La separación de hecho, también ante notario*. 22 de abril de 2020. Disponible en: https://www.notariosenred.com/2020/04/la-

separacion-de-hecho-tambien-ante-notario/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

COUSINS, Shaun: ¿What is the date of separation, and why is it important? 2 de Mayo de 2019. Disponible en: https://www.raineycollins.co.nz/your-resources/articles/2019-05-02 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

CRESPO DE MIGUEL, Luis: "El matrimonio del proyecto de Código Civil español de 1821", *Cuadernos doctorales*, 1988, Número 6, págs. 333-399.

CRESPO MORA, María del Carmen: "Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectiva de futuro", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Número 27, 2005, págs. 159-184.

- "La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 11, 2004, págs. 47-80.

CUENA CASAS, Matilde: *¿Está justificada la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes?* 19 de diciembre de 2022. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/12/19/esta-justificada-la-compensacion-por-trabajo-domestico-en-el-regimen-de-separacion-de-bienes/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- *Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico.* 5 de enero de 2016. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

CULEBRAS LLANA, Irene*: El Arbitraje en la Sociedad de Gananciales*. Junio de 2008. Disponible en: https://www.sea-arbitraje.org/arbitraje_sociedad_gananciales.php (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

DE LA HERA, Alberto: "La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 8, 1992, págs. 13-42.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan: *Extracto de las Siete partidas, formado para facilitar su lectura inteligencia y memoria de sus disposiciones*, Tomo II, Ramón Martín Indar, Barcelona, 1847.

DE LOS MOZOS, Jose Luis: "Comentario a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, Tomo XVIII, Volumen III, Edersa, Madrid, 1985.

- "La nueva sociedad de gananciales", *Revista de Derecho Notarial*, 1982, pág.197-211.

- “Comentario a los artículos 1315 a 1391 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, Tomo XVIII, Volumen 1, Edersa, Madrid, 1978.

- “La renuncia a la sociedad legal de gananciales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1960, págs. 63-172.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Lección 8. La sociedad de gananciales (Continuación)”, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia),* VVAA, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- *Cargas y deudas gananciales*. 29 de julio de 2023. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/cargas-deudas-gananciales/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- *Los matrimonios simulados o de conveniencia*. 7 de abril de 2020. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/los-matrimonios-simulados-conveniencia/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- *La compensación del art. 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial.* 18 de febrero de 2020. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-compensacion-del-art-1438-cc-estudio-clave-jurisprudencial/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio”, *Revista boliviana de Derecho*, Número 17, Enero de 2014, págs. 10-31.

- “Tendencias actuales del Derecho de Familia en España” *Revista Chilena de Derecho Privado*, Volumen 7, Santiago, Chile, 2006, págs. 159-190.

DE VICENTE Y CARAVANTES, José: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Tomo IV, Imprenta y librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1858.

DEL VALLE ITURRIAGA, Jose Luis: “Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980 (R.A. 1558)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 189-195.

DIAGO DIAGO, María del Pilar: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62, Número 2067-2068, 2008, págs. 2763-2787.

DÍAZ ÁLVAREZ, Elisa: “El consentimiento paterno para contraer matrimonio de la Real Pragmática de 1776 al proyecto de Código Civil de 1836”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Número 36, 2020, págs. 579-622.

DÍAZ FRAILE, Juan María: "El valor jurídico de la inscripción en el Registro Civil español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Número 1916, Madrid, 2002, págs. 1489-1512.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: "Comentario al artículo 95 del Código Civil", *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DÍEZ DE TEJADA Y URBINA, José: *Divorcio. Discurso leído en la Universidad Central en el acto de recibir la investidura de Doctor en Jurisprudencia*, Imprenta de Don Constantino Armesto, Madrid, 1854.

DÍEZ NÚÑEZ, José Javier: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad.* 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Navarra, 2014.

- *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Introducción. Teoría del contrato, Aranzadi, Navarra, 2007.

- "Comentario al artículo 1388", "Comentario al artículo 1393", "Comentario al artículo 1394" y "Comentario al artículo 1410", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984.

- "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal", *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 859-873.

- "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 16, Número 1, 1963, págs. 3-32.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo I, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: "Comentario al artículo 96 del Código Civil", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, VVAA, Dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pág. 151-158.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: "Sentido originario y significado actual del cambio de régimen económico matrimonial en Derecho Civil común y foral", *Anuario español de Derecho internacional*, Número 1, 1974, págs. 271-289.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: "La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación", *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, Número 1950, 2003, págs. 3213-3234.

ESCRICHE, Joaquín: *Manual del abogado o Elementos de Derecho español*, Tomo I, Librería de Francisco Oliva, Barcelona, 1839.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: "La Constitución de 1869 y la legislación civil española hasta 1874", *Revista de estudios políticos*, Número 163, 1969, págs. 117-138.

ESPÍN LÓPEZ, Rosa María: "Los pleitos de divorcio en Castilla durante la Edad Moderna", *Studia Historica. Historia Moderna*, Tomo 38, Salamanca, 2016, págs. 167-200.

ESPINAR MESA-MOLES, María Paz: *Jurisdicción penal ordinaria e inquisición en la edad moderna (A propósito del delito de bigamia)*, Tesis Doctoral, Director de tesis: SUÁREZ BILBAO, Fernando, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013.

ESPINOSA CONDE, Gema: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

ESPUNY I TOMÁS, María Jesús: "Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV). De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas", *Iuslabor*, Número 1, 2008.

ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: "La familia española del siglo XXI: Nuevas realidades en la sucesión mortis causa del cónyuge supérstite", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Número 33, 2022, págs. 222-251.

EVANGELIO LLORCA, Raquel: "Sección quinta: De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte II", *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 597-720.

FABAR CARNERO, Alberto: *Actuación separada de los cónyuges y responsabilidad del patrimonio ganancial*, Tesis doctoral, Codirectores de tesis: JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier y FLORES GONZÁLEZ, María Begoña, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Escuela Internacional de Doctorado. Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, España, 2019.

- "Aproximación al régimen de responsabilidad externa en la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho UNED*, Número 19, 2016, págs. 653-690.

FALCÓN, Modesto: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral, obra ajustada al último estado del Derecho, después de la publicación Código Civil español*, Tomo IV, Tipografía La Publicidad, Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, 1897.

- *Código Civil español*, Tomo IV, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889.

- *Código Civil español*, Tomo I, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1888.

FAUCON, Casey E. "Living Separate and Apart: Solving the Problem of Putative Community Property in Louisiana", *Tulane Law Review*, Volumen 85, Número 3, Febrero de 2011, págs. 771-830.

FERNÁNDEZ, Pura: "Grandes escándalos en la literatura española del siglo XIX", *Diario La Vanguardia*, 23 de abril de 2016.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: "El régimen económico matrimonial de comunidad de gananciales", en *Comunidad de Gananciales: cuestiones prácticas y actuales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: "La predetracción vidual y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge viudo", *Actualidad Civil*, Número 13, 2001.

- "Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo", *La Ley*, Número 1, 1997, págs. 2084-2091.

FERNÁNDEZ UCELAY, Demetrio: *La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial.* 14 de marzo de 2018. Disponible en: https://elderecho.com/la-evolucion-historica-de-las-formas-de-extincion-del-vinculo-matrimonial?_gl=1*r0ridb*_up*MQ..*_ga*OTAzODQ4OTI2LjE3MzA5NzMxMTU.*_ga_GBR38NJ1D7*MTczMDk3MzExNC4xLjAuMTczMDk3MzExNC4wLjAuMA.. (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

FERNÁNDEZ VILLA, José: "El Pasivo de la sociedad de gananciales en torno al art. 1369 CC", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 46, Número 2, 1993, pág. 643-746.

FERRAND, Frédérique y BRAAT, Bente: *National Report: France*. Septiembre 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

FERRER ORTIZ, Javier: "La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español", *Ius et Praxis*, Número 2, 2008, págs. 373-406.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: "Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio. Puntos de reflexión", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Número 17, 2005, págs. 27-37.

FUENMAYOR, Amadeo: "El matrimonio en el Código Civil", *Ius canonicum*, Volumen 30, Número 59, 1990, págs. 223-241.

FUSCIC, Peter y KUMAR, Vinnie: *Separation - What's in a date?* 1 de Agosto de 2023. Disponible en: https://www.mcveaghfleming.co.nz/articles/separation (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

GALÁN CÁCERES, Eladio: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad.* 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025)

GÁLVEZ RUIZ, María Ángeles: "Mujeres y maridos ausentes en Indias", *Congreso Internacional de Historia de América AEA (8º. 1998. Las Palmas de Gran Canaria): XIII Coloquio de la historia canario-americana*, Coord. MORALES PADRÓN, Francisco, Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2000, págs. 1162-1173.

GAMBARO, Antonio: "Abuso del diritto: II) Diritto comparato e straniero", *Enciclopedia Giuridica*, Volumen I, Roma, 1988,

GARCÍA ABELLÁN, Juan: "Las situaciones familiares anómalas y el Derecho de la Seguridad Social", *Revista de Política Social*, Número 136, Octubre/Diciembre, 1982, págs. 7-26.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *La interpretación y sus argumentos (IV): argumentos teleológico y sistemático*. 21 de marzo de 2016. Disponible en: https://almacendederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-iv-argumentos-teleologico-y-sistematico (fecha de consulta: 6 de febrero de 2025).

- *¿Hay deberes matrimoniales?* 11 de julio de 2015. Disponible en: https://almacendederecho.org/hay-deberes-matrimoniales (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

GARCÍA BARBÓN DE LA FLOR, Lorenzo*: Influencia de la legislación de los germanos en el derecho. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia*, Imprenta de Pedro Montero, Madrid, 1839.

GARCÍA CALLEJÓN, Pedro Luis: "El matrimonio religioso no católico ante el Derecho español", *Derecho y Opinión,* Número 1, Córdoba, 1993, págs. 21-38.

GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852. Editado por Maxtor, Valladolid, 2010.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada: "El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código civil", *Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de*

Oro e Hispanismo general (Delhi, 9-12 de noviembre, 2010), Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, págs. 237-265.

GARCÍA RUBIO, María Paz: "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *Anuario de Derecho Civil*, 2008, págs. 57-112.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: "Libro Segundo. Título VI. Capítulo IV", en *Propuesta de Código Civil*, Asociación de profesores de Derecho civil, VVAA, coord. Libro Segundo MARÍN LÓPEZ, Jesús, Tecnos, Madrid, 2018.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*, Reus, 2006.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: "Comentario al artículo 1393" y "Comentario al artículo 1394", *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia,* VVAA, Dir. ALBÁCAR LÓPEZ, Jose Luis, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1992.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Comentario al artículo 1368", *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia,* VVAA, Dir. ALBÁCAR LÓPEZ, Jose Luis, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1992.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: "Embargo de bienes y sociedad de gananciales", *Tribunales de justicia: Revista española de Derecho procesal*, Número 7, 2001, págs. 55-68.

GASPAR LERA, Silvia: "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura. Límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 64, Número 3, 2011, págs. 1041-1074.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: "Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho. Ausencia de voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 54, 2000, págs. 1213-1224.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: "Comentario al artículo 67 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, VVAA, Tecnos, Volumen I, Madrid, 1984.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: "Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)", *Anuario de Derecho Civil*, 2014, págs. 765-894.

GHIRARDI, María Mónica e IRIGOYEN LÓPEZ, Antonio: "El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica", *Revista de Indias,* Volumen 69, Número 246, 2009, págs. 241-271.

GIMÉNEZ DUART, Tomás: "La gestión de la comunidad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 35, Número 3, 1982, págs. 571-590.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALVÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Primero, Librería de Sánchez, Madrid, 1865.

- *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo Primero, Librería de Sánchez, Madrid, 1855.

GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, Mónica y LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa: "El IRPF en España: aspectos y evolución de la tributación familiar", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Número XLVI, 2013, págs. 363-398.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: "Abuso de derecho", *Revista de Derecho Privado*, Mes 6, 2006, págs. 3-74.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "Forma canónica y jurisdicción del matrimonio", *Cuadernos doctorales*, Número 11, 1993, Págs. 524-577.

GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: *El régimen jurídico de la comunidad postganancial*. Disponible en: https://vlex.es/vid/regimen-juridico-comunidad-postganancial-327207 (fecha de consulta: 10 de febrero de 2025).

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *National Report: Spain.* Octubre de 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Property.pdf (fecha de consulta: 4 de marzo de 2025).

GONZÁLEZ DE TEJADA, José: *De la familia española: Discurso leído en la solemne investidura de Doctor en jurisprudencia*, Imprenta de D. Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1854.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

GONZÁLEZ GARCÍA, José: "Capítulo 11. Régimen económico de gananciales (I)", *Curso de Derecho civil, IV, Derechos de familia y sucesiones*, Coord. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: *La proyectada noción del abuso del servicio público de justicia en el proceso civil. Breve apunte.* 19 de diciembre de 2024. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/12/20/la-proyectada-nocion-del-abuso-del-servicio-publico-de-justicia-en-el-proceso-civil-breve-apunte (fecha de consulta: 26 de mayo de 2025).

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: "La necesidad económica como requisito imprescindible en las pensiones no contributivas: se computan los ingresos del cónyuge en caso de separación de hecho", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Número Extra 1, 2016, págs. 307-313.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: "Comentario del artículo 16 de la LAU", *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, VVAA, Coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Tecnos, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ ROMERO, Francisco: *Juicio crítico de las Siete Partidas. Discurso en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho*, Imprenta de Tejado, Madrid, 1861.

GONZÁLVEZ VICENTE, José Luis: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: "La unificación del Derecho de Familia Europeo ¿quimera o realidad?", Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público, Volumen 62, Número 2, 2014, págs. 235-286.

GOROSÁBEL, Pablo de: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación: Escrito bajo el método de los códigos modernos*, Imprenta de la Viuda de Lama, Tolosa, 1832.

GRAHIT FERRER, Enrique: "El matrimonio civil obligatorio: Ley española de 1870. Los promotores del matrimonio civil en defensa de la indisolubilidad", *Cuadernos doctorales: Derecho canónico, Derecho eclesiástico del Estado*, Número 10, 1992, págs. 501-560.

GRIMALT SERVERA, Pedro: *La protección civil de los Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2007.

GUANOLUISA ALMACHE, Francisco Alejo; BOSQUEZ REMACHE, Javier Darío; ESPARZA PIJAL, Sheila Belén; y BENAVIDES SALAZAR, Cristian Fernando: *Apuntes sobre los métodos de investigación y técnicas de recolección de datos utilizadas en la investigación jurídica*. (Bibliotecas. Anales de Investigación, Volumen 19, Número 3, 2, 2023). Septiembre-diciembre de 2023. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9285926 (fecha de consulta: 23 de marzo de 2025).

GUASCH MARTORELL, Rafael: "El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal", *Revista de Derecho Mercantil*, Número 254, 2004, págs. 1417-1456.

GUIJARRO GARVI, Marta y PELÁEZ HERREROS, Óscar: "Proyección a largo plazo de la esperanza de vida en España", *Estadística española*, Volumen 51, Número 170, 2009, págs. 193-219.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "Comentario a los artículos 1344 y 1345 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1480-1483.

- "La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: propuestas", *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 16-51.

- "La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 4, Septiembre de 2004, págs. 171-211.

- "Comentario al artículo 16 de la LAU", *Arrendamientos urbanos. Estudio teórico práctico*, Volumen I, Lex Nova, Valladolid, 1997.

- "La naturaleza de la actual sociedad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 875-928.

- *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución,* Número 32, 2018, págs. 55-94.

- "Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 del Código civil", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*, VVAA, Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada, Volumen 7, 2015, págs. 347-364.

GUILHERME DE OLIVEIRA, Rosa Martins y VITOR, Paula: *National Report: Portugal*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: "Comentario al artículo 7 del Código Civil", *Comentario del Código civil*, Dir. SIERRA-GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo I, Barcelona, 2006.

- "Comentario al artículo 1814", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo 1, Librería de Sánchez, Madrid, 1871.

GYSSER, Juan (impresor): *Leyes del estilo y declaraciones sobre las leyes del fuero*, Salamanca, 1502, Copia digital realizada por la Biblioteca de Andalucía.

HADDAD, Sabine: *Le report des effets du divorce, aprés la fin de toute collaboration*. 1 de mayo de 2010. Modificado 1 de diciembre de 2011. Disponible en: https://www.village-justice.com/articles/report-effets-divorce-apres-toute,7943.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

HARPER, Alexis: *"Are they still together?": Settling the relevant date*. 19 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-67-issue-09/are-they-still-together-settling-the-relevant-date/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: *La separación de hecho matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981.

HERRERO GARCÍA, María José: "Comentario al artículo 1321 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HIJAS CID, Eduardo: *Novedades en la regulación de la autocuratela*. Septiembre-Octubre de 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autocuratela (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

HINOJOSA, Eduardo: *La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno,* Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Eduardo de Hinojosa el día 26 de mayo de 1907, Dykinson, Madrid, 2020.

HUGUET ABÍO, Clemente: *La separación matrimonial en España: Subsistencia y Finalidad*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 2012.

IBÁN PÉREZ, Iván Carlos: "Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, págs. 83-176.

IGLESIA MONJE, María Isabel (de la): "Ejercicio de acción de divorcio por los tutores de la incapaz: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 2011 (5855/2011)", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Volumen 5, 2016 (2011-2012), págs. 691-704.

ÍNIGO CORROZA, Elena: "Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia", *InDret*, Número 4, 2011, págs. 1-28 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, 2006, págs. 743-792.

JORDÁ CAPITÁN, Eva: "La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* Número 9, 2015, págs. 63-106.

KRASNOW, Adriana N.: "La comunidad de ganancias y la separación de hecho", *Revista Jurídica*, Número 12, 2008, págs. 54-69.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luis: "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, págs. 343-370.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Volumen I, Barcelona, 1990.

LADERO QUESADA, Miguel Ángel y SÁNCHEZ HERRERO, José: "Iglesia y Ciudades", *VI Coloquio Internacional de Historia Medieval de Andalucía. Las ciudades andaluzas (siglos XIII-XVI),* Universidad de Málaga, Málaga, 1991, pág. 227-264.

LANDEIRA Y MARIÑO, Álvaro: *Ley 60 de Toro y 9, tit. IV, Lib. 10 de la Nov. Recop. sobre renuncia de gananciales. Discurso leído en el acto de recibir la investidura de Doctor*, Imprenta Notarial e Hipotecaria de los Sres. Martínez y Bogo, Madrid, 1864.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: "Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Número 655, Pamplona, 2005, págs. 10-12.

LASARTE, Carlos y SAINZ-CANTERO, Belén: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, Tomo V, Marcial Pons, Madrid, 2024.

LELEU, Yves-Henri: *Droit patrimonial des couples*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Lieja, Bélgica, 2015.

- "La séparation de corps pour cause de séparation de fait prolongée en droit interne et en droit international privé", *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 1998/9,* Febrero de 1998, págs. 386-390.

LEÓN-CASTRO, José y DE COSSÍO, Manuel: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995.

LINACERO DE LA FUENTE, María: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos, Jurisprudencia. Formularios*, VVAA, Dir. LINACERO DE LA FUENTE, María, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: "El artículo 831 del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, 2005, págs. 1115-1152.

LÓPEZ-CORDÓN, María Victoria: "Familia, sexo y género en la España Moderna", *Studia Historica: Historia Moderna*, Volumen 18, Universidad de Salamanca, 1998, págs. 105-134.

LÓPEZ NAVARRO, Jorge: *Bélgica*. 15 de Febrero de 2005. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/belgica.htm (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: "Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales interés del acreedor y de los cónyuges", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 747-764.

LORENZO CRUZ, Alicia: "La separación matrimonial de hecho", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 3, 1984-1985, págs. 505-520.

LORENZO PINAR, Francisco Javier: "La mujer y el Tribunal diocesano en Zamora durante el siglo XVI; divorcios y nulidades matrimoniales", *Studia Zamorensia*, Número 3, UNED, Zamora, 1996, págs. 77-86.

LORENZO PINAR, Francisco Javier y PANDO BALLESTEROS, María Paz: "Familias en conflicto: separaciones matrimoniales en el occidente castellano (1750-1850)", *Matrimonio, estrategia y conflicto (ss. XVI-XIX)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020, págs. 177-194.

LLAMAS NOVAC, Rafael: *Juicio crítico de las siete partidas: Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1863.

LLAMAS POMBO, Eugenio: *Acciones civiles*, Tomo I, *Derecho de la Persona, Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia*, La Ley. Wolters Kluwert, Madrid, 2017.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho de: *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, Tomo II, Imprenta de Repullés, Madrid, 1827.

LLODRÀ GRIMALT, Francesca: "La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales", *Nous reptes del Dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Girona, 2005, págs. 475-510.

LLUIS Y NAVAS, Jaime: *El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia*, Edición del autor, Barcelona, 2013.

- “El problema de la pertinencia del depósito de mujer casada en caso de previa separación de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, Número 199, 1955, págs. 96-111.

MACZYNSKI, Andrzej: *National Report: Poland*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Poland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

MAGRO SERVET, Vicente: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad*. 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

MAIR, Jane: *National Report: Scotland.* Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Scotland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

MAKUPSON & HOWARD: *A Necessary of Life May Not be a Common Necessary of Life*. 7 de octubre de 2017. *https://www.pasadenafamilylawfirm.com/family-law-blog/2017/october/a-necessary-of-life-may-not-be-a-common-necessar/* (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Número 10, 2008, págs. 02:2-02:25.

MANRESA Y NAVARRO, Jose María: *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IX, Sexta Edición, revisada por MORENO MOCHOLÍ, Miguel, Reus, Madrid, 1969.

MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis: “La pena de interdicción civil”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 345-379.

MARCOS MARTÍN, Tomás y SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, Jose María: *El régimen de participación en ganancias: Nuevo impulso para su implantación como régimen legal supletorio de primer grado*. 1 de julio de 2016. Disponible en: http://www.notariadesevillanervion.com/2016/07/el-regimen-de-participacion-en.html (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

MARIÑO PARDO, Francisco: *La conciliación notarial, la elevación a público del acuerdo de conciliación y otras formas de actuación notarial como medio alternativo de solución de conflictos en la Ley de eficiencia del servicio público de la justicia*. 7 de enero de 2025. Disponible en: https://www.iurisprudente.com/2025/01/la-conciliacion-notarial-la-elevacion.html (fecha de consulta: 24 de febrero de 2024).

- *El consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de la vivienda familiar perteneciente a uno de ellos. El artículo 1320 del Código Civil*. 14 de julio de 2016. Disponible en: www.iurisprudente.com/2016/07/el-consentimiento-de-ambos-conyuges.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- *Bienes gananciales y privativos (6). El contrato de vitalicio. La renta vitalicia. El cónyuge beneficiario del seguro de vida. La designación del cónyuge como beneficiario del seguro de vida y la posterior separación. Si se designa beneficiarios a los herederos legales, ¿comprende esta designación al cónyuge viudo por su cuota legitimaria? La colación de las primas pagadas por un cónyuge en que es designado beneficiario el otro. Otros seguros*. Los fondos de inversión. 11 de enero de 2016. Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2016/01/bienes-gananciales-y-privativos-6-el.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

- *La disposición testamentaria a favor del cónyuge y la posterior nulidad, divorcio o separación. Su tratamiento en las legislaciones forales (Galicia, Cataluña, Aragón y Navarra). Su tratamiento en el derecho común. Doctrina de la DGRN. La cuestión en la Jurisprudencia. (Sucesiones 4)*. 5 de agosto de 2015. Disponible en: www.iurisprudente.com/2015/08/la-disposicion-testamentaria-favor-del.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES, Pablo: "La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica", *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, Número 14, 2001, págs. 519-554.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: "Comentario al artículo 1393" y "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: "Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales", *InDret*, Número 3, 2023, págs. 396-429 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: "Comentario al artículo 1368", "Comentario al artículo 1388", "Comentario al artículo 1393" y "Comentario al artículo 1394", *Comentario del Código Civil*, VVAA, Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 102-118.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes: "La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Número 19, 2006, págs. 20-27.

MARTÍNEZ MILLÁN, José: "El confesionalismo de Felipe II y la Inquisición", *Trocadero. Revista del Departamento de Historia Moderna, Contemporánea, de América y del Arte*, Universidad de Cádiz, Número 6-7, 1994-1995, págs. 103-123.

MARTÍNEZ MORENO, María Jesús: *Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2022.

MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: *La conciliación notarial una herramienta útil de resolución de conflictos*. 4 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.lawyerpress.com/2020/05/04/la-conciliacion-notarial-una-herramienta-util-de-resolucion-de-conflictos/ (fecha de consulta: 1 de marzo de 2025).

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: "Efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho en el derecho comparado. Precedentes para el estudio del valor y eficacia de las resoluciones de divorcio en el derecho internacional privado", *Revista de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre, 1972, págs. 191 y ss.

MARTÍNEZ SÁNCHIZ, Jose Ángel: "El artículo 831 y el favor viduitatis", *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, págs. 969-1002.

MÁS BADÍA, María Dolores: *La organización económica del matrimonio: Normas básicas. Las donaciones propter nuptias. Unidad 6.* 30 de julio de 2021. Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/de35e4c1-ce8f-43f9-abf1-6b50484fbfdf/content (fecha de consulta: 17 de febrero de 2025).

- "No se acaba todo con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Número Extra 8, 2, Junio de 2018, págs. 48-59.

- *Las capitulaciones matrimoniales. Unidad 8*. 31 de julio de 2014. Disponible en: https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/33aa8e6b-134f-47b2-8c2e-07d3ceb80704/content (fecha de consulta: 17 de febrero de 2025).

- *La Ley de régimen económico matrimonial valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana*. 11 de febrero de 2014. Disponible en: http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/14-segundo-semestre-2013/item/204-la-ley-del-r%C3%A9gimen-econ%C3%B3mico-matrimonial-valenciano-y-su-incidencia-en-la-sociedad-valenciana (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2024).

- "La germanía", *El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana*, VVAA, Coord. MÁS BADÍA, María Dolores, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 273-388.

MASOT MIQUEL, Miquel: Prólogo de la obra *El Derecho civil matrimonial económico y sucesorio en Mallorca y en Menorca*, de GRIMALT SERVERA, Pedro, Comares, Granada, 2021, págs. 15-23.

MATEO SANZ, Jacobo Bernardo: "Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 56, Número 3, 2003, págs. 1231-1356.

MECO TÉBAR, Fabiola: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancialidad a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 29, 2020, págs. 542-549.

MELKEVIK, Bjarne: "El nuevo Código Civil de Québec y los derechos humanos: el paradigma de un nuevo derecho común", en *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Números 4 y 5, Marzo-Noviembre 2012, págs. 11-124.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: "Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho", *Actualidad civil*, Número 3, 2020, págs. 1-10.

MIKELENAS, Valentinas: *National Report: Lithuania*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Lithuania-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

MIQUEL, Juan: "*Consortium omnnis vitae*, una reflexión sobre derecho matrimonial comparado", *Anales de la Facultad de Derecho*, Número 20, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2003, págs. 85-98.

MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: *Mujeres Solas: Los Expedientes de Vida Maridable*. Marzo de 2021. Disponible en: https://www.cultura.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/archivos/agi/exposiciones-y-actividades/documento-del-mes/2021/marzo2021.html (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

MOLINA BALAGUER, Francisco: "La sucesión del cónyuge supérstite tras la Ley 15/2015, de 8 de julio o cómo apreciar la separación de hecho", *Lunes 4:30*, Número 412, Abril 2006, págs. 20-34.

MOLINER NAVARRO, Rosa María: *La ley del régimen económico matrimonial valenciano. Cuestiones abiertas en torno a su aplicación.* Diciembre de 2013. Disponible en: https://roderic.uv.es/items/2c220bf5-acf2-4199-93f1-9c78a6e0dee3. (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

MONFORT FERRERO, María Jesús: *La responsabilidad de los cónyuges antes las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales: (la aplicación práctica del artículo 95 del Código Civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: "Lección 17ª. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales", *Derecho de familia*, VVAA, Coord. ROCA I TRIAS, Encarnación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MORAGA GARCÍA, María de los Ángeles: "Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el Franquismo", *Feminismo-s,* Tomo XII, Alicante, 2008, págs. 229-252.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: "Tema 11. La sociedad de gananciales", *Manual de Derecho civil. Derecho de familia*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Bercal, Madrid, 2023.

- "Comentario al artículo 1368", "Comentario al artículo 1388" y "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2001.

- "Disolución automática de la sociedad de gananciales por abandono de familia. Cesión por un cónyuge de su cuota sobre el patrimonio ganancial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 52, 2000, págs. 289-308.

- "El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las unidades familiares", *Derecho Privado y Constitución*, Número 14, 2000, págs. 207-244.

MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* VVAA, Tecnos, Volumen II, Madrid, 1984.

MORENO FLÓREZ, Rosa María: "El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?", *Revista de Derecho Civil,* Volumen 5, Número 4, 2018, págs. 233-279.

MORENO TEJADA, Sara: "La Ley del divorcio de 1932. Entre la culpabilidad y la causalidad", *Anuario de Historia del Derecho español*, 2021, págs. 381-408.

MORENO VILLENA, Pedro: *¿Cuáles son la extensión y los efectos de la sociedad conyugal? Juicio crítico de la legislación aragonesa y la castellana, relativamente a esta materia. Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho*, Imprenta de Don Carlos Frontaura, Madrid, 1867.

MOREU BALLONGA, Jose Luis: - "La doctrina de Don Federico de Castro sobre la cuestión foral y el derecho civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Número 14, Febrero de 2021, págs. 84-167.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del Código Civil*, Tesis doctoral, Director de tesis: OROZCO PARDO, Guillermo, Granada, 2008.

MORTE ACÍN, Ana: "Sor María de Ágreda y la vida cotidiana en Ágreda en el siglo XVII: una aproximación histórica", *Cuadernos de Historia Moderna*, Número 39, Universidad Complutense, Madrid, 2014, págs. 121-136.

MUNNÉ CATARINA, Frederic: "El arbitraje en los procesos de familia", *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, VVAA, Coord. MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos (de), Bosch, Barcelona, 2018, págs. 393-404.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: "La problemática separación de hecho conyugal", *El Notario del Siglo XXI*, Número 5, Enero-Febrero 2006. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3135-la-problematica-separacion-de-hecho-conyugal-0-2170238031232951 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*, Juan Vidal Editor, Madrid, 1880.

NOYA FERREIRO, María Lourdes y VARELA GÓMEZ, Bernardino José: *Comentario a los artículos 19 a 22. Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Julio de 2005. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/293_es.pdf (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Dijusa, Madrid, 2009.

ORLANDO, Nicola: "Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta", *InDret*, Número 3, 2012, págs. 1-24 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: "El régimen económico matrimonial en el Reino Unido", *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Número 23, 2017, págs. 201-207.

ORTIZ DE ZÁRATE, Ramón: *Observaciones al proyecto de Código Civil*, Revista de los Tribunales y de la Administración, Burgos, 1852.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: *Biblioteca de escribanos, ó tratado teórico- práctico para la enseñanza de los aspirantes al notariado*, Tomo I, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1855.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: "La capacidad y la simulación en el matrimonio", *Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

PANIZA FULLANA, Antonia: “Reforma de la compilación de Derecho Civil balear y Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, Número 34, 2019, págs. 11-50.

PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: “Tratamiento penal de las obligaciones económicas derivadas de la relación jurídica familiar”, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, 1993, págs. 261-288.

PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 1998.

PEITEADO MARISCAL, Pilar: “Procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico matrimonial tras la disolución de éste”, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil*), 2015, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 393-406.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: *La conciliación*. 11 de abril de 2016. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/6509-la-conciliacion (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

PÉREZ ESCOLAR, Marta: “Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 17, 2008, págs. 177-199.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: “Capítulo VI. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”, *Derecho de Familia*, VVAA, Coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

PÉREZ HEREZA, Juan: *La separación y divorcio notarial*. 10 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad.* 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

- *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Volumen I, Lexnova, Valladolid, 2009.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: *El arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges constante matrimonio y la subrogación mortis causa, a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Supremo"*. 2 de noviembre de 2010. Disponible en: https://elderecho.com/el-arrendamiento-suscrito-por-uno-de-los-conyuges-constante-matrimonio-y-la-subrogacion-mortis-causa-a-la-luz-de-la-reciente-doctrina-del-tribunal-supremo (fecha de consulta: 17 de enero de 2025).

- *El arrendamiento de vivienda: subrogación "mortis causa"*, Comares, Granada, 1999.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: "Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXII, 2019, págs. 1133-1202.

PÉREZ Y GONZÁLEZ, Carlos: *¿Es justa la sociedad legal? ¿Son aceptables todas las disposiciones de nuestro derecho sobre la misma?*, Imprenta de José M. Ducazcal, Madrid, 1862.

PERUGA PÉREZ, Enrique: "La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código civil de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d'Estudis Jurídics],* Volumen 21, 2019, págs. 153-193.

PESET REIG, Mariano: "Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, núm. 1, 1975, págs. 29-100.

PESTAÑA RUIZ, Celia: "Evolución jurídica de la mujer casada en el sistema matrimonial español de la época preconstitucional", *Revista de Estudios Jurídicos*, Número 15/2015 (Segunda Época), Universidad de Jaén, Jaén, 2015.

PHELPS, William Robert y LAWTON, Meredith: *Separation: ¿When does it start?* 5 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.bdbpitmans.com/insights/separation-when-does-it-start/?search=true (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: "Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, 2016, págs. 925-949.

PINTENS, Walter y otros: *National Report: Belgium*. 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Property.pdf (fecha de consulta 5 de marzo de 2025).

PLANAS ROSSELLÓ, Antonio: "Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca", *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: revista d'estudis històrics*, Número 56, 2000, págs. 45-64.

POSADA FERNÁNDEZ, María Teresa: *Ruptura de la pareja de hecho: la influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los deberes y derechos de los convivientes*, Directora de Tesis: SOLÉ RESINA, JUDITH, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018.

PRADOS RAMOS, Luis: *Guía práctica de las conciliaciones ante Notario*. 9 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.notarialuisprados.com/guia-practica-de-las-conciliaciones-ante-notario/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: "La eficiencia del Servicio Público de Justicia y el notario como "tercero neutral"", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Número 120, 2025, págs. 22-25.

- "Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles", *Diario La Ley*, Número 7625, 2011.

- "Roma III: divorcios y separaciones sin fronteras", *Escritura pública*, Número 68, 2011, págs. 36-38.

- "La nueva regulación europea de la Mediación", *Diario La Ley*, Número 6958, 2008, pág. 3.

- "La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), págs. 15-32.

- "Comentario al artículo 16 de la LAU", *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VVAA, Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PUIG FERRIOL, Luis: "Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la sentencia 18 de noviembre 1964)", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 240-256.

QUINZÁ REDONDO, Jacinto Pablo: "El régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal ecuatoriana", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 24, 2017, págs. 54-75.

- "La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 21, 2016, págs. 94-115.

RABANETE MARTÍNEZ, Isabel: "La liquidación de los efectos patrimoniales de las uniones de hecho en otras legislaciones autonómicas", *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Coord. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 759-784.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: - *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017.

- "La sociedad de gananciales (1)", "La sociedad de gananciales (5)" y "La disolución de la comunidad de gananciales", en *Tratado de Derecho de la Familia*, Dir. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde, Volumen III, Aranzadi, Navarra, 2017.

- "Los deberes conyugales", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 14-15, 1996-1997, págs. 261-313.

RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: *La protección de la memoria defuncti*, Tesis Doctoral, Director de tesis: LLAMAS POMBO, Eugenio, Departamento de Derecho privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: "Uniones de hecho, protección social y relación de trabajo", *Derecho privado y Constitución*, Número 12, 1998, págs. 223-268.

RAMS ALBESA, Joaquín José: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

- "Usufructo vidual aragonés y existencia de bienes consorciales en el supuesto de separación de hecho", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 11, 1986, págs. 3665-3672.

RASTROLLO, Alejandro: Actualización de "Sinopsis del artículo 32 de la CE", de ARANDA ALVAREZ, Elviro (2003) y SIEIRA, Sara (2011). Febrero de 2017. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: *Comentario al artículo 835 del Código Civil.* Disponible en: https://vlex.es/vid/articulo-835-362178 (fecha de consulta: 10 de febrero de 2025).

- "Comentario al artículo 1368", "Comentario al artículo 1388", "Comentario al artículo 1392", "Comentario al artículo 1393" y "Comentario al artículo 1394", *Comentarios al Código Civil*, VVAA, Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REDACCIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA: "La conciliación ante notario", *Escritura Pública*, Número Septiembre-Octubre 2015, Pág. 69.

REINGOLD JR., Will: *What is a "Defunct Marriage" in Washington?* 3 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.jdsupra.com/legalnews/what-is-a-defunct-marriage-in-washington-9483048/#_ftnref2, (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

REYES BENÍTEZ, Gary Nicolás: *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Español. Efectividad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial*, Tesis doctoral, Director de tesis: MARTÍN PÉREZ, Jose Antonio, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2020.

REYES GALLUR, Juan José: *Separación de hecho y disolución de la sociedad de gananciales*. 12 de junio de 2019. Disponible en https://icamalaga1.rssing.com/chan-26661747/latest-article23.php (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2024).

RIBERA BLANES, Begoña: *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VVAA, Coord. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, Dykinson, Madrid, 2005.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: "Comentario al artículo 1344 del Código Civil", "Comentario a los artículos 1392 a 1394 del Código Civil" y "Comentario al artículo 1396 del Código Civil", *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo III, Comares, Granada, 2009.

ROARK, Jeremy N.: Irreconcilable Differences: What Are Reasons for Divorce? Disponible en: https://hbplaw.com/blog/2020/04/irreconcilable-differences-what-are-reasons-for-divorce/ (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2024).

ROBLES POZO, José: *El Código Civil y su jurisprudencia hasta 1º de enero de 1896*, Tomo II, Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de José María Sardá, Madrid, 1896.

ROCA JUAN, Juan: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1974*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1977.

ROCA TRÍAS, Encarnación: "Comentario al artículo 90 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: "Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Número 129, Madrid, 2017.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael: "El matrimonio religioso no católico en Derecho español", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 10, 1994, págs. 369-430.

RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES, Manuel: *Explicación de los textos inicial y primero del título 10, libro 1º de las instituciones de Justiniano. Discurso leído ante el*

claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia, Imprenta de J.M. Ducazcal, Madrid, 1860.

RODRÍGUEZ LLAMAS, María Sonia: "La llei 7/2001, de 26 de novembre, de mediació familiar de la Comunitat Valenciana", *Revista Electrónica de Derecho civil Valenciano*, Número 8, 2010.

RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria: "La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano", en *Anuario de Historia del Derecho español*, Número 77, 2007, págs. 615-706.

ROGEL VIDE, Carlos: "Mediación y transacción en el Derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Número 3, 2009, págs. 545-564.

ROJAS GARCÍA, Reyes y ALMORZA HIDALGO, Amelia: "Los expedientes de vida maridable del Archivo General de Indias: análisis de un caso de estudio", *América en la burocracia de la monarquía española. Documentos para su estudio*, Editorial Brujas, 2015, págs.111-130.

ROJAS MONTES, Luis: "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 26, 1985, págs. 295-332.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: "Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español: Análisis y valoración crítica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número 655, Noviembre-Diciembre, 1999, págs. 2423-2442.

ROZALÉN CREUS, Lucía: "Pactos matrimoniales. Concepto y tipos", *Revista Boliviana de Derecho*, Número 34, 2022, págs. 764-785.

RUEDA ESTEBAN, Luis: "Parte quinta: Artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común", *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Sucesiones, Volumen 1, Navarra, 2015, págs. 1305-1378.

RUEDA PÉREZ, Miguel Ángel y RUEDA PÉREZ, Jose María: "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981", *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 556-593.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Derecho de Familia Avanzado, Bloque 2, Parte 1. Las relaciones de pareja. Matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. Regímenes económicos matrimoniales. Parejas de hecho*. Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/26183/DERECHO%20DE%20FAMILIA%20AVANZADO%20%284%29%20MATERIAL%20DIDACTICO.pdf?sequence=3&isAllowed=y (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025).

RUIZ-RICO ARIAS, María Dolores y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Derecho de Familia Avanzado, Bloque 1, Parte 2. Bloque introductorio. Familia y Constitución.*

Autonomía de la voluntad en el ámbito familiar. Derecho de alimentos. Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/27389/DERECHO%20DE%20FAMILIA%20AVANZADO%20%282%29%20MATERIAL%20DID%c3%81CTICO.pdf?sequence=3&isAllowed=y (fecha de consulta: 15 de febrero de 2025).

RUSSO, Adelaide: "Una lección de Derecho Romano: La disolución del matrimonio y el divorcio", *Iura & Legal Systems*, Número 7, Università degli Studi di Salerno, 2020, págs. 7-15.

SAIZ GARCÍA, Concepción: *La sociedad de gananciales (II)*. 31 de julio de 2023. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/01-derecho-familia/09-sociedad-gananciales/teoria-unidad/unidad-9-segunda-parte.pdf (fecha de consulta: 11 de febrero de 2025).

- *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

SALIDO, Mercedes: "La renuncia a la acción de divorcio", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 35, 2019, págs. 417-458.

SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel: "Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil", *InDret*, Número 1, 2020, págs. 28-55 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: "Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo", *Actualidad civil*, Número 1, 1992, págs. 183-194.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: "La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Anales de Derecho*, Número 23, 2005, págs. 129-144.

SANCHO DÍAZ, Raquel; POSADA DE GRADO, Carmen y RODRIGO LAVILLA, María del Pilar: *La conciliación registral*. Disponible en: https://www.registradoresdemadrid.org/novedades/LA-CONCILIACION-REGISTRAL-1399 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: "El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español", *Ius Canonicum*, Universidad de Navarra, 1980, págs. 15-37.

SANGÜESA CABEZUDO, Ana M.: *El procedimiento de Mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Disponible en: https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-45//332-el-procedimiento-de-mediacion-en-la-ley-5-2012-de-6-de-julio-0-966822486339903 (fecha de consulta 31 de mayo de 2025)

SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1958.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: "Algunas repercusiones de la reforma del Código Civil en el régimen de gananciales", *Revista de Derecho Notarial*, Enero-Marzo 1976, págs. 267-392.

SCHERPE, Jens M.: "England and Wales. A jurisdiction without a matrimonial property regime. (Inglaterra y Gales. Una jurisdicción sin un régimen de propiedad matrimonial)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 16 bis, Junio de 2022, págs. 1602-1621.

SCHWENZER, Ingeborg y BOCK, Anne-Florence: *National Report: Switzerland.* Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

SEBASTIÁN CHENA, Marta Soledad: *La liquidación de la sociedad de gananciales enfoque práctico de los aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SERNA MEROÑO, Encarna: "Comentario a los artículos 66 a 69 del Código Civil", *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2009.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: "La planificación personal ante una futura pérdida del pleno uso de facultades mentales", *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Coord. CARRIÓN VIDAL, Almudena; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 1049-1076.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación", *Revista de Derecho aragonés*, Número 13, 2007, págs. 11-55.

SHARIFF & ASSOCIATES: *Be prepared to substantiate your choice of separation date*. 29 de mayo de 2023. Disponible en: https://sharifflaw.com/be-prepared-to-substantiate-your-choice-of-separation-date/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

SHARPE, Lisa Ann: *Did You Really Say Goodbye? What is the Date of Separation and What is the Legal Impact of that Date in Divorce?* 27 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.jdsupra.com/legalnews/did-you-really-say-goodbye-what-is-the-6276997/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

SILVA SÁNCHEZ, Antonio: "Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen con el derecho romano", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Número 22, 2004, págs. 205-230.

SOUTO PAZ, Jose Antonio: "Matrimonio y experiencia jurídica", *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Número 1, 1985, págs. 379-394.

SVERDRUP, Tone: *National Report: Norway*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: "Lección 27. Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación", *Derecho civil II: obligaciones y contratos*, Coord. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 529-552.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: "Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente regulación", *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Tomo XI, Imprenta mallorquina, Palma de Mallorca, 2010, págs. 297-306.

- "El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?", *Aranzadi Civil*, Número 1, 2006, págs. 297-306.

TAULET RODRÍGUEZ-LUESO, Enrique: "La separación de hecho y la situación de la mujer", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1980-1, págs. 109-142.

- "La separación de hecho en el matrimonio", *Boletín de información*, Año XXXII, Número 1.149, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, págs. 3-12.

TINEO TINEO, Primitivo: "La recepción de Trento en España (1565). Disposiciones sobre la actividad episcopal", *Anuario de Historia de la Iglesia*, Número 5, 1996, págs. 241-296.

TOLEDANO Y HERNANSAIZ, Ambrosio: *¿Cuáles son la extensión y los efectos de la sociedad conyugal? Juicio crítico de la legislación aragonesa y la castellana en esta materia. Discurso leído ante el claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho, Sección de Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Manuel Galiano, Madrid, 1866.

TODOROVA, Velina: *National Report: Bulgaria*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Bulgaria-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

TORRALVA SORIANO, Vicente: "Comentario al artículo 1368", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1984.

TORRELLES TORREA, Esther: "De la Sagrada familia de Murillo a la "Gay Family on dinner" de Raphael Pérez: nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 76, Número 4, 2023, págs. 1421-1488.

TORREMOCHA HERNÁNDEZ, Margarita: "Consideraciones jurídicas y sociales de la mujer adúltera en Castilla, a finales del Antiguo Régimen, Historia", *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. www.historiaetius.eu*, Paper 27, Número 9, 2016.

TOVAR PULIDO, Raquel: "La regulación del matrimonio y los bienes gananciales por la normativa histórica española (SS. XVI-XIX)", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Número 36, 2020, págs. 863-896.

TROBO CABRERA, Gonzalo Mario: Sobre la sociedad conyugal en el Derecho uruguayo. Desde su nacimiento hasta su disolución. Disponible en: *https://www.academia.edu/44011740/SOCIEDAD_CONYUGAL_AEU* (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

TULIO, Marco: *Compendio del Derecho civil de España ajustado al nuevo Código*, Felipe González Rojas Editor, Madrid, 1893.

UNCETA MURUA, Manuel (de): *Origen de la familia, principales derechos y deberes consiguientes á esta institución: Discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de El Siglo XX, á cargo de C. Juárez, Madrid, 1863.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina: "La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)", *Derecho Privado y Constitución*, Número 13, 1999, págs. 273-296.

VALLÉS AMORES, María Luisa: "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de Familia", *Feminismo/s*, Volumen 8, Alicante, 2006, págs.115-129.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982.

VARA GONZÁLEZ, Jose Manuel: *Divorcio ante notario: problemas de ejecución*. 2 de febrero de 2021. Disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10498-divorcio-ante-notario-problemas-de-ejecucion (fecha de consulta: 10 de febrero de 2025).

- *Retroacción de la disolución a la separación de hecho*. 19 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/liquidacion-del-regimen-economico-de-gananciales-jurisprudencia-de-derecho-de-familia/ (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024).

VARELA GIL, Carlos: "El Incumplimiento de los deberes conyugales y la pensión compensatoria", *InDret*, Número 1, 2022, págs. 86-128.

VÁZQUEZ DE BAÑOS, Miguel: *Juicio crítico de las Siete Partidas: discurso leído en la Universidad Central por Don Miguel Vázquez de Baños en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho Civil y Canónico*, Imprenta de Don José Cuesta, Madrid, 1861.

VEIGA COPO, Abel Benito: “Los créditos subordinados en la ley concursal”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Número 102, 2006, págs. 9-70.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución*, Número 27, 2013, págs. 209-250.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: “Comentario a la sentencia de 16 de febrero de 2004. Ajuar doméstico de la vivienda habitual común: acción reivindicatoria por el cónyuge supérstite”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Número 66, 2004, págs. 1151-1166.

VIVES VILLAMAZARES, Francisco: “La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho”, *Anales de la Universidad de Valencia*, Volumen XXIX, Curso 55-56, Fascículo 2, Derecho, Valencia, 1956, págs. 7-43.

WEISS, Emilia y SZEIBERT-ERDŐS, Orsolya: *National Report: Hungary*. Agosto 2008. Disponible en: https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Hungary-Property.pdf (fecha de consulta: 5 de marzo de 2025).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: *Posibilidad de debatir la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en procedimiento separación divorcio o nulidad.* 24 de junio de 2019. Disponible en: https://elderecho.com/posibilidad-de-debatir-la-fecha-de-disolucion-de-la-sociedad-de-gananciales-en-procedimiento-separacion-divorcio-o-nulidad (fecha de 5 de marzo de 2025).

- *Derecho de Familia y de la Persona*, Tomo V, Regímenes económicos matrimoniales, Bosch, Barcelona, 2007.

JURISPRUDENCIA

Este índice recoge las resoluciones judiciales y la doctrina administrativa citadas en la investigación, que están ordenadas por tribunal de procedencia y orden cronológico. En la columna izquierda se cita la resolución en la fórmula abreviada que se ha incluido en el texto del trabajo y, en la derecha, se incorpora su descripción completa.

I.- RESOLUCIONES DICTADAS POR TRIBUNALES Y ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DEL REINO DE ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cita en el texto	**Cita completa**
STC de 26 de enero de 1981	Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), recurso de amparo número 65/80, de 26 de enero de 1981, BOE número 47, de 24 de febrero de 1981
STC de 10 de diciembre de 1984	Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), número 120/1984, de 10 de diciembre de 1984, BOE número 10, de 11 de enero de 1985.
STC de 20 de febrero de 1989	Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), número 45/1989, de 20 de febrero de 1989, BOE número 52, de 2 de marzo de 1989
STC de 14 de diciembre de 2020	Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), número 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, BOE número 22, de 26 de enero de 2021
STC de 18 de diciembre de 2000	Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), número 311/2000, de 18 de diciembre de 2000, BOE número 14, de 16 de enero de 2001
STC de 6 de noviembre de 2012	Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), número 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE número 286, de 28 de noviembre de 2012

TRIBUNAL SUPREMO

Cita en el texto	Cita completa
STS de 1 de diciembre de 1865	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 1 de diciembre de 1865 (Roj: STS 356/1865 - ECLI:ES:TS:1865:356)
STS de 26 de junio de 1876	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 36, de 26 de junio de 1876 (Roj: STS 987/1876 - ECLI:ES:TS:1876:987)
STS de 8 de noviembre de 1898	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 57/1898, de 8 de noviembre de 1898 (Roj: STS 355/1898 - ECLI:ES:TS:1898:355)
STS de 11 de octubre de 1902	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil): número 69/1902, de 11 de octubre de 1902 (Roj: STS 87/1902 - ECLI:ES:TS:1902:87)
STS de 8 de noviembre de 1907	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 5/1907, de 8 de noviembre de 1907 (Roj: STS 30/1907 - ECLI:ES:TS:1907:30)
STS de 21 de noviembre de 1907	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 28/1907, de 21 de noviembre de 1907 (Roj: STS 28/1907 - ECLI:ES:TS:1907:28)
STS de 2 de enero de 1909	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 1/1909, de 2 de enero de 1909 (Roj: STS 248/1909 - ECLI:ES:TS:1909:248)
STS de 27 de octubre de 1909	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 34/1909, de 27 de octubre de 1909 (Roj: STS 422/1909 - ECLI:ES:TS:1909:422)
STS de 18 de noviembre de 1911	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 18 de noviembre de 1911 (Roj: STS 625/1911 - ECLI:ES:TS:1911:625)
STS de 28 de junio de 1913	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 144/1913, de 28 de junio de 1913 (Roj: STS 161/1913 - ECLI:ES:TS:1913:161)
STS de 15 de enero de 1917	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 16/1917, de 15 de enero de 1917 (Roj: STS 562/1917 - ECLI:ES:TS:1917:562)
STS de 14 de enero de 1928	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 61/1928, de 14 de enero de 1928 (Roj: STS 1552/1928 - ECLI:ES:TS:1928:1552)
STS de 12 de julio de 1929	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 68/1929, de 12 de julio de 1929 (Roj: STS 707/1929 - ECLI:ES:TS:1929:707)

STS de 19 de diciembre de 1932	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 107/1932, de 19 de diciembre de 1932 (Roj: STS 635/1932 - ECLI:ES:TS:1932:635)
STS de 12 de enero de 1943	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 9/1943, de 12 de enero de 1943 (Roj: STS 5/1943 - ECLI:ES:TS:1943:5)
STS de 14 de febrero de 1944	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 43/1944, de 14 de febrero de 1944 (Roj: STS 29/1944 - ECLI:ES:TS:1944:29)
STS de 1 de febrero de 1958	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 65/1959, de 1 de febrero de 1958 (Roj: STS 1361/1958 - ECLI:ES:TS:1958:1361)
STS de 30 de septiembre de 1959	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 500/1959, de 30 de septiembre de 1959 (Roj: STS 29/1959 - ECLI:ES:TS:1959:29)
STS de 4 de diciembre de 1959	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 668/1959, de 4 de diciembre de 1959 (Roj: STS 1473/1959 - ECLI:ES:TS:1959:1473)
STS de 20 de febrero de 1960	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 117/1960, de 20 de Febrero de 1960 (Roj: STS 243/1960 - ECLI:ES:TS:1960:243)
STS de 7 de marzo de 1963	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 228/1963, de 7 de marzo de 1963 (Roj: STS 68/1963 - ECLI:ES:TS:1963:68)
STS de 31 de marzo de 1964	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 302, de 31 de marzo de 1964 (Roj: STS 4395/1964 - ECLI:ES:TS:1964:4395)
STS de 13 de octubre de 1972	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 1210/1972, de 13 de octubre de 1972 (Roj: STS 3415/1972 - ECLI:ES:TS:1972:3415)
STS de 12 de enero de 1973	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 23/1973, de 12 de enero de 1973 (Roj: STS 817/1973 - ECLI:ES:TS:1973:817)
STS de 4 de junio de 1973	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 815/1973, de 4 de junio de 1973 (Roj: STS 1142/1973 - ECLI:ES:TS:1973:1142)
STS de 7 de marzo de 1980	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 93 bis/1980, de 7 de marzo de 1980 (Roj: STS 5/1980 - ECLI:ES:TS:1980:5)

STS de 31 de enero de 1985	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 60/1985, de 31 de enero de 1985 (Roj: STS 1475/1985 - ECLI:ES:TS:1985:1475)
STS de 25 de noviembre de 1985	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 703/1985, de 25 de noviembre de 1985 (Roj: STS 527/1985 - ECLI:ES:TS:1985:527)
STS de 13 de junio de 1986	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 374/1986, de 13 de junio de 1986 (Roj: STS 8091/1986 - ECLI:ES:TS:1986:8091)
STS de 23 de enero de 1987	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), número 15/1987, de 23 de enero de 1987 (Roj: STS 9163/1987 - ECLI:ES:TS:1987:9163)
STS de 26 de noviembre de 1987	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 764/1987, de 26 de noviembre de 1987 (Roj: STS 8842/1987 - ECLI:ES:TS:1987:8842)
STS de 17 de junio de 1988	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 663/1988, de 17 de junio de 1988 (Roj: STS 9384/1988 - ECLI:ES:TS:1988:9384)
STS de 15 de julio de 1988	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 607/1988, de 15 de julio de 1988 (Roj: STS 9445/1988 - ECLI:ES:TS:1988:9445)
STS de 17 de junio de 1988	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 663/1988, de 17 de junio de 1988 (Roj: STS 9384/1988 - ECLI:ES:TS:1988:9384)
STS de 1 de julio de 1991	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 512/1991, de 1 de julio de 1991 (Roj: STS 10975/1991 - ECLI:ES:TS:1991:10975)
STS de 17 de febrero de 1992	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 127/1992, de 17 de febrero de 1992 (Roj: STS 1182/1992 - ECLI:ES:TS:1992:1182)
STS de 18 de mayo de 1992	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 493/1992, de 18 de mayo de 1992 (Roj: STS 19732/1992 - ECLI:ES:TS:1992:19732)

STS de 23 de diciembre de 1992	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1220/1992, de 23 de diciembre de 1992 (Roj: STS 9333/1992 - ECLI:ES:TS:1992:9333)
STS de 22 de julio de 1994	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 759/1994, de 22 de julio de 1994 (Roj: STS 18045/1994 - ECLI:ES:TS:1994:18045)
STS de 2 de diciembre de 1994	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1089/1994, de 2 de diciembre de 1994 (Roj: STS 7844/1994 - ECLI:ES:TS:1994:7844)
STS de 25 de septiembre de 1995	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número de recurso 189/1995, de 25 de septiembre de 1995 (Roj: STS 4695/1995 - ECLI:ES:TS:1995:4695)
STS de 25 de septiembre de 1996	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 749/1996, de 25 de septiembre de 1996 (Roj: STS 5035/1996 - ECLI:ES:TS:1996:5035)
STS de 27 de enero de 1998	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 31/1998, de 27 de enero de 1998 (Roj: STS 438/1998 - ECLI:ES:TS:1998:438)
STS de 10 marzo de 1998	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 218/1998, de 10 marzo de 1998 (Roj: STS 1596/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1596)
STS de 4 de mayo de 1998	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 338/1998, de 4 de mayo de 1998 (Roj: STS 2807/1998 - ECLI:ES:TS:1998:2807)
STS de 23 de diciembre de 1998	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1226/1998, de 23 de diciembre de 1998 (Roj: STS 7876/1998 - ECLI:ES:TS:1998:7876)
STS de 27 de febrero de 1999	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 149/1999, de 27 de febrero de 1999 (Roj: STS 1353/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1353)
STS de 24 de abril de 1999	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 331/1999, de 24 de abril de 1999 (Roj: STS 2749/1999 - ECLI:ES:TS:1999:2749)
STS de 11 de octubre de 1999	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 6295/1999, de 11 de octubre de 1999 (Roj: STS 6295/1999 - ECLI:ES:TS:1999:6295)

STS de 26 de abril de 2000	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 417/2000, de 26 de abril de 2000 (Roj: STS 3489/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3489)
STS de 25 de julio de 2000	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 1340/2000, de 25 de julio de 2000 (Roj: STS 6295/2000 - ECLI:ES:TS:2000:6295)
STS de 30 de octubre de 2001	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 1986/2001, de 30 de octubre de 2001 (Roj: STS 8472/2001 - ECLI:ES:TS:2001:8472)
ATS de 6 de noviembre de 2001	Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número de recurso 4/1999, de 6 de noviembre de 2001 (Roj: ATS 1986/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1986ª)
STS de 4 de diciembre de 2002	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1157/2002, de 4 de diciembre de 2002 (Roj: STS 8139/2002 - ECLI:ES:TS:2002:8139)
STS de 15 de julio de 2005	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 621/2005, de 15 de julio de 2005 (Roj: STS 4846/2005 - ECLI:ES:TS:2005:4846)
STS de 3 de febrero de 2006	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 61/2006, de 3 de febrero de 2006 (Roj: STS 489/2006 - ECLI:ES:TS:2006:489)
STS de 6 de junio de 2006	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 3311/2006, de 6 de junio de 2006 (Roj: STS 3311/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3311)
STS de 23 de febrero de 2007	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 238/2007, de 23 de febrero de 2007 (Roj: STS 1038/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1038)
STS de 27 de febrero de 2007	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número de recurso 1552/2000, de 27 de febrero de 2007 (Roj: STS 1179/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1179)
STS de 21 de febrero de 2008	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 165/2008, de 21 de febrero de 2008 (Roj: STS 994/2008 - ECLI:ES:TS:2008:994)

STS de 10 de octubre de 2008	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 839/2008, de 10 de octubre de 2008 (Roj: STS 5995/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5995)
STS de 1 de junio de 2010	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª), número de recurso 114/2007, de 1 de junio de 2010 (Roj: STS 4259/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4259)
STS de 5 de mayo de 2011	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), número de recurso 6002/2008, de 5 de mayo de 2011 (Roj: STS 3619/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3619)
STS de 15 de junio de 2011	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), número de recurso 921/2010, de 15 de junio de 2011 (Roj: STS 4892/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4892)
STS de 21 de septiembre de 2011	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 625/2011, de 21 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5855/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5855)
STS de 10 de septiembre de 2012	Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), número 533/2012, de 10 de septiembre de 2012 (Roj: STS 7070/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7070)
STS de 25 de febrero de 2013	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 547/2012, de 25 de febrero de 2013 (Roj: STS 1833/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1833)
STS de 4 de marzo de 2015	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 123/2015, de 4 de marzo de 2015 (Roj: STS 669/2015 - ECLI:ES:TS:2015:669)
STS de 29 de abril de 2015	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), número de recurso 238/2014, de 29 de abril de 2015 (Roj: STS 2472/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2472)
STS de 6 de mayo de 2015	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 226/2015, de 6 de mayo de 2015 (Roj: STS 2755/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2755)
STS de 1 de diciembre de 2015	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 683/2015, de 1 de diciembre de 2015 (Roj: STS 4929/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4929)

STS de 4 de septiembre de 2017	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), Número 493/2017, de 4 de septiembre de 2017 (Numroj: STS 3270:2017 - Ecli: ES:TS:2017:3270)
STS de 13 de septiembre de 2017	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 493/2017, de 13 de septiembre de 2017 (Roj: STS 3270/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3270)
STS de 10 de noviembre de 2017	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de noviembre de 2017, número 603/2017 (Roj: STS 4217/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4217)
STS de 26 de septiembre de 2018	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 531/2018, de 26 de septiembre de 2018 (Roj: STS 3378/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3378)
STS de 14 de noviembre de 2018	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 634/2018, de 14 de noviembre de 2018 (Roj: STS 3868/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3868)
STS de 28 de mayo de 2019	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 297/2019, de 28 de mayo de 2019 (Roj: STS 1723/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1723)
STS de 6 de junio de 2019	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 327/2019, de 6 de junio de 2019 (Roj: STS 1982/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1982)
ATS de 9 de julio de 2019	Auto del Tribunal Supremo (Sala 4ª, Sección 1ª), número de recurso 3993/2018, de 9 de julio de 2019 (Roj: ATS 8629/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8629ª)
ATS de 10 de julio de 2019	Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª), recurso número 2275/2017, de 10 de julio de 2019 (Roj: ATS 7811/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7811ª)
STS de 27 de septiembre de 2019	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 501/2019, de 27 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2951/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2951)
STS de 2 de marzo de 2020	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 136/2020, de 2 de marzo de 2020 (Roj: STS 667/2020 - ECLI:ES:TS:2020:667)

STS de 25 de marzo de 2021	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), número 444/2021, de 25 de marzo de 2021 (Roj: STS 1289/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1289)
STS de 13 de enero de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 18/2022, de 13 de enero de 2022 (Roj: STS 31/2022 - ECLI:ES:TS:2022:31)
STS de 30 de marzo de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 328/2022, de 30 de marzo de 2022 (Roj: STS 1182/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1182)
STS de 5 de abril de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 287/2022, de 5 de abril de 2022 (Roj: STS 1381/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1381)
STS de 10 de mayo de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 384/2022, de 10 de mayo de 2022 (Roj: STS 1837/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1837)
STS de 6 de junio de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 464/2022, de 6 de junio de 2022 (Roj: STS 2305/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2305)
STS de 28 de septiembre de 2022	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), número 1202/2022, de 28 de septiembre de 2022 (Roj: STS 3569/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3569)
ATS de 19 de abril de 2023	Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número de recurso 1669/2021, de 19 de abril de 2023 (Roj: ATS 4479/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4479A)
STS de 29 de mayo de 2023	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 837/2023, de 29 de mayo de 2023 (Roj: STS 2400/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2400)
STS de 18 de diciembre de 2023	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1746/2023, de 18 de diciembre de 2023 (Roj: STS 5694/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5694)
STS de 29 de febrero de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), número 195/2024, de 29 de febrero de 2024 (Roj: STS 1281/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1281)

STS de 19 de marzo de 2024	Sentencia de Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 396, de 19 de marzo de 2024 (Roj: STS 1578/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1578)
STS de 24 de abril de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 563/2024, de 24 de abril de 2024 (Roj: STS 2094/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2094)
STS de 25 de abril de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 564/2024, de 25 de abril de 2024, Numroj: STS 2056:2024 - Ecli: ES:TS:2024:2056
STS de 8 de mayo de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 619/2024, de 8 de mayo de 2024 (Roj: STS 2187/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2187)
STS de 3 de julio de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 944/2024, de 3 de julio de 2024 (Roj: STS 4149/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4149)
STS de 22 de julio de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), número 1369/2024, de 22 de julio de 2024 (Roj: STS 4251/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4251)
STS de 23 de julio de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), número 1397/2024, de 23 de julio de 2024 (Roj: STS 4248/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4248)
STS de 6 de noviembre de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1471/2024, de 6 de noviembre de 2024 (Roj: STS 5329/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5329)
STS de 7 de noviembre de 2024	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), número 1473/2024, de 7 de noviembre de 2024 (Roj: STS 5366/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5366)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Cita en el texto	Cita completa
STSJ del País Vasco de 3 de diciembre de 2001	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso, Sección 2), número 1352/2001, de 3 de diciembre de 2001 (Roj: STSJ PV 6284/2001 - ECLI:ES:TSJPV:2001:6284)

STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de febrero 2005	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sec. 1ª), número 147/2005, de 19 de febrero 2005 (Roj: STSJ CV 1082/2005 - ECLI:ES:TSJCV:2005:1082)
STSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2005	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso, Sección 1, Valladolid), número 1731/2005, de 28 de julio de 2005 (Roj: STSJ CL 4479/2005 - ECLI:ES:TSJCL:2005:4479)
STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2006	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sec. 1ª), número 521/2006, de 18 de mayo de 2006 (Roj: STSJ CAT 3661/2006 - ECLI:ES:TSJCAT:2006:3661)
STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2006	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sec. 1ª), número 522/2006, de 18 de mayo de 2006 (Roj: STSJ CAT 3662/2006 - ECLI:ES:TSJCAT:2006:3662)
STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2007	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª), número 520/2007, de 23 de mayo de 2007 (TOL1.387.190);
STSJ de Madrid de 29 de julio de 2008	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso-Administrativo, Sec. 9ª), número 1258/2008, de 29 de julio de 2008 (TOL1.407.242)
STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2009	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª), número 95/2009, de 11 de febrero de 2009 (TOL1.510.741)
STSJ de Illes Balears de 27 de julio de 2009	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears (Sec. 1ª), número 2/2009, de 27 de julio de 2009 (Roj: STSJ BAL 896/2009 - ECLI:ES:TSJBAL:2009:896)
STSJ de País Vasco de 10 de marzo de 2010	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Contencioso, Sec.2ª), número 171/2010, de 10 de marzo de 2010 (Roj: STSJ PV 3699/2010 - ECLI:ES:TSJPV:2010:3699)
STSJ de País Vasco de 15 de junio de 2011	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Contencioso, Sec.2ª), número 445/2011, de 15 de junio de 2011 (Roj: STSJ PV 2265/2011 - ECLI:ES:TSJPV:2011:2265)

STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2012	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso, Sec.3ª), número 572/2012, de 8 de mayo de 2012 (Roj: STSJ CV 2695/2012 - ECLI:ES:TSJCV:2012:2695)
STSJ de La Rioja de 12 de noviembre de 2014	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sec. 1ª), número 264/2014, de 12 de noviembre de 2014 (TOL4.677.534)
STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso), número 790/2014, de 22 de diciembre de 2014 (Roj: STSJ M 16624/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:16624)
STSJ de Illes Balears de 23 de noviembre de 2015	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears (Sala Civil y Penal), número 2/2015, de 23 de noviembre de 2015 (Roj: STSJ BAL 989/2015 - ECLI:ES:TSJBAL:2015:989)
STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2015	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), número 82/2015, de 30 de noviembre de 2015 (Roj: STSJ CAT 11220/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:11220)
STSJ de Andalucía de 25 de julio de 2016	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso, Sección 2, Granada), número 2065/2016, de 25 de julio de 2016 (Roj: STSJ AND 8286/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:8286)
STSJ de Islas Canarias de 15 de noviembre de 2017	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sec. 1ª), número 1016/2017, de 15 de noviembre de 2017 (Roj: STSJ ICAN 3064/2017 - ECLI:ES:TSJICAN:2017:3064)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2018	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 1ª), número 1605/2018, de 16 de mayo de 2018 (Roj: STSJ CV 2320/2018 - ECLI:ES:TSJCV:2018:2320),
STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2018	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección 1ª), número 2359/2018, de 18 de octubre de 2018 (Roj: STSJ AND 12943/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:12943)

STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2018	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª), número 6260/2018, de 27 de noviembre de 2018 (Roj: STSJ CAT 11806/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:11806)
STSJ de de la Comunidad Valenciana de 24 de abril de 2020	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sec. 2ª), número 216/2020, de 24 de abril de 2020 (Roj: STSJ CV 5550/2020 - ECLI: ES:TSJCV:2020:5550)
STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2020	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección 1ª), número 1395/2020, de 4 de junio de 2020 (Roj: STSJ AND 9678/2020 - ECLI:ES:TSJAND:2020:9678)
STSJ de Aragón de 2 de julio de 2021	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala Civil y Penal), número 14/2021, de 2 de julio de 2021 (Roj: STSJ AR 591/2021 - ECLI:ES:TSJAR:2021:591)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2021	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sec. 5ª), número 994/2021, de 22 de diciembre de 2021 (Roj: STSJ CV 6653/2021 - ECLI:ES:TSJCV:2021:6653)
STSJ de País Vasco de 11 de enero de 2022	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sec. 1ª), número 3/2022, de 11 de enero de 2022 (Roj: STSJ PV 40/2022 - ECLI:ES:TSJPV:2022:40)
STSJ de Andalucía de 1 abril de 2022	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sec. 1ª), número 670/2022, de 1 abril de 2022 (Roj: STSJ AND 9097/2022 - ECLI:ES:TSJAND:2022:9097)
STSJ de Andalucía de 5 de julio de 2022	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sec. 4ª), número 1265/2022, de 5 de julio de 2022 (Roj: STSJ AND 12518/2022 - ECLI:ES:TSJAND:2022:12518)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de septiembre de 2022	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sec. 5ª), número 657/2022, de 7 de septiembre de 2022 (Roj: STSJ CV 6583/2022 - ECLI:ES:TSJCV:2022:6583)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2023	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), número 223/2023, de 13 de septiembre de 2023 (Roj: STSJ CV 4793/2023 - ECLI:ES:TSJCV:2023:4793)

AUDIENCIA NACIONAL

Cita en el texto	Cita completa
SAN de 17 de marzo de 2005	Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª), recurso número 421/2004, de 17 de marzo de 2005 (Roj: SAN 1631/2005 - ECLI:ES:AN:2005:1631)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cita en el texto	Cita completa
SAP de Zaragoza de 15 de diciembre de 1989	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 4ª), de 15 de diciembre de 1989 (TOL375.500)
SAP de Valencia de 12 de noviembre de 1999	Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 8ª), número 908/1999, de 12 de noviembre de 1999 (Roj: SAP V 6816/1999 - ECLI:ES:APV:1999:6816)
SAP de Salamanca de 3 de abril de 2000	Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sec. 1ª), número 195/2000, de 3 de abril de 2000 (Roj: SAP SA 283/2000 - ECLI:ES:APSA:2000:283)
SAP de Madrid de 5 de octubre de 2001	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número de recurso 999/2000, de 5 de octubre de 2001 (Roj: SAP M 13508/2001 - ECLI:ES:APM:2001:13508)
SAP de Oviedo de 29 de abril de 2002	Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 7ª), número 265/2002, de 29 de abril de 2002 (Roj: SAP O 1712/2002 - ECLI:ES:APO:2002:1712)
SAP de Jaén 29 de abril de 2002	Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 1ª), número 296/2002, c (Roj: SAP J 1031/2002 - ECLI:ES:APJ:2002:1031)
SAP de Gerona de 11 de noviembre de 2002	Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sec.3ª), número 562/2002, de 11 de noviembre de 2002 (Roj: AAP GI 1174/2002 - ECLI:ES:APGI:2002:1174A)

SAP de Madrid de 10 de junio de 2003	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), de 10 de junio de 2003 (Roj: SAP M 6963/2003 - ECLI:ES:APM:2003:6963)
SAP de Madrid de 10 de marzo de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 14ª), número 261/2004, de 10 de marzo de 2004 (Roj: SAP M 3510/2004 - ECLI:ES:APM:2004:3510)
SAP de Pontevedra de 1 de abril de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec.3ª), número 171/2004, de 1 de abril de 2004 (Roj: SAP PO 1294/2004 - ECLI:ES:APPO:2004:1294)
SAP de Guadalajara de 28 de abril de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sec. 1ª), número 97/2004, de 28 de abril de 2004 (Roj: SAP GU 184/2004 - ECLI:ES:APGU:2004:184)
SAP de Madrid de 8 de junio de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 365/2004, de 8 de junio de 2004 (Roj: SAP M 8403/2004 - ECLI:ES:APM:2004:8403)
SAP de Castellón de la Plana de 14 de septiembre de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sec. 1ª), número 279/2004, de 14 de septiembre de 2004 (Roj: SAP CS 612/2004 - ECLI:ES:APCS:2004:612)
SAP de Tarragona de 22 de octubre de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sec. 3ª), número 44/2004, de 22 de octubre de 2004 (Roj: SAP T 1626/2004 - ECLI:ES:APT:2004:1626)
SAP de Bizkaia de 17 de diciembre de 2004	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sec. 4ª), número 866/2004, de 17 de diciembre de 2004 [TOL589.692]
SAP de Madrid de 21 de enero de 2005	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 66/2005, de 21 de enero de 2005 (Roj: SAP M 521/2005 - ECLI:ES:APM:2005:521)
SAP de Salamanca de 15 de julio de 2005	Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sec. 1ª), número 53/2005, de 15 de julio de 2005 (Roj: AAP SA 18/2005 - ECLI:ES:APSA:2005:18A)
SAP de Madrid de 4 de noviembre de 2005	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 720/2005, de 4 de noviembre de 2005 (Roj: SAP M 12601/2005 - ECLI:ES:APM:2005:12601)

SAP de Almería de 5 de mayo de 2006	Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 2ª), número 102/2006, de 5 de mayo de 2006 (Roj: SAP AL 1185/2006 - ECLI:ES:APAL:2006:1185)
SAP de Madrid de 9 de mayo de 2006	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 301/2006, de 9 de mayo de 2006 (Roj: SAP M 6009/2006 - ECLI:ES:APM:2006:6009)
SAP de Madrid de 20 de septiembre de 2006	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 11ª), número 337/2006, de 20 de septiembre de 2006 (Numroj: SAP M 6906/2006 - Ecli: ES:APM:2006:6906)
AAP de Madrid de 15 de febrero de 2007	Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), número 238/2007, de 15 de febrero de 2007 (Roj: AAP M 1884/2007 - ECLI:ES:APM:2007:1884A)
SAP de Madrid de 26 de junio de 2007	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.13ª), número 333/2007, de 26 de junio de 2007 (Roj: SAP M 8890/2007 - ECLI:ES:APM:2007:8890)
SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2007	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.22ª), número 791/2007, de 20 de diciembre de 2007 (Roj: SAP M 17646/2007 - ECLI:ES:APM:2007:17646)
SAP de Granada de 8 de abril de 2008	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sec. 5ª), número 157/2008, de 8 de abril de 2008
SAP de Ciudad Real de 15 de mayo de 2008	Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2ª), número 120/2008, de 15 de mayo de 2008 (Roj: SAP CR 306/2008 - ECLI:ES:APCR:2008:306)
SAP de Cádiz de 7 de noviembre de 2008	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sec. 5ª), número 525/2008, de 7 de noviembre de 2008 (Numroj: SAP CA 1533:2008 - Ecli: ES:APCA:2008:1533)
SAP de Madrid de 10 de febrero de 2009	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.22ª), número 96/2009, de 10 de febrero de 2009 (Roj: SAP M 2634/2009 - ECLI:ES:APM:2009:2634)
SAP de Pontevedra de 24 de junio de 2009	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª), número 287/2009, de 24 de junio de 2009 (Roj: SAP PO 1614/2009 - ECLI:ES:APPO:2009:1614)

SAP de Bizkaia de 14 de diciembre de 2009	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sec. 4ª), número 933/2009, de 14 de diciembre de 2009 (Roj: SAP BI 2393/2009 - ECLI:ES:APBI:2009:2393)
SAP de Madrid de 9 de febrero de 2010	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 89/2010, de 9 de febrero de 2010 (Roj: SAP M 4250/2010 - ECLI:ES:APM:2010:4250)
SAP de La Coruña de 15 de septiembre de 2010	Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sec. 3ª), número 351/2010, de 15 de septiembre de 2010 (Roj: SAP C 2327/2010 - ECLI:ES:APC:2010:2327)
SAP de Murcia de 7 de abril de 2011	Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sec. 4ª), número 282/2011, de 7 de abril de 2011 (TOL 2.123.151)
SAP de Granada de 16 de septiembre de 2011	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sec. 5ª), número 358/2011, de 16 de septiembre de 2011 (Roj: SAP GR 1233/2011 - ECLI:ES:APGR:2011:1233)
SAP de Gipuzkoa de 11 de octubre de 2011	Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sec. 3ª), número 289/2011, de 11 de octubre de 2011 (Roj: SAP SS 998/2011 - ECLI:ES:APSS:2011:998)
SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2011	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 21ª), número 42/2011, de 24 de noviembre de 2011 (Roj: SAP M 14641/2011 - ECLI:ES:APM:2011:14641)
SAP de Palencia de 7 de mayo de 2012	Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sec. 1ª), número 119/2012, de 7 de mayo de 2012 (Roj: SAP P 225/2012 - ECLI:ES:APP:2012:225)
SAP de Granada de 1 de junio de 2012	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sec. 5ª), número 240/2012, de 1 de junio de 2012 (Roj: SAP GR 565/2012 - ECLI:ES:APGR:2012:565)
SAP de Valencia de 24 de enero de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 10ª), número 45/2013, de 24 de enero de 2013 (Roj: SAP V 2332/2013 - ECLI:ES:APV:2013:2332)
SAP de Sevilla de 4 de febrero de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 2ª), número 26/2013, de 4 de febrero de 2013 (Roj: SAP SE 527/2013 - ECLI:ES:APSE:2013:527)

SAP de Almería de 12 de febrero de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 2ª), número de recurso 98/2012, de 12 de febrero de 2013 (TOL3.862.346)
SAP de Cáceres de 6 de marzo de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec.1ª), número 74/2013, de 6 de marzo de 2013 (Roj: SAP CC 160/2013 - ECLI:ES:APCC:2013:160)
SAP de Madrid de 21 de marzo de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 20ª), número 137/2013, de 21 de marzo de 2013 (Roj: SAP M 4455/2013 - ECLI:ES:APM:2013:4455)
SAP de Cáceres de 12 de septiembre de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1ª), número 223/2013, de 12 de septiembre de 2013 (Roj: SAP CC 591/2013 - ECLI:ES:APCC:2013:591)
SAP de Ciudad Real de 26 de septiembre de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2ª), número 209/2013, de 26 de septiembre de 2013 (Roj: SAP CR 1008/2013 - ECLI:ES:APCR:2013:1008)
SAP de Madrid de 13 de noviembre de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 14ª), número 378/2013, de 13 de noviembre de 2013 (Roj: SAP M 14425/2013 - ECLI:ES:APM:2013:14425)
SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2013	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 20ª), recurso número 188/2012, de 13 de diciembre de 2013 (Roj: SAP M 21850/2013 - ECLI:ES:APM:2013:21850)
SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sec. 2ª), número 19/2014, de 5 de febrero de 2014 (Roj: SAP CO 1148/2014 - ECLI:ES:APCO:2014:1148)
SAP de Murcia de 6 de marzo de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sala 4ª), número 140/2014, de 6 de marzo de 2014 (TOL4.145.947)
SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sec. 1ª), número 104/2014, de 9 de abril de 2014 (TOL4.264.990)
SAP de Madrid de 29 de abril de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec.22ª), número 424/2014, de 29 de abril de 2014
SAP de Ciudad Real de 12 de mayo de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2ª), número 114/2014, de 12 de mayo de 2014 (TOL4.369.668)

SAP de Madrid de 5 de junio de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 542/2014, de 5 de junio de 2014 (Roj: SAP M 10212/2014 - ECLI:ES:APM:2014:10212)
SAP de Asturias de 6 de junio de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 5ª), número 168/2014, de 6 de junio de 2014 (TOL4.429.980)
SAP de Córdoba de 20 de junio de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sec. 1ª), número 277/2014, de 20 de junio de 2014 (TOL4.470.147)
SAP de Gerona de 24 de septiembre de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sec. 1ª), número 253/2014, de 24 de septiembre de 2014 (Roj: SAP GI 839/2014 - ECLI:ES:APGI:2014:839)
SAP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2014	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª), número 316/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Roj: SAP PO 2029/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2029)
SAP de Gipuzkoa de 4 de junio de 2015	Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sec. 2ª), número 134/2015, de 4 de junio de 2015 (Roj: SAP SS 559/2015 - ECLI:ES:APSS:2015:559)
SAP de Palencia de 19 de octubre de 2015	Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sec. 1ª), número 148/2015, de 19 de octubre de 2015 (Roj: SAP P 278/2015 - ECLI:ES:APP:2015:278)
SAP de Valencia de 20 de enero de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 7ª), número 13/2016, de 20 de enero de 2016 (Roj: SAP V 1083/2016 - ECLI:ES:APV:2016:1083)
SAP de Madrid de 13 de mayo de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 415/2016, de 13 de mayo de 2016 (Roj: SAP M 6704/2016 - ECLI:ES:APM:2016:6704)
SAP de Toledo de 20 de septiembre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sec. 1ª), número 150/2016, de 20 de septiembre de 2016 (Roj: SAP TO 803/2016 - ECLI:ES:APTO:2016:803)
SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 24ª), número 761/2016, de 22 de septiembre de 2016 (Roj: SAP M 13259/2016 - ECLI:ES:APM:2016:13259)

SAP de Jaén de 7 de octubre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 1ª), número 677/2016, de 7 de octubre de 2016 (Numroj: SAP J 1050/2016 - Ecli: ES:APJ:2016:1050)
SAP de Málaga de 15 de noviembre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 6ª), número 780/2016, de 15 de noviembre de 2016 (Roj: SAP MA 3428/2016 - ECLI:ES:APMA:2016:3428)
SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sec. 2ª), número 543/2016, de 23 de noviembre de 2016 (Numroj: SAP H 728/2016 - Ecli: ES:APH:2016:728)
SAP de Córdoba de 13 de diciembre de 2016	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sec. 1ª), número 669/2016, de 13 de diciembre de 2016 (Roj: SAP CO 1037/2016 - ECLI:ES:APCO:2016:1037)
SAP de Madrid de 9 de marzo de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 8ª), número 99/2017, de 9 de marzo de 2017 (Roj: SAP M 3649/2017 - ECLI:ES:APM:2017:3649)
SAP de Asturias de 20 de abril de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 1ª), número 104/2017, de 20 de abril de 2017 (Roj: SAP O 3404/2017 - ECLI:ES:APO:2017:3404)
SAP de Madrid de 4 de julio de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 576/2017, de 4 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9827/2017 - ECLI:ES:APM:2017:9827)
SAP de Pontevedra de 13 de julio de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª), número 361/2017, de 13 de julio de 2017 (Numroj: SAP PO 1538:2017 - Ecli: ES:APPO:2017:1538)
SAP de Badajoz de 1 de septiembre de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sec. 3ª) de 1 de septiembre de 2017 (SAP BA 778/2017 - ECLI:ES:APBA:2017:778)
SAP de Madrid de 3 de octubre de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 731/2017, de 3 de octubre de 2017 (Roj: SAP M 12874/2017 - ECLI:ES:APM:2017:12874)
SAP de Lugo de 23 de noviembre de 2017	Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sec. 1ª), número 400/2017, de 23 de noviembre de 2017 (Roj: SAP LU 718/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:718)

SAP de Badajoz de 16 de marzo de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sec. 3ª), número 183/2018, de 16 de marzo de 2018 (Roj: SAP BA 1145/2018 - ECLI:ES:APBA:2018:1145)
SAP de Bizkaia de 20 de julio de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sec. 4ª), número 515/2018, de 20 de julio de 2018 (Roj: SAP BI 1730/2018 - ECLI:ES:APBI:2018:1730)
SAP de Huelva de 27 de julio de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sec. 2ª), número 421/2018, de 27 de julio de 2018 (Roj: SAP H 567/2018 - ECLI:ES:APH:2018:567)
SAP de Madrid de 3 de septiembre de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 696/2018, de 3 de septiembre de 2018 (Roj: SAP M 15127/2018 - ECLI:ES:APM:2018:15127)
SAP de Huesca de 31 de octubre de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sec. 1ª), número 120/2018, de 31 de octubre de 2018 (Roj: SAP HU 188/2018 - ECLI:ES:APHU:2018:188)
SAP de Cádiz de 22 de noviembre de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sec. 5ª), número 634/2018, de 22 de noviembre de 2018 (Roj: SAP CA 1492/2018 - ECLI:ES:APCA:2018:1492)
AAP de Jaén de 12 de diciembre de 2018	Auto de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 1ª), número 443/2018, de 12 de diciembre de 2018 (Numroj: AAP J 1513/2018 - Ecli: ES:APJ:2018:1513A)
SAP de Ciudad Real de 17 de diciembre de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec.2ª), número 319/2018, de 17 de diciembre de 2018 (Roj: SAP CR 1285/2018 - ECLI:ES:APCR:2018:1285)
SAP de Madrid de 21 de diciembre de 2018	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 13ª), número 472/2018, de 21 de diciembre de 2018 (Roj: SAP M 18427/2018 - ECLI:ES:APM:2018:18427)
SAP de Asturias de 8 de febrero de 2019	Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 7ª), número 56/2019, de 8 de febrero de 2019 (Numroj: SAP O 188/2019 - Ecli: ES:APO:2019:188);
SAP de Palencia de 22 de marzo de 2019	Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sec. 1ª), número 76/2019, de 22 de marzo de 2019 (Roj: SAP P 90/2019 - ECLI:ES:APP:2019:90)

SAP de Huesca de 30 de abril de 2019	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sec. 1ª), número 53/2019, de 30 de abril de 2019 (Roj: SAP HU 50/2019 - ECLI:ES:APHU:2019:50)
SAP de Murcia de 2 de julio de 2019	Sentencia de Audiencia Provincial de Murcia, (Sec. 5ª), número 167/2019, de 2 de julio de 2019 (Roj: SAP MU 1318/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:1318)
SAP de Zaragoza de 29 de abril de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec.2ª), número 96/2020, de 29 de abril de 2020 (Roj: SAP Z 888/2020 - ECLI:ES:APZ:2020:888)
SAP de Córdoba de 21 de julio de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sec. 1ª), número 782/2020, de 21 de julio de 2020 (Roj: SAP CO 845/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:845)
SAP de Granada de 31 de julio de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sec. 5ª), número 264/2020, de 31 de julio de 2020 (Roj: SAP GR 881/2020 - ECLI:ES:APGR:2020:881)
SAP de Almería de 29 de septiembre de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 1ª), número 668/2020, de 29 de septiembre de 2020 (Roj: SAP AL 1102/2020 - ECLI:ES:APAL:2020:1102)
SAP de Madrid de 5 de octubre de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 23ª), número 462/2020, de 5 de octubre de 2020 (Roj: SAP M 11379/2020 - ECLI:ES:APM:2020:11379)
SAP de Illes Balears de 20 de octubre de 2020	Sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears (Sec. 4ª), número 442/2020, de 20 de octubre de 2020 (Roj: SAP IB 2283/2020 -
SAP de Toledo de 20 de enero de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Secc.1ª), número 5/2021, de 20 de enero de 2021 (Roj: SAP TO 144/2021 - ECLI:ES:APTO:2021:144)
SAP de Jaén de 13 de mayo de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 1ª), número 543/2021, de 13 de mayo de 2021 (Roj: SAP J 739/2021 - ECLI:ES:APJ:2021:739)
SAP de Albacete de 18 de mayo de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sec. 1ª), número 358/2021, de 18 de mayo de 2021 (Roj: SAP AB 486/2021 - ECLI:ES:APAB:2021:486).

SAP de Madrid de 30 de junio de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 730/2021, de 30 de junio de 2021 (Roj: SAP M 7627/2021 - ECLI:ES:APM:2021:7627)
SAP de Bizkaia de 13 de julio de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sec. 4ª), número 1195/2021, de 13 de julio de 2021 (Roj: SAP BI 2281/2021 - ECLI:ES:APBI:2021:2281);
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de septiembre de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincia de Santa Cruz de Tenerife (Sec. 1ª), número 330/2021, de 9 de de septiembre de 2021 (Numroj: SAP TF 2330/2021, Ecli: ES:APTF:2021:2330)
SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 2ª), número 425/2021, de 24 de noviembre de 2021 (Roj: SAP Z 2332/2021 - ECLI:ES:APZ:2021:2332)
SAP de Sevilla de 30 de noviembre de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec. 3ª), número 413/2021, de 30 de noviembre de 2021 (Roj: SAP SE 2487/2021 - ECLI:ES:APSE:2021:2487)
SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 24ª), número 1043/2021, de 13 de diciembre de 2021 (Numroj: SAP M 14901:2021- Ecli: ES:APM:2021:14901);
SAP de Alicante de 16 de diciembre de 2021	Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 6ª), número 699/2019, de 16 de diciembre de 2021 (Roj: SAP A 3452/2021 - ECLI:ES:APA:2021:3452)
SAP de Palencia de 29 de abril de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sec. 1ª), número 200/2022, de 29 de abril de 2022 (Roj: SAP P 251/2022 - ECLI:ES:APP:2022:251)
SAP de La Coruña de 19 de mayo de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sec. 5ª), número 170/2022, de 19 de mayo de 2022 (Roj: SAP C 1579/2022 - ECLI:ES:APC:2022:1579)
SAP de Toledo de 6 de septiembre de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sec. 1ª), número 963/2022, de 6 de septiembre de 2022 (Roj: SAP TO 1460/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:1460)
AAP de Toledo de 20 de octubre de 2022	Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (Sec. 2ª), número 259/2022, de 20 de octubre de 2022 (Roj: AAP TO 409/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:409A)

SAP de Granada de 28 de octubre de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sec. 3ª), número 726/2022, de 28 de octubre de 2022 (Roj: SAP GR 1557/2022 - ECLI:ES:APGR:2022:1557)
SAP de Navarra de 21 de noviembre de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sec. 3ª), número 856/2022, de 21 de noviembre de 2022 (Roj: SAP NA 1449/2022 - ECLI:ES:APNA:2022:1449)
SAP de Córdoba de 5 de diciembre de 2022	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sec. 1ª), número 1057/2022, de 5 de diciembre de 2022 (Numroj: SAP CO 845/2022 - Ecli: ES:APCO:2022:845)
SAP de Santander de 6 de febrero de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sec. 2ª), número 67/2023, de 6 de febrero de 2023 (Numroj: SAP S 64:2023 - Ecli: ES:APS:2023:64)
SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 18ª), número 87/2023, de 8 de febrero de 2023 (Numroj: SAP B 1501:2023 - Ecli: ES:APB:2023:1501)
SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 3ª), número 118/2023, de 27 de febrero de 2023 (Roj: SAP PO 441/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:441)
SAP de Salamanca de 23 de marzo de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sec. 1ª), número 154/2023, de 23 de marzo de 2023 (Roj: SAP SA 144/2023 - ECLI:ES:APSA:2023:144)
SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de mayo de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), número 264/2023, de 15 de mayo de 2023 (ROJ: SAP GC 2000/2023; ECLI: ES:APGC:2023:2000)
SAP de Ciudad Real de 18 de septiembre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2ª), número 278/2023, de 18 de septiembre de 2023 (Numroj: SAP CR 903:2023 - Ecli: ES:APCR:2023:903)
SAP de La Coruña de 21 de septiembre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sec. 4ª), número 589/2023, de 21 de septiembre de 2023 (Roj: SAP C 2173/2023 - ECLI:ES:APC:2023:2173)
SAP de Madrid de 3 de octubre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 22ª), número 809/2023, de 3 de octubre de 2023 (Numroj: SAP M 15025/2023 - Ecli: ES:APM:2023:15025)

AAP de Almería de 11 de octubre de 2023	Auto de la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 3ª), número 748/2023, de 11 de octubre de 2023 (Roj: AAP AL 1767/2023 - ECLI:ES:APAL:2023:1767ª)
SAP de Alicante de 24 de octubre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 4ª), número 380/2023, de 24 de octubre de 2023 (Roj: SAP A 2023/2023 - ECLI:ES:APA:2023:2023)
SAP de La Coruña de 14 de noviembre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sec. 5ª), número 414/2023, de 14 de noviembre de 2023 (Numroj: SAP C 2923/2023 - Ecli: ES:APC:2023:2923)
SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2023	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 24ª), número 630/2023, de 23 de noviembre de 2023 (Numroj: SAP M 19767:2023 - Ecli: ES:APM:2023:19767)
SAP de Almería de 9 de enero de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 1ª), número 13/2024, de 9 de enero de 2024 (Numroj: SAP AL 99/2024 - Ecli: ES:APAL:2024:99)
SAP de Asturias de 29 de enero de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 6ª), número 53/2024, de 29 de enero de 2024 (Numroj: SAP O 614:2024 - Ecli: ES:APO:2024:614)
SAP de Málaga de 7 de febrero de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 6ª), número 200/2024, de 7 de febrero de 2024 (Numroj: SAP MA 477:2024 - Ecli: ES:APMA:2024:477)
SAP de Jaén de 21 de febrero de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sec. 1ª), número 232/2024, de 21 de febrero de 2024 (Numroj: SAP J 390/2024 - Ecli: ES:APJ:2024:390)
SAP de Santander de 25 de marzo de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sec. 2ª) , número 224/2024, de 25 de marzo de 2024 (Numroj: SAP S 206:2024 - Ecli: ES:APS:2024:206)
SAP de Cáceres de 17 de abril de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1ª), número 150/2024, de 17 de abril de 2024 (Numroj: SAP CC 279:2024 - Ecli: ES:APCC:2024:279)
SAP de Badajoz de 25 de abril de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sec. 2ª), número 338/2024, de 25 de abril de 2024 (Roj: SAP BA 579/2024 - ECLI:ES:APBA:2024:579)

SAP de Salamanca de 29 de abril de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sec. 1ª), número 211/2024, de 29 de abril de 2024 (Numroj: SAP SA 318:2024 - Ecli: ES:APSA:2024:318)
SAP de Barcelona de 17 de junio de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), número 355/2024, de 17 de junio de 2024 (ROJ: SAP B 7055/2024; ECLI: ES:APB:2024:7055)
SAP de Pontevedra de 18 de julio de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª), número 377/2024, de 18 de julio de 2024 (Numroj: SAP PO 2038/2024: Ecli: ES:APPO:2024:2038)
SAP de Barcelona de 30 de julio de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), número 429/2024, de 30 de julio de 2024 (ROJ: SAP B 9417/2024; ECLI: ES:APB:2024:9417)
SAP de Jaén de 5 de noviembre de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), número 1444/2024, de 5 de noviembre de 2024 (ROJ: SAP J 1641/2024 y ECLI:ES:APJ:2024:1641)
SAP de Bizkaia de 13 de noviembre de 2024	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sec. 4ª), número 552/2024, de 13 de noviembre de 2024 (Roj: SAP BI 1420/2024 - ECLI: ES:APBI:2024:1420)

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Cita en el texto	**Cita completa**
SJCA de Toledo de 17 de abril de 2018	Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo (Sección 3), número 107/2018, de 17 de abril de 2018 (Roj: SJCA 7676/2018 - ECLI:ES:JCA:2018:7676)
SJCA de Toledo de 24 de abril de 2018	Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo (Sección 1), número 99/2018, de 24 de abril de 2018 (Roj: SJCA 7019/2018 - ECLI:ES:JCA:2018:7019)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO/ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Cita en el texto	Cita completa
RDGRN de 17 de mayo de 2005	Resolución de 17 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2005
RDGRN de 7 de febrero de 2013	Resolución de 7 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2013
RDGSJYFP de 22 de noviembre de 2021	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 22 de noviembre de 2021, BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 2021

II.- TRIBUNALES SUPRANACIONALES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Cita en el texto	Cita completa
STJUE de 16 de mayo de 2000	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2000 (ECLI:EU:C:2000:251)

III.- TRIBUNALES EXTRANJEROS

III.1.- EUROPA

BÉLGICA

Cita en el texto	Cita completa
Sentencia del Tribunal de Apelación de Mons de 17 de noviembre de 1993	Cour d'appel de Mons. Jugement/arrêt du 17 novembre 1993 (ECLI:BE:CAMON:1993:ARR.19931117.2)

Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 22 de abril de 2008	Cour d'appel de Bruxelles. Jugement/arrêt du 22 avril 2008 (ECLI:BE:CABRL:2008:ARR.20080422.18)
Sentencia del Tribunal de Casación de 4 de mayo de 2020	Cour de cassation. Jugement/arrêt du 04 mai 2020 (ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200504.3F.3)

FRANCIA

Cita en el texto	Cita completa
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 17 de noviembre de 2010	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 novembre 2010, 09-68.292
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 16 de junio de 2011	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 juin 2011, 10-21.438
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1), de 14 de marzo de 2012	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 mars 2012, 11-13.954
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1), de 8 de junio de 2016	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 juin 2016, 15-18.082
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1), 4 de enero de 2017	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 4 janvier 2017, 14-19.978
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 12 de febrero de 2020	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 février 2020, 19-10.155
Sentencia de la Corte de Casación Civil (Sala Civil 1) de 18 de noviembre de 2020	Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 novembre 2020, 19-20.615

PORTUGAL

Cita en el texto	Cita completa
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de marzo de 2011	Decisão do Supremo Tribunal de Justiça, nº de processo: 261-C/2001.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2011:261.C.2001.L1.S1.3F)

REINO UNIDO

Cita en el texto	Cita completa

Sentencia del Tribunal escocés de Sesiones de 27 de mayo de 2003	Outer House, Court of Session F71/01. Disponible en: *https://webarchive.nrscotland.gov.uk/20240713020340/https://scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=4a3a87a6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7* (Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025)
Sentencia del Tribunal escocés de Sesiones de 27 de junio de 2008	Outer House, Court of Session [2008] CSOH 95, F179/07. Disponible en: *https://webarchive.nrscotland.gov.uk/20240713020955/https://scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=edc78aa6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7* (Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025)

III.2.- AMÉRICA DEL NORTE

WASHINGTON

Cita en el texto	Cita completa
Sentencia de la Corte de Apelaciones de Washington de 27 de abril de 1992	Sentencia de la Corte de Apelaciones de Washington, Sección Primera, de 27 de abril de 1992. 65 Wash. App. 334, 828 P.2d 627 (Div. I, 1992)

III.3.- AMÉRICA DEL SUR

BOLIVIA

Cita en el texto	Cita completa
Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2015	Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala 1ª Especializada, número 1000/2015-S1, de 26 de octubre de 2015

COLOMBIA

Cita en el texto	Cita completa

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de septiembre de 2021	Sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 14 de septiembre de 2021. Disponible en: *https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/09/SC4027-2021-2.pdf* (Fecha de consulta: 9 de mayo de 2025)

COSTA RICA

Cita en el texto	**Cita completa**
Sentencia del Tribunal de Familia de 11 de mayo de 2005	Sentencia del Tribunal de Familia de San José de 11 de mayo de 2005 (Res: 368-05)
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 2012	Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 2012 (Res: 2012-000274)
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de septiembre de 2020	Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de 11 de septiembre de 2020 (Res: 2020-001686)
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de enero de 2020	Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de 30 de enero de 2020 (Res: 2020-000174)

LEGISLACIÓN

Este índice recoge la relación de normas nacionales, supranacionales y extranjeras, tanto vigentes como derogadas, que se citan en la investigación. La legislación que se incluye en el mismo está ordenada en cada grupo por el orden cronológico de cada disposición:

I.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Fuero Juzgo

Fuero Real

Leyes del Estilo

Real Cédula de 12 de julio de 1564

Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla

Novísima Recopilación de las Leyes de España

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

Ley Provisional de Matrimonio Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 172, de 1 de junio de 1870

Decreto 9 de febrero de 1875, de reforma de la Ley Provisional del Matrimonio Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 41, de 10 de febrero de 1875

Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil. «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «Gaceta de Madrid» núm. 289, de 16 de octubre de 1885

Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo á las condiciones y bases que se establecen en esta ley. «Gaceta de Madrid» núm. 143, de 22 de mayo de 1888

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889

Real decreto de 7 de diciembre de 1925 aprobando el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón que se inserta. «Gaceta de Madrid» núm. 349, de 15 de diciembre de 1925

Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932. «Gaceta de Madrid» núm. 72, de 12 de marzo de 1932

Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. «BOE» núm. 55, de 24 de febrero de 1944

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. «BOE» núm. 189, de 07 de julio de 1944

Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil. «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958

Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer. «BOE» núm. 175, de 24 de julio de 1961

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. «Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29 de mayo de 1862

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. «BOE» núm. 58, de 27 de febrero de 1946

Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1963

Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos. «BOE» núm. 141, de 12 de junio de 1964

Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1966

Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón. «BOE» núm. 86, de 11 de abril de 1967

Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción. «BOE» núm. 161, de 7 de julio de 1970

Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 1974

Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 173, de 20 de julio de 1974

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. «BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975

Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. «BOE» núm. 128, de 30 de mayo de 1978

Constitución española de 27 de diciembre de 1978. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979. «BOE» núm. 300, de 15 de diciembre de 1979

Real Decreto-ley 22/1979, de 29 de diciembre, por el que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial. «BOE» núm. 5, de 5 de enero de 1980

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la 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. «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981

Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, sobre Registro Civil de la Familia Real. «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 1981

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1982

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 1982

Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 4, de 4 de enero de 1985

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. «BOE» núm. 147, de 20/06/1985

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985

Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1985

Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. «BOE» núm. 140, de 12 de junio de 1986

Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 1987

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 1987

Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. «BOE» núm. 92, de 18 de abril de 1989

Resolución de 23 de junio de 1989, de la Secretaría General de la Seguridad Social, sobre no exigencia del requisito de convivencia matrimonial para causar derecho a la pensión de viudedad en los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social en los supuestos de separación de hecho. «BOE» núm. 156, de 1 de julio de 1989

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. «BOIB» núm. 120, de 02 de octubre de 1990

Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. «BOE» núm. 250, de 18 de octubre de 1990

Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990

Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 1990

Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. «BOE» núm. 136, de 7 de junio de 1991

Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias. «BOE» núm. 137, de 8 de junio de 1991

Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. «BOE» núm. 156, de 30 de junio de 1992

Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo. «BOE» núm. 184, de 1 de agosto de 1992

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. «BOE» núm. 312, de 29/12/1992

Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1993

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. «BOE» núm. 282, de 25 de noviembre de 1994

Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado. «BOE» núm. 85, de 10 de abril de 1995

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. «BOE» núm. 47, de 23 de febrero de 1996

Norma Foral 35/1998, de 16 de diciembre de 1998, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas. « BOTHA» de 21 de diciembre de 1998

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2001

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. «BOE» núm. 174, de 21 de julio de 2001

Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco. «BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 2002

Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, de País Vasco. «BOPV» núm. 248, de 30 de diciembre de 2002. «BOE» núm. 291, de 3 de diciembre de 2011

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. «BOE» núm. 307, de 24 de diciembre de 2002

Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. «BOE» núm. 87, de 11 de abril de 2003

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2003

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. «BOE» núm. 183, de 1 de agosto de 2003

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. «BOE» núm. 276, de 18 de noviembre de 2003

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. «BOE» núm. 59, de 9 de marzo de 2004

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. «BOE» núm. 62, de 12 de marzo de 2004

Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. «BOE» núm. 188, de 5 de agosto de 2004

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. «BOE» núm. 267, de 5 de noviembre de 2004

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 6, de 7 de enero de 2005

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005

Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, de las Illes Balears. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 2006

Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. «BOE» núm. 105, de 3 de mayo de 2006

Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. «DOGC» núm. 4640, de 24 de mayo de 2006, «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 2006.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. «DOG» núm. 124, de 29 de junio de 2006, «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 2006

Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. «BOE» núm. 176, de 25 de julio de 2006

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. «BOE» núm. 285, de 29 de noviembre de 2006

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. «BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2007

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. «BOCM» núm. 54, de 5 de marzo de 2007, «BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2007

Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. «BOE» núm. 72, de 24 de marzo de 2007

Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. «DOGV» núm. 5475, de 22 de marzo de 2007, «BOE» núm. 95, de 20 de abril de 2007

Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. «BOPA» núm. 81, de 9 de abril de 2007, «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2007

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. «BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2007

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar. «BOE» núm. 212, de 3 de septiembre de 2011

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. «BOJA» núm. 50, de 13 de marzo de 2009, «BOE» núm. 80, de 02 de abril de 2009

Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. «DOGC» núm. 5432, de 30 de julio de 2009, «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009

Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. «BOE» núm. 305, de 19 de diciembre de 2009

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. «BOE» núm. 309, de 24 de diciembre de 2009

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. «BOE» núm. 103, de 29 de abril de 2010

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21 de agosto de 2010

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears. «BOE» núm. 16, de 19 de enero de 2011

Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. «BOE» núm. 99, de 26 de abril de 2011

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. «BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón. «BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 2011

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011

Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. «BOJA» núm. 46, de 7 de marzo de 2012

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012

Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. «DOGC» núm. 6240, de 25 de Octubre de 2012

Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias. Comunitat Valenciana. «DOGV» núm. 7079, de 31 de julio de 2013, «BOE» núm. 222, de 16 de septiembre de 2013

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013

Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. «BOE» núm. 74, de 26 de marzo de 2014

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014

Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. «DOGV» núm. 7434, de 31/12/2014, «BOE» núm. 35, de 10/02/2015

Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 2015

Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. «BOE» núm. 158, de 03 de julio de 2015

Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» núm. 165, de 11 de julio de 2015.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 174, de 22 de julio de 2015

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 2015

Instrucción AB-1/2016, de 11 de noviembre de 2016, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, sobre afiliación y gestión del colectivo del régimen del mutualismo administrativo

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. «BOE» núm. 272, de 09 de noviembre de 2017

Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida. «BOE» núm. 183, de 30 de julio de 2018

Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana. «BOE» núm. 23, de 26 de enero de 2019

Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. «BOE» núm. 137, de 8 de junio de 2019

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. «BOE» núm. 127, de 07/05/2020

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. «BOE» núm. 132, de 03 de junio de 2021

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. «BOE» núm. 154, de 29 de junio de 2023

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 2025

II.- LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977

Resolución núm. 37/1978, de 27 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre Igualdad de los esposos en el Derecho Civil

Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. «DOUE» núm. 229, de 29 de junio de 2004

Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. «DOUE» núm. 399, de 30 de diciembre de 2006

Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. «DOUE» núm. 199, de 31 de julio de 2007

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. «DOUE» núm. 136, de 24 de mayo de 2008

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014

III.- LEGISLACIÓN EXTRANJERA

III.1.- EUROPA

ALEMANIA

Bürgerliches Gesetzbuch

BÉLGICA

Code Civil

Code Judiciere

BULGARIA

Semeen kodeks

DINAMARCA

Lov om ægtefællers økonomiske forhold

FEDERACIÓN RUSA

Semeiny kodeks Rossiyskoy Federatsii

FRANCIA

Code Civil

HUNGRÍA

Családjogi törvény

ITALIA

Codice Civile

Legge 6 maggio 2015, n. 55, Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonchè di comunione tra i coniugi

LITUANIA

Civilinis kodeksas

LUXEMBURGO

Code Civil

Loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification: (…) du Code civil (…)

NORUEGA

Ekteskapsloven

POLONIA

Kodeks rodzinny i opiekuńczy

PORTUGAL

Código Civil

REINO UNIDO

Family Law Scotland Act

Matrimonial Causes Act

RUMANÍA

Codul Civil

Lege nr. 140 din 17 mai 2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative

SUIZA

Zivilgesetzbuch

TURQUÍA

Türk Medeni Kanunu

ACUERDO FRANCO-ALEMÁN

Décret n° 2013-488 du 10 juin 2013 portant publication de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, signé à Paris le 4 février 2010 (1).

III.2.- AMÉRICA DEL NORTE

ARIZONA

Arizona Revised Statutes

CALIFORNIA

California Family Code

Act to amend Sections 771, 910, 914, and 4338 of, and to add Section 70 to, the Family Code, relating to family law (Senate Bill No. 1255. Chapter 114)

LUISIANA

Louisiana Civil Code

ONTARIO

Family Law Act

QUEBEC

Civil Code of Québec o Code civil du Québec

WASHINGTON

Revised Code of Washington

III.3.- AMÉRICA DEL SUR

ARGENTINA

Código Civil

Ley número 26994, de 1 de octubre de 2014

BOLIVIA

Código de las Familias y del Proceso Familiar

COLOMBIA

Código Civil

COSTA RICA

Código de Familia

ECUADOR

Código Civil

PERÚ

Código Civil

URUGUAY

Código Civil

III.4.- OCEANÍA

AUSTRALIA

Family Law Act

NUEVA ZELANDA

Property –Relationships- Act

SANCHEZ AGUIRRE CARLOS - 50852501F
Firmado digitalmente por SANCHEZ AGUIRRE CARLOS - 50852501F
Fecha: 2025.06.18 22:22:59 +02'00'