

LA TITULARIDAD DE LOS BIENES Y DERECHOS ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL RÉGIMEN DE GANANCIALES

M^a CARMEN CRESPO MORA^{*/**}

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE APUNTE HISTÓRICO.- III. CONVENIOS PRIVADOS DE SEPARACIÓN DE HECHO.- IV. RÉGIMEN DE TITULARIDAD DE LOS BIENES Y DERECHOS ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO: 1. Planteamiento del problema. 2. Opiniones doctrinales. 3. Jurisprudencia sobre el tema.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque en virtud del artículo 68 Cc «los cónyuges están obligados a vivir juntos», la realidad acredita que son numerosos los matrimonios que viven separados sin haber legalizado previamente su situación.

Pese a la existencia de esta realidad social, el Código civil ignoró totalmente esta separación durante mucho tiempo¹. De hecho, hasta 1981 nuestro Código contemplaba únicamente dos situaciones: el matrimonio –en el que concurría la comunidad de vida propia de esta institución– o la separación legal –en la que los órganos judiciales eran los que decretaban la ruptura de la convivencia–. Ahora bien, debido al progresivo aumento de separaciones de hecho, éstas comenzaron a ser reconocidas paulatinamente por leyes diversas. En el ámbito civil, la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre situación ju-

*. Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

** Este trabajo es el resultado de una Ayuda a la Investigación concedida en 2003 por la Fundación Banco Herrero.

¹ En cambio, la Ley de Matrimonio Civil prohibió tal situación en el artículo 84: «Los cónyuges no podrán divorciarse ni aún separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial».

rídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, supuso un alivio innegable para los separados de hecho casados bajo el régimen de gananciales, que ya podían adoptar un régimen económico más acorde con la crisis matrimonial, a través de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio. El proceso de reconocimiento de esta situación culminó con la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que otorga expresamente unos determinados efectos jurídicos a la separación de hecho.

Actualmente, el reconocimiento legal de esta situación fáctica puede deducirse de las numerosas menciones que, tras las reformas de 1981, se hace de ella en el Código civil. De esta forma, en la regulación de la crisis matrimonial, el Código estima que la separación de hecho constituye un itinerario válido para la consecución del divorcio. Por otra parte, cuando media entre los cónyuges separación de hecho libremente consentida, no puede invocarse la infidelidad conyugal como causa de separación judicial (artículo 82.1^a Cc)². Finalmente, el artículo 116 Cc suspende la presunción de paternidad si media separación de hecho, se realice ésta o no de mutuo acuerdo.

La separación de hecho desencadena también importantes consecuencias en el campo sucesorio. Así, el cónyuge que, al morir su consorte, estuviera separado por mutuo acuerdo que conste fehacientemente no tiene derecho a heredarle cuando fallezca sin testamento (artículo 945 Cc). En cambio, resulta mucho más dudosa la cuestión de si, en este caso, el cónyuge supérstite pierde su derecho a la legítima (artículo 834 Cc)³.

² Si la separación de hecho hubiera sido impuesta por un cónyuge al otro, el cónyuge que impone la separación seguiría sometido al deber de fidelidad que, por el contrario, cesaría respecto al cónyuge abandonado (*ex* artículo 82.1^a, párr. 2^o Cc).

³ La doctrina comenzó a cuestionar la conservación de la legítima del cónyuge supérstite separado de hecho, tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que introdujo el artículo 945 Cc (relativo a la sucesión *abintestato* del cónyuge viudo), según el cual, los cónyuges dejan de sucederse *abintestato* si se han separado de mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Esta previsión produjo ciertos problemas de coordinación con el artículo 834 Cc. La cuestión se plantea en los términos siguientes: ¿puede utilizarse el artículo 945 Cc para corregir la interpretación del artículo 834 Cc, o ha de preferirse la interpretación tradicional de este último precepto? Si elegimos la primera opción, tanto la separación judicial como la separación de hecho mutuamente consentida que conste fehacientemente, dejan sin legítima al cónyuge viudo; si defendemos la interpretación tradicional, sólo la separación judicial resultaría válida para la privación de la legítima. Aunque antes de 1981 toda la doctrina defendía que el cónyuge separado de hecho conservaba sus derechos legítimos,

Junto a las anteriores consecuencias civiles, la separación de hecho también provoca importantes efectos sobre el régimen económico matrimonial en general, y sobre el régimen legal de gananciales en particular. En este ámbito los problemas se plantean porque, durante la separación de hecho, los cónyuges mantienen vidas económicamente separadas: cada uno obtiene ingresos sin contar con la colaboración del otro, o adquiere bienes sin que el otro consoorte contribuya en su adquisición. Sin embargo, la separación de hecho prolongada no aparece contemplada entre las causas de extinción automática del consorcio conyugal enumeradas en el artículo 1392 Cc.

Ahora bien, hemos de admitir que no es usual que en esta clase de crisis matrimoniales se mantenga el régimen de gananciales que, en definitiva, es un régimen de comunidad. Lo normal es que los cónyuges otorguen capitulaciones sustituyendo el régimen de gananciales por otro régimen económico que encaje mejor en la situación de crisis matrimonial que están atravesando: esto es, el régimen de separación de bienes⁴. Así pues, la libertad de capitular constante el matrimonio, que introdujo la Ley de 2 de mayo de 1975, ha convertido a las capitulaciones en la panacea de los problemas que suscitan las separaciones de hecho. Desafortunadamente, no puede acudir a las capitulaciones matrimoniales en el supuesto de que la separación haya sido impuesta unilateralmente por uno de los cónyuges, lo que no significa que el cónyuge abandonado no cuente con ningún remedio jurídico en estos casos. De hecho, el artículo 1393.3º Cc permite a los cónyuges solicitar al juez la disolución de la sociedad de gananciales cuando lleven separados más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

tras las reformas operadas en aquella fecha ha desaparecido la unanimidad doctrinal. Para un estudio exhaustivo de la cuestión véase, entre otros, DEL VALLE ITURRIAGA («Comentario a la STS de 7 de marzo de 1980: sucesión *abintestato* de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda», *ADC*, 1981-I, pp. 189 y ss.), CÁRCABA FERNÁNDEZ («Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo», *La ley*, 1986-1, pp. 1177 y ss.), SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *Actualidad civil*, 1992-I, pp. 183 y ss.) y CÁRCABA FERNÁNDEZ (*Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Madrid 1993). En cualquier caso, si tenemos en cuenta las actuales tendencias legislativas sobre la materia (v. gr., Anteproyecto de ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio), parece que la mera separación de hecho puede llegar a provocar la pérdida de la legítima del cónyuge viudo, pero para consolidar este resultado habrá que esperar a la correspondiente tramitación parlamentaria.

⁴ De hecho, reconoce ALBALADEJO, (*Curso de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, Barcelona 1982, p. 140) que la revitalización de las capitulaciones postnupciales se debe a que están siendo usadas como medio de separar sus bienes e intereses los casados mal avenidos que no pueden o no desean romper legalmente su unión, divorciándose.

Pero puede ocurrir que, pese a la existencia de la separación de hecho, los cónyuges no otorguen capitulaciones matrimoniales ni soliciten la disolución judicial del régimen de gananciales. Por otra parte, hay que tener en cuenta que para que pueda solicitarse la disolución judicial prevista en el artículo 1393.3º Cc, la situación de separación de hecho debe haberse prolongado más de un año y, en tal caso, «los efectos de la disolución [...] se producirán desde la fecha en que se acuerde» (artículo 1394 Cc)⁵, por lo que, al menos durante ese periodo, existirá una situación de vigencia formal de la sociedad de gananciales pese a las vidas económicamente separadas de los esposos. Así pues, la posibilidad de mantener la sociedad de gananciales en estas circunstancias, aunque remota, no puede descartarse.

Quizá por ello nuestro Código civil regula el funcionamiento de la sociedad de gananciales en estas situaciones. Lo hace a través de dos preceptos: el artículo 1368 Cc (regla de responsabilidad)⁶ y el artículo 1388 Cc (re-

⁵. Debido al carácter equívoco de la expresión utilizada por el artículo 1394 Cc, la doctrina ha tratado de determinar el momento a partir del cual debe entenderse extinguida la sociedad de gananciales en estos casos. En primer lugar, podría entenderse que queda extinguida la sociedad de gananciales desde que gana firmeza la resolución judicial (entre otros, DÍEZ-PICAZO [«Comentario al artículo 1394 Cc», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos 1984, p. 1786] y RUEDA PÉREZ [«Comentario al artículo 1393 Cc», *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 762]); otra posibilidad, es que se haga coincidir el momento de la extinción de la sociedad de gananciales con el día de la presentación de la demanda; por último, cabría entender que los efectos de la disolución se producen desde la fecha en que la resolución judicial acuerde que se produzcan, que puede ser la de la resolución u otra anterior como, por ejemplo, la fecha de la separación de mutuo acuerdo o del abandono (tesis defendida por CUTILLA TORNS [«Reflexiones sobre el número 3º del artículo 1393 Cc», *La Ley*, 1991-4, pp. 1217-1218]). Aunque esta última opción evitaría muchos de los problemas que en la actualidad suscita la separación de hecho, la primera de las tesis propuestas parece ser la que más se ajusta al texto legal. De ahí que la SAP Asturias de 29 de abril de 2002 [JUR 2002, 185452] reconozca que «salvo en el caso de que medie una separación de hecho prolongada, la disolución de la sociedad conyugal con arreglo a lo prevenido en los artículos 1392 y 95 Cc, se produce en el momento en que recae sentencia firme de separación sin que puedan retrotraerse sus efectos al momento de la crisis matrimonial» [la cursiva es mía].

⁶. El citado precepto establece una regla de responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones asumidas en ejercicio de la potestad doméstica durante la separación de hecho (en relación con las necesidades de los hijos). Por ello, la doctrina se ha cuestionado cuál es la relación entre el artículo citado y los artículos 1319 y 1365.1º Cc. Mientras que algunos autores consideran que en el caso de la separación de hecho la potestad doméstica se amplía automáticamente porque, a diferencia de aquellos preceptos, el artículo 1368 Cc no distingue entre necesidades ordinarias y extraordinarias y entre si son o no urgentes (entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS [«Comentario al artículo 1368 Cc», *Comentario del Código*

gla de administración y disposición). No obstante, hay un aspecto que el legislador pasó por alto y que tiene una evidente trascendencia práctica: las adquisiciones de bienes realizadas unilateralmente por los cónyuges separados de hecho con fondos que no sean claramente privativos. De *lege lata*, resulta incuestionable la subsistencia de la sociedad de gananciales en estos casos por lo que, *stricto sensu*, los bienes adquiridos durante este periodo por cada uno de los cónyuges unilateralmente deberían considerarse gananciales. Sin embargo, resulta sorprendente que un cónyuge que lleva separado de su consorte un periodo muy prolongado de tiempo pueda solicitar, al amparo de la subsistencia formal de la sociedad de gananciales, la mitad de los bienes que el otro ha adquirido con su propio esfuerzo y sin contar con su colaboración⁷.

Pese a la evidente relevancia del problema planteado, éste no fue abordado por el legislador de 1981, actitud que ha recibido la crítica de parte de la doctrina, que califica tal omisión como una «laguna imperdonable»⁸, habida cuenta que esta cuestión había sido ya analizada no sólo por la doctrina, sino también por la Dirección General de Registros y del Notariado⁹. En mi opi-

civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 701] y DE LOS MOZOS/HERRERO GARCÍA [*Matrimonio y divorcio. Comentario al Título IV del libro 1º del Cc*, coordinado por Lacruz Berdejo, 2ª ed., Madrid 1994, p. 1257]), otros consideran que el artículo 1368 Cc únicamente pretende reafirmar las reglas de responsabilidad previstas en los citados preceptos (TORRALBA SORIANO [«Comentario al artículo 1368 Cc», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1984, p. 1711] y CABANILLAS SÁNCHEZ [«La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial», *Anales de la Universidad de Alicante (Facultad de Derecho)*, 1984-1985, p. 18]).

⁷ TAULET RODRÍGUEZ LUESO («La separación de hecho y la situación de la mujer», *RGLJ*, 1980-I, p. 113) plantea con claridad el problema en los términos siguientes: «Como todo lo que se adquiere durante el matrimonio es ganancial, si de modo fehaciente no se demuestra lo contrario, 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 años y que generalmente vive con otra mujer, la que también se beneficia de este absurdo».

⁸ RUEDA PÉREZ («Efectos patrimoniales de la separación matrimonial de hecho», *RDN*, 1984, p. 295).

⁹ Concretamente, en la Resolución de 4 de mayo de 1978, que ha sido objeto de un análisis exhaustivo por parte de AMORÓS GUARDIOLA (*vid.* «Comentario de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1978 (BOE de 17 de junio)», *RCDI*, 1980-I, pp. 658-670). De igual forma, el régimen de titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho fue abordado por las SSTS de 19 de diciembre de 1932 [Rep. 1368], 31 de marzo de 1964 [Rep. 1767] y 7 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1558].

nión, se trató más bien de un olvido consciente¹⁰, porque el legislador probablemente partió de que los remedios jurídicos que incorporaba en el Código civil eran suficientes para resolver los problemas que pudieran derivarse de esta situación. Sin embargo, posteriormente, la práctica se ha encargado de demostrar la falta de previsión del legislador en este punto, puesto que no es infrecuente que los separados de hecho no lleguen a un acuerdo sobre el inventario de los bienes de la sociedad que se ha de liquidar como consecuencia de la posterior sentencia de separación o divorcio, o tras el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Partiendo de estos precedentes, en el presente estudio trataré de determinar el nivel de eficacia jurídica de la separación de hecho y, más concretamente, cómo repercute esta situación en el régimen económico de gananciales y su subsistencia. Como dice RUEDA PÉREZ «los bienes así adquiridos, ¿qué titularidad tienen? ¿Qué calificación ganancial o privativa merecen? ¿Siguen jugando en este caso la presunción de ganancialidad? ¿Qué trascendencia se puede conceder a la separación de hecho sobre todo si es prolongada?»¹¹.

Por un lado, parece incuestionable que no se debe otorgar a la separación de hecho los mismos efectos jurídicos que se desprenden de la separación judicial. Pero, por otro, resulta igualmente innegable que nuestro Ordenamiento toma en cuenta esta situación y le atribuye ciertas consecuencias jurídicas. En cualquier caso, la separación de hecho aglutina bajo su ámbito una serie de situaciones tan diferentes, que no parece que se deba dar una misma respuesta a los diversos intereses que pueden estar presentes en cada caso concreto. Por consiguiente, la solución de los interrogantes que se plantean dependerá de diferentes variables: si la separación se ha producido por mutuo acuerdo o por imposición de uno de los cónyuges; si la separación de hecho es transitoria o, por el contrario, se ha prolongado durante varios años; y, sobre todo, si existe o no pacto que regule algunos de los efectos de esta crisis matrimonial.

¹⁰. De hecho, afirma VALLADARES RASCÓN (*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Cívitas, 2^a ed., Madrid 1982, p. 325) que en el transcurso de la tramitación parlamentaria de la reforma el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática presentó la enmienda número 32, en la que se pretendía que se regulase de forma expresa la separación de hecho. Dicha enmienda resultó finalmente rechazada. Por otra parte, no podemos olvidar que el Código civil contempla expresamente ciertos aspectos del funcionamiento de la sociedad de gananciales en esta situación excepcional (*vid.* artículos 1368, 1388 y 1393.3^o Cc), de lo que puede deducirse que la falta de regulación de este otro aspecto constituye una laguna deliberada.

¹¹. «Efectos...», *art. cit.* (nota 8), p. 295.

II. BREVE APUNTE HISTÓRICO

Ya hemos indicado la gran repercusión que tuvo la promulgación de ciertas leyes (concretamente, la Ley de 2 de mayo de 1975, la Ley de 13 de mayo de 1981 y la Ley de 7 de julio de 1981) sobre la regulación de la separación de hecho. Pero, para comprender el verdadero alcance de estas reformas, resulta imprescindible explicar cuál era el panorama legal que existía y que cambió sustancialmente tras la promulgación de las mismas. El conocimiento del contexto histórico anterior a las reformas resulta imprescindible para comprender ciertas decisiones del Tribunal Supremo sobre el tema en estudio¹².

El grave problema que se planteaba antes de 1975 residía en que las desavenencias matrimoniales no tenían más salida que la separación judicial, debido, en primer lugar, a la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. En efecto, antes de aquella fecha el artículo 1315 Cc sólo autorizaba que las capitulaciones matrimoniales se celebraran antes de contraer matrimonio y el artículo 1319 Cc señalaba, igualmente, que la alteración de las mismas sólo cabía antes de celebrarlo, estando prohibido hacerlo con posterioridad (antiguo artículo 1320 Cc). Además, la separación de hecho no era contemplada por el Código civil como causa de extinción de la sociedad de gananciales, que sólo podía concluir al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo (artículo 1417 Cc).

Ahora bien, al no admitirse el divorcio vincular, a los cónyuges no les compensaba solicitar la intervención judicial, por lo que no era infrecuente que los matrimonios con problemas de convivencia recurrieran a la separación de hecho, para evitar los gastos y molestias vinculados a un proceso que no iba a tener como contrapartida una solución liberadora y definitiva¹³.

Tampoco hay que olvidar que antes de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 (que confiere la administración de la sociedad de gananciales a am-

¹² V. gr., SSTS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549] y 17 de junio de 1988 [RJ 1988, 5113].

¹³ OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce», *RGLJ*, julio-agosto 1972, pp. 83-84). Ahora bien, pese a que, en la actualidad, el divorcio provoca la desaparición del vínculo, en numerosas crisis de pareja los esposos evitan recurrir a los tribunales instando la correspondiente demanda de separación judicial, debido a la complejidad y, sobre todo, tardanza de este tipo de procesos judiciales. Probablemente este recelo desaparezca si finalmente resulta aprobado el Anteproyecto de ley del divorcio. En definitiva, como reconoce PÉREZ VALLEJO («Validez y eficacia jurídica de los pactos privados tras la separación matrimonial de hecho (A propósito de la SAP Almería de 3 de febrero de 1999)», *Revista jurídica de Andalucía*, 1999, p. 1169), «la separación conyugal por simple acuerdo sigue siendo un fenómeno social cierto e importante».

bos cónyuges) el administrador único y exclusivo de la sociedad era el marido (antiguos artículos 1412 y 1413 Cc), por lo que, cuando se producían circunstancias anómalas como la separación de hecho matrimonial, existía una notable diferencia entre la situación del marido y de la mujer, en detrimento de esta última¹⁴. Ello era debido a que el matrimonio restringía la capacidad de obrar de la mujer (antiguos artículos 60 y 61 Cc). Así, mientras que el antiguo artículo 1413 Cc permitía al marido enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales (salvo para poder realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, para lo que necesitaba el consentimiento de la mujer o, en su defecto, una autorización judicial), el artículo 1416 Cc señalaba la necesidad de que la mujer contara con el consentimiento del marido, como único medio para obligar a tales bienes (regla general que sólo encontraba la excepción de las obligaciones contraídas para sufragar gastos domésticos). De esta forma, la situación de la mujer podía llegar a ser verdaderamente grave cuando el marido abandonaba el domicilio conyugal sin que la mujer reaccionara judicialmente contra él y, además, los hijos del matrimonio quedaban a cargo de ella. En tales circunstancias, aunque la subsistencia del poder doméstico le permitía desenvolverse para atender las necesidades de sus hijos y del hogar familiar, la mujer carecía de facultades para administrar, obligar y enajenar los bienes gananciales que, normalmente, constituían el único recurso económico con el que contaba el matrimonio (v. gr., cuando tuviera que hacerse una reparación inaplazable en un bien ganancial, decidir una intervención quirúrgica de elevado coste para atender a la salud de los hijos, o comprar el piso en que estuviera instalado el hogar familiar, ejercitando el derecho de tanteo). En estos casos, la aplicación estricta del antiguo artículo 1416 Cc podía provocar resultados indeseables, ya que, sin el consentimiento del marido, la mujer no podía comprometer válida y eficazmente a la sociedad de gananciales¹⁵.

¹⁴. Ponen de relieve la situación de indefensión en la que se encontraba la mujer separada de hecho con anterioridad a 1981, entre otros, LETE DEL RÍO/ ÁLVAREZ CAPERO-CHIPI («La mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común», *RDP*, marzo 1977, pp. 170-172), HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, 1982, p. 139), CABANILLAS SÁNCHEZ («La separación de hecho...», *art. cit.* (nota 6), p. 17) y RUEDA PÉREZ («Efectos...», *art. cit.* (nota 8), p. 262).

¹⁵. Según OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...», *art. cit.* (nota 13), pp. 146-147), cuando el marido abandona a la mujer, dejando en sus manos la dirección del hogar conyugal, el cuidado y educación de los hijos e, incluso, el patrimonio común, delega tácitamente en ésta todas las facultades que le corresponden como jefe de familia. Por su parte, CÁMARA ÁLVAREZ («La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *ADC*, Tomo XIX, Fascículo primero, 1969, pp. 159-164) propone el remedio de la *negotiorum gestio* (artículo 1893 Cc) para corregir los resultados a los que conduciría la aplicación estricta del artículo 1416 Cc; esto es, los actos de la mujer obligarán a la sociedad de gananciales cuando mediante su gestión se haya evitado al patrimonio común un perjuicio inminente y manifiesto.

En definitiva, con anterioridad a las reformas que experimenta el Derecho de familia a partir de 1975, si los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales decidían separarse de hecho, ni podían disolver la sociedad de gananciales, ni podían adoptar un régimen económico diferente a través de capitulaciones matrimoniales, con el agravante de que tal situación podía resultar claramente desventajosa para la mujer. Ante esta situación, la promulgación de las citadas leyes no sólo conllevó el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a la separación de hecho, sino que mejoró ostensiblemente la situación de la mujer, tratando de adaptarla al texto constitucional de 1978¹⁶. Así pues, en esta materia «el reconocimiento legal de la separación de hecho ha venido de la mano de la equiparación de la mujer, cuya capacidad limitada se presentaba con caracteres de gravedad y urgencia, precisamente en los casos de separación de hecho»¹⁷.

III. LOS CONVENIOS PRIVADOS DE SEPARACIÓN DE HECHO

Como he señalado anteriormente, nuestro Ordenamiento jurídico ofrece a los consortes separados de hecho varios mecanismos jurídico-privados para solucionar los problemas que surjan en el ámbito de las relaciones patrimoniales (los más importantes que se plantean a los esposos separados de hecho, y los que, generalmente, provocan más fricciones entre ellos).

En primer lugar, si la ausencia de convivencia se prolonga durante más de un año, podrá solicitarse la disolución judicial del consorcio conyugal (artículo 1393.3º Cc)¹⁸; en segundo lugar, con independencia de la duración de la separación, los cónyuges separados de hecho podrán otorgar capitulaciones matrimoniales y adoptar un nuevo régimen, lo que, en última instancia, conllevará la diso-

¹⁶. Por ello, adquiere verdadera importancia, en cuanto al régimen legal de las mujeres, la reforma de 2 de mayo de 1975, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges.

¹⁷. RUEDA PÉREZ («Efectos patrimoniales...»), *art. cit.* (nota 8), p. 262).

¹⁸. Uno de los interrogantes que la doctrina ha formulado en relación a este artículo es el relativo a la legitimación para pedir la disolución. En el caso de separación de mutuo acuerdo, se concede a ambos cónyuges la posibilidad de solicitar la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales. Por el contrario, en los supuestos de abandono de hogar, la doctrina mayoritaria se inclina por atribuir la legitimación solamente al cónyuge abandonado. Discrepa de la opinión mayoritaria CUTILLA TORNS («Reflexiones...»), *art. cit.* (nota 5), p. 1216). Según este autor, si se ponen en relación los artículos 1393 y 82.5º Cc, puede sostenerse que el cónyuge causante del abandono también tiene legitimación para solicitar la disolución de la comunidad.

lución de pleno derecho de la sociedad de gananciales (artículo 1392.4^o Cc). Pero, frente a estas soluciones (que exigen, respectivamente, la intervención de la autoridad judicial o de un fedatario público), no es infrecuente que los consortes prefieran regular su situación a través de un convenio privado de separación de hecho, posibilidad que pasó prácticamente inadvertida para el legislador de 1981¹⁹.

Desde hace tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado la validez de estos convenios privados de separación. Tradicionalmente, la jurisprudencia estimaba la nulidad absoluta de tales convenios, por recaer sobre materia que está fuera del comercio de los hombres (artículo 1271 Cc), por ser contrarios a las leyes —pues el convenio de separación conculca la norma imperativa que obliga a los cónyuges a vivir juntos—, a la moral o al orden público (artículos 1255 y 1116 Cc)²⁰, por ilicitud de la causa (artículo 1275 Cc), por implicar una transacción sobre cuestiones matrimoniales (artículo 1814 Cc) o por ir en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (antiguo artículo 1320 Cc). Sin embargo, pese a la negativa de la jurisprudencia a admitir la validez de estos pactos de separación amistosa, un sector de la doctrina ya defendía su validez antes de las reformas que experimentó el Derecho de familia²¹.

Con la nueva regulación, la doctrina admite, de forma unánime, la validez de estos pactos, pues ésta concede un papel más amplio a la autonomía de la voluntad. En idéntico sentido se pronuncia la jurisprudencia, que admite igualmen-

¹⁹. Esta clase de pactos privados de separación amistosa fueron usuales con anterioridad a la reforma de 1975, debido a que, como ya he indicado, el Código civil prohibía otorgar y modificar las capitulaciones después de la celebración del matrimonio. Los consortes recurrieron a este tipo de pactos, entre otros, en los casos resueltos por las SSTS de 10 de julio de 1986 [RJ 1986, 4494] y 26 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8689].

²⁰. Entre otras muchas, las SSTS de 2 de diciembre de 1915 y 26 de enero de 1916 y las resoluciones de la DGRN de 30 de diciembre de 1916 y de 1 de julio de 1943 estiman que la obligación de vivir juntos es, en su generalidad, de orden público. De igual forma, FAUS ESTEVE («La separación de hecho en el matrimonio», *AAMN*, 1950, p. 323) reconocía que eran razones de orden público las que se oponían con mayor fuerza a la admisión de la validez de las separaciones convencionales. Según PÉREZ VALLEJO («Validez y eficacia...», *art. cit.* (nota 13), p. 1175), después de las reformas operadas en nuestro Derecho de familia, las razones de orden público han dejado de ser determinantes para declarar la nulidad de este tipo de pactos pues, «¿qué diferencias hay a efectos de orden público entre la separación judicial y la pactada privadamente?».

²¹. Para CÁMARA ÁLVAREZ («La separación de hecho...», *art. cit.* (nota 15), pp. 34 y ss.), determinados pactos de los cónyuges durante el matrimonio (por ejemplo, la recuperación de los parafernales entregados), no eran necesariamente obstaculizados por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, el orden público, las buenas costumbres, ni su causa era ilícita.

te la validez de este tipo de pactos que no han sido aprobados judicialmente²². En suma, salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del Registro de la Propiedad a favor de los terceros adquirentes, no se puede estimar que este tipo de convenios carezca de eficacia *inter partes* por falta de aprobación judicial, si se desenvuelven dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad (STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110]).

Ahora bien, las cláusulas de un convenio privado de separación de hecho pueden ser muy variadas, por lo que la validez de estos pactos dependerá, como es lógico, de las estipulaciones particulares recogidas en el pacto concreto. Esto es, los citados pactos serán válidos siempre que «no afecten a materias sustraídas a la libre disponibilidad de las partes» (STS de 15 de febrero de 1983). De esta forma, los pactos privados no pueden tener como efecto el que los cónyuges queden separados²³, modificar por sí solos los deberes conyugales, ni afectar a los derechos de filiación, por tratarse todas ellas de materias sustraídas en nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad²⁴.

²² La STS de 22 de abril de 1997 [RJ 1997, 3251] declara: «no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». Declaran igualmente la validez de este tipo de pactos, entre otras muchas, las SSTs de 31 de enero de 1985 [RJ 1985, 210] y 10 de julio de 1986 [RJ 1986, 4494]. Entre la «jurisprudencia menor» es destacable la SAP Barcelona de 1 de abril de 1997 que establece: «en ningún caso los convenios de separación no homologables por el juez pueden carecer de valor o eficacia siempre, claro está, que se respeten los límites que en la autonomía de la voluntad deben moverse, dada su innegable naturaleza contractual, y en su consecuencia, en caso de incumplimiento por alguna de las partes pueden ser exigibles en vía jurisdiccional [...]. La licitud del negocio típico y de los pactos en él contenidos no depende de la posterior aprobación judicial».

²³ En este sentido, afirma OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...», *art. cit.* (nota 13), p. 76) que el convenio de los esposos de poner fin a su vida en común es nulo, por ser contrario a las normas de Derecho de familia puro, dado que los efectos personales del matrimonio están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes.

²⁴ Precisa VALLADARES RASCÓN (*Nulidad...*, *op. cit.* (nota 10), pp. 332-336), que, en la doctrina anterior, los acuerdos de los cónyuges acerca de sus relaciones respectivas con los hijos comunes constituyó el mayor obstáculo para declarar la validez de los pactos privados de separación. En la actualidad, el ejercicio de la patria potestad puede regularse por convenio dentro del proceso de separación y el juez sólo puede rechazarlo si estima que es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Por esta razón, la autora se decanta por la validez de los acuerdos que regulen el ejercicio de la patria potestad, aunque el Código civil no se refiera expresamente a estos convenios. De igual forma, la STS de 31 de enero de 1985 [RJ 1985, 210] admite la validez de un documento privado suscrito por los consortes sobre separación de hecho, porque, aunque en este pacto se resuelven provisionalmente ciertas

Entre otros contenidos posibles, los cónyuges pueden pactar el concreto régimen jurídico por el que se regirá su patrimonio desde el inicio de la separación. En relación con esta cuestión, no se puede olvidar que el artículo 1325 Cc exige otorgar capitulaciones –que han de constar en escritura pública (artículo 1327 Cc)– para introducir cualquier tipo de cambio en el régimen económico matrimonial. Así las cosas, si los separados de hecho regulan en un pacto privado ciertos efectos patrimoniales derivados de la separación, ¿no debería considerarse la nulidad de este convenio amistoso por ignorar la forma *ad solemnitatem* del artículo 1327 Cc? En mi opinión, la validez del pacto dependerá del contenido del mismo. Si con el pacto privado los cónyuges únicamente se adjudican los bienes existentes en la sociedad de gananciales, en principio, el convenio privado será válido y puede ser suficiente para probar entre cónyuges que cierto bien es propio de uno de ellos (artículo 1324 Cc), aunque no surtirá efectos frente a terceros adquirentes o acreedores²⁵. Pero si los cónyuges no se limitan a distribuir los bienes, sino que crean y organizan, para lo sucesivo, todo un nuevo régimen económico matrimonial (por ejemplo, reparten las facultades de administración o disposición), el pacto privado deberá considerarse nulo por vulnerar los artículos 1325 y 1327 Cc²⁶.

cuestiones como la guarda y custodia de los hijos, «no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles». De igual forma, la SAP Valencia de 11 de junio de 1992 [AC 1992, 936] admite la validez del pacto privado mediante el cual el esposo se obliga a contribuir a la manutención de sus hijas con la cantidad de 12.000 ptas. mensuales. Ello es debido a que no nos hallamos «ante una transacción de las prohibidas en el artículo 1814 Cc, porque no afecta a los alimentos futuros de las hijas, ni a su estado civil, y como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 13 de octubre de 1966 [RJ 1966, 4404] y 31 de enero de 1985 [RJ 1985, 210], la regulación de las consecuencias de naturaleza patrimonial que se deriven de la separación de hecho de los cónyuges, no es supuesto incluido en la prohibición del mencionado precepto».

²⁵ Sirva de ejemplo la STS de 19 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9110], que declara la validez de un pacto suscrito en documento privado «en el que establecían su separación de hecho y pactaban un proyecto de capitulaciones matrimoniales, que atribuía a cada uno distintos bienes [...]». De igual forma, reconoce la SAP Almería de 3 de febrero de 1999 [AC 1999, 484] que el convenio de los cónyuges por el que se liquida la sociedad y se adjudican los bienes concretos no constituye unas capitulaciones matrimoniales sino un mero acuerdo para distribuir los bienes, no constituyendo la forma un requisito sustancial.

²⁶ Según REYES GALLUR («La separación de hecho», *Revista de Derecho de familia. Doctrina, jurisprudencia y legislación*, 2000, p. 26), es preciso hacer tal pacto de forma notarial para que surjan efectos frente a terceros tras su inscripción registral. Por su parte, PAZ ARES («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) considera que este tipo de pactos probablemente desplegará algún efecto en la esfera interna de los consortes, aunque sólo sea el que se deriva de la doctrina de los actos propios. Este autor constata igualmente que la jurisprudencia rara vez reconoce la ineficacia de los pactos por motivos formales.

IV. RÉGIMEN DE TITULARIDAD DE LOS BIENES Y DERECHOS ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO

1. Planteamiento del problema

Para determinar el régimen de titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho, habrá que distinguir dos situaciones distintas dentro de ella, según exista o no convenio entre los esposos para regular el régimen de la separación. Cuando hay convenio, los cónyuges separados pueden establecer normas negociales para regular la vida separada y, sobre todo, las repercusiones que la separación puede producir sobre el régimen económico. Sin embargo, suscita muchos más interrogantes el supuesto contrario; esto es, cuando los cónyuges, pese a estar separados de hecho, ni han celebrado un convenio regulador de la separación de hecho, ni han otorgado capitulaciones ni, por último, han solicitado la disolución judicial del consorcio conyugal. Esto es, lo que ahora nos interesa son los efectos de la separación fáctica sobre las relaciones patrimoniales de los consortes que optan por mantenerse totalmente al margen del Derecho, ignorando las alternativas legales que prevé nuestro Ordenamiento para evitar las consecuencias negativas derivadas de esta separación. Pronto comprobaremos que esta situación que, en principio, no existe para el Derecho, puede producir, sin embargo, efectos jurídicos.

Llegados a este punto, el principal problema que genera la separación de hecho es que cuando los esposos se separan, desaparece la comunidad de vida, presupuesta sobre el que, teóricamente, se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. Así las cosas, parece que no tiene sentido aplicar una organización económico-matrimonial a una situación para la que no está pensada²⁷. Para organizar la nueva situación, no sirven los criterios de la sociedad de gananciales, porque ya no existe comunidad de vida. El problema práctico se plantea en los términos siguientes: ¿la falta de comunidad de vida de los consortes –fundamento de la sociedad de gananciales– es suficiente para desvirtuar la calificación de ganancial de los bienes y derechos adquiridos constante el matrimonio?

Evidentemente, la separación de hecho no afectará a los ingresos y bienes de carácter ganancial obtenidos con anterioridad al inicio de esta crisis matrimonial,

²⁷. En términos parecidos se pronuncia OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...», *art. cit.* (nota 13), p. 132): «el estatuto jurídico de la sociedad de gananciales es por completo incongruente con la situación en la que se encuentran los cónyuges separados».

que seguirán conservando tal carácter en el momento de la liquidación²⁸. Los problemas de calificación surgen, pues, con los bienes adquiridos durante la separación con fondos que no sean privativos. Los interrogantes se suscitan a la hora de realizar el inventario de la sociedad de gananciales (como consecuencia de la disolución y liquidación de la misma), cuando uno de los cónyuges –el que no contribuyó en la adquisición del bien litigioso– solicita la inclusión en el activo de la sociedad del bien adquirido durante la separación de hecho por su consorte, mientras que el cónyuge adquirente se opone, como es lógico, a tal inclusión.

En principio, para resolver el dilema de si un bien existente en el patrimonio común es privativo o ganancial, puede utilizarse la presunción de ganancialidad del artículo 1361 Cc. Llegados a este punto, la siguiente pregunta que se plantea es si durante el periodo de separación de hecho esta norma que desplaza la carga de la prueba sufre alguna alteración²⁹. Ahora bien, con independencia de la respuesta que merezca este interrogante³⁰, lo cierto es que, en es-

²⁸ Así lo reconoce la STS de 2 de diciembre 1997 [RJ 1997, 8781]: «no puede pretenderse que en el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado, pero no priva del mismo a los bienes que lo tuvieran antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia. Tales bienes no dejan de ser gananciales como consecuencia de la separación fáctica». En el mismo sentido, *vid.* STS de 4 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10423].

²⁹ La aplicación del artículo 1361 Cc supone que, de existir un bien de carácter dudoso, se presumirá que es ganancial, salvo que se demuestre el carácter privativo de ese bien. Si durante la separación de hecho no fuera aplicable la presunción del artículo 1361 Cc, cuando exista duda sobre el carácter o titularidad de uno de los bienes, ambos tipos de bienes se encontrarán en condiciones de igualdad en relación con la carga de la prueba: a ambos les será aplicable el régimen general de la carga de la prueba previsto en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil. Ello implicaría que, durante la separación de hecho, aquel cónyuge que defienda el carácter ganancial de uno de los bienes adquiridos durante ese periodo, deberá demostrarlo.

PAZ ARES («La economía matrimonial...», *op. cit.* [nota 26]), por su parte, propone –en caso de duda– la aplicación del artículo 1441 Cc durante este periodo de crisis matrimonial. En mi opinión, tal solución sólo sería posible si se considerara que la separación de hecho provoca la disolución de la sociedad de gananciales. Sólo en tal caso, resultaría totalmente coherente la aplicación de este precepto ubicado en sede de separación de bienes (*ex* artículo 1435.3º Cc).

³⁰ La determinación de los efectos que produce la separación de hecho sobre la presunción de ganancialidad es una cuestión que no ha sido analizada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Únicamente PAZ ARES («La economía matrimonial...», *op. cit.* [nota 26]) afirma expresamente que esta separación producirá, sin lugar a dudas, el debilitamiento de dicha presunción. En relación con los bienes muebles, el citado autor afirma que la presunción más general del artículo 448 Cc irá cobrando fuerza a medida que se dilate la ruptura. Algunas sentencias de las Audiencias Provinciales parecen decantarse a favor de esta solución (véase, entre otras, la SAP Valencia de 28 de septiembre de 1991 y SAP Girona de 1 de julio de 1994 [AC 1994, 1288]).

tos supuestos, realmente no será necesario emplear la regla prevista en el citado artículo. Ello es debido a que, en la mayoría de los casos (al menos, en la mayoría de los que han llegado al Tribunal Supremo), los bienes habrán sido adquiridos por los separados de hecho con los ingresos derivados de la actividad que desarrollan (trabajo o industria); es decir, no será necesario acudir a la presunción consagrada en el artículo 1361 Cc, pues el resultado de la actividad laboral, en principio, resultará ganancial por aplicación del artículo 1347.1º Cc³¹. En consecuencia, el carácter ganancial de estos ingresos se transmitirá a los bienes y derechos adquiridos con los mismos, en virtud del principio de subrogación real (artículo 1347.3º Cc)³².

Por tanto, lo que hemos de determinar no es el carácter ganancial o privativo de los bienes adquiridos por los cónyuges durante este periodo, sino el carácter del dinero con el que se compraron los mismos; es decir, lo que en realidad hemos de averiguar es si persiste la comunidad de ganancias en estas circunstancias. Así pues, la pregunta debería formularse en los siguientes términos: ¿reviste esta crisis matrimonial fuerza suficiente para privar del carácter ganancial a los ingresos obtenidos por los cónyuges durante la separación de hecho? La respuesta dependerá del tipo de ingreso de que se trate.

2. Opiniones doctrinales

Para resolver esta cuestión 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 (al margen de los reconocidos expresamente por la ley, claro está); la principal consecuencia derivada de esta opción sería la subsistencia de la sociedad de gananciales y la calificación ganancial de los ingresos obtenidos durante este periodo, así como de los bienes

Si partimos de que la presunción prevista en el artículo 1361 Cc trata de corregir –a favor de los bienes gananciales– la confusión de titularidades que provoca la convivencia de los esposos, si los esposos se separan, ya no existirá la situación que propicia tal confusión. Así pues, desde mi punto de vista, durante la separación de hecho desaparece la razón de ser de la presunción de ganancialidad.

³¹ Así lo reconoce PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Comentario...», *art. cit.* (nota 6), pp. 219-220). Según este autor, aunque la presunción de ganancialidad se extiende a la procedencia del precio (si no se demuestra que el precio se ha pagado con dinero privativo, lo adquirido será ganancial), la actividad (trabajo o industria) no necesita estar amparada por esta presunción, pues en virtud del artículo 1347.1 Cc, su resultado siempre será ganancial.

³² Realiza esta precisión AMORÓS GUARDIOLA («Comentario...», *art. cit.* (nota 9), p. 298).

adquiridos con esos ingresos. 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. Adelanto 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.

En la doctrina, todos los autores defienden que la sociedad conyugal persiste a pesar de la vida separada de los cónyuges, en tanto no se pronuncie su disolución. De hecho, parece indudable que nuestro Código considera que durante esta situación de crisis matrimonial la sociedad de gananciales continúa vigente. Los argumentos legales en apoyo de esta afirmación son numerosos. En primer lugar, el artículo 1392 Cc no consagra la separación de hecho como una de las causas que provocan la disolución automática de la sociedad de gananciales, sino que tal disolución sólo se producirá si, tras mantenerse esta situación durante un año, uno o ambos cónyuges –según los casos– solicita al juez competente el cese de la comunidad, siendo éste el que, previo examen de la causa, se pronuncia sobre la disolución.

Otra prueba de que durante la separación de hecho se mantiene constante la sociedad de gananciales la constituyen los artículos 1368 y 1388 Cc, que regulan expresamente dos aspectos del funcionamiento de la sociedad de gananciales durante esta crisis matrimonial. La existencia de estos preceptos evidencia que, a pesar de la separación de hecho, la sociedad de gananciales continúa subsistiendo, pues, si no subsistiera, no tendría sentido establecer normas especiales de responsabilidad (artículo 1368 Cc), administración y disposición (artículo 1388 Cc) de los bienes gananciales³³.

Junto a los argumentos legales expuestos, pueden esgrimirse otras razones a favor de la persistencia de la sociedad ganancial durante esta crisis matrimonial. Una de las razones que apunta la doctrina para defender la subsistencia del consorcio conyugal es que hay que preservar los derechos de los terceros contratantes con cada uno de los cónyuges, que podrían resultar afectados si la disolución del consorcio conyugal dependiera de la separación fá-

³³. Apunta este argumento TORRALBA SORIANO («Comentario...», *art. cit.* (nota 6), p. 1710).

tica, hecho difícil de constatar³⁴. Y es que la separación de hecho, aunque implique la disociación del matrimonio, carece de trascendencia al exterior (v. gr., no se refleja en el Registro civil). Por ello, al ser la ganancialidad una afectación de bienes en responsabilidad, la sociedad deberá subsistir mientras no se prevea la protección de los acreedores y la asunción de las cargas del matrimonio³⁵. Por consiguiente, la continuación de la sociedad de gananciales durante la separación de hecho es la solución más favorable a los intereses de los terceros.

Por otra parte, como advierte MORALES MORENO, si la separación de hecho extinguiera el régimen económico de gananciales, cualquiera de los cónyuges podría alterar, abandonando al otro, el sistema de cobertura de las cargas familiares: «restringir los poderes concedidos al otro, en interés de los hijos (artículo 1368 Cc), en relación con los bienes ganados por él durante el tiempo de separación»³⁶. Así pues, la subsistencia de la sociedad de ganancia-

³⁴. Este argumento pone en evidencia uno de los problemas más importantes que suscita esta crisis matrimonial: su acreditación. Como señala AMORÓS GUARDIOLA «¿cómo podrá probarse en cada caso, sin necesidad de acudir al juez, la separación de hecho como situación estable e indubitada?» [«Comentario...», *art. cit.*, (nota 9), p. 669]. En el caso de separación unilateral, acreditará la separación de hecho el acta de notoriedad en que se declare tal separación y las circunstancias de la misma. En el supuesto de que los esposos se separen de mutuo acuerdo, constituirá clara prueba de la separación fáctica las capitulaciones matrimoniales o el pacto privado que, en su caso, hayan suscrito las partes. De hecho, según PAZ ARES («La economía matrimonial...», *op. cit.* [nota 26]), el acuerdo conyugal que recoja un pacto de alimentos, constituirá la prueba más característica del deseo de desvinculación económica de los cónyuges. Para el autor citado, resulta difícilmente compatible la existencia de un pacto de alimentos con la vigencia del régimen de gananciales, puesto que los alimentos se necesitan cuando el alimentista no disfruta de la comunicación ganancial, ni existe un régimen patrimonial que satisfaga las cargas conyugales. En definitiva, el pacto de alimentos supone uno de los más claros indicios probatorios de la ruptura y de la desvinculación económica entre los cónyuges.

³⁵. CUTILLA TORNS («Reflexiones...», *art. cit.* (nota 5), p. 1217). En este sentido, señala MORALEJO IMBERNÓN («Comentario a la STS de 11 de octubre de 1999», *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, p. 300) que si la separación de hecho provocara la disolución de la sociedad de gananciales, «deberían proveerse los medios para que los terceros llegaran a tener conocimiento de la nueva situación, ya que la disolución de la sociedad de gananciales tiene para ellos consecuencias tan importantes como la modificación de las reglas de administración y disposición (no cabe ya excepciones a la regla de cogestión de los bienes comunes, sino que ésta ha de ser realizada por ambos partícipes) y de aquéllas que se refieren al pasivo ganancial (los cónyuges pierden su legitimación para responsabilizar el patrimonio común con sus actuaciones)».

³⁶. «Comentario a los artículos 1414-1415 Cc», *Matrimonio y divorcio: comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, 2ª ed., 1994, p. 1825.

les en estas circunstancias constituye, igualmente, la solución más favorable a los intereses de los cónyuges y de los hijos.

Por consiguiente, los ingresos obtenidos unilateralmente por cada uno de los separados de hecho, así como los bienes y derechos adquiridos con los mismos, y sin contar con la colaboración del consorte, deberían reputarse, de *lege lata*, gananciales. Esto es, la Ley parece otorgar a la existencia formal del matrimonio una mayor importancia que a su funcionamiento normal. Ahora bien, los resultados derivados de la aplicación estricta de la ley pueden revelarse en ocasiones claramente injustos, sobre todo en las separaciones muy prolongadas, en las que el cónyuge que abandonó y se despreocupó durante años de su familia es el que reclama la mitad de los gananciales obtenidos por su consorte durante la separación de hecho, sin que haya contribuido en absoluto en tal adquisición. Por otra parte, tampoco podemos olvidar que en la separación de hecho falta el presupuesto fundamental en el que se basa la sociedad de gananciales: la comunidad de vida.

Por todo ello, para corregir los resultados injustos que en algunos casos provocaría la aplicación estricta de la ley, parte de la doctrina admite que, aunque la separación de hecho no tenga fuerza bastante para disolver automáticamente la sociedad de gananciales, tiene virtualidad suficiente para modificar o suspender alguno de sus efectos y las consecuencias derivadas de los mismos³⁷.

El problema es que los partidarios de esta opinión, no indican qué reglas de la sociedad de gananciales resultan inaplicables durante este periodo, ni ofrecen alternativas jurídicas para sustituirlas. De hecho, la doctrina se ha centrado en el estudio de las repercusiones de esta crisis matrimonial sobre un único efecto del régimen de gananciales: la comunicación de ganancias. Más concretamente, diversos autores parecen sostener que, durante la separación de hecho de los consortes, se suspende la comunicación de ventajas o ingresos, «puesto que una distribución igualitaria de los lucros matrimoniales sólo tiene sentido cuando la ganancia es obra de una colaboración entre los cónyuges, es decir, cuando hay entre ellos comunidad de vida»³⁸. Por el contrario, otros au-

³⁷ Defienden esta tesis, entre otros, CÁMARA ÁLVAREZ («La separación de hecho...»), *art. cit.* (nota 15), pp. 26 y ss.), OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...»), *art. cit.* (nota 13) p. 132), CABANILLAS SÁNCHEZ («La separación de hecho...»), *art. cit.* (nota 6), p. 13) y MORALES MORENO («Comentario...»), *art. cit.* (nota 36), p. 1827).

³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ («La separación de hecho...»), *art. cit.* (nota 6), p. 16). Recoge expresamente esta tesis doctrinal la STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110], cuando afirma que la separación de hecho «impide en las condiciones ya indicadas el acrecentamiento de los bienes gananciales, a costa del trabajo exclusivo de unos de los cónyuges separados».

tores consideran que el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a la separación de hecho por parte de nuestro Código civil no tiene fuerza suficiente para desvirtuar la calificación de ganancialidad de los frutos y de los bienes adquiridos por la actividad de los cónyuges. Sobre este particular, afirma AMORÓS GUARDIOLA que «extender los efectos de la separación de hecho a la formación de patrimonios propios a costa de los gananciales genuinos [...] parece una extralimitación a la que no me atrevo sin una norma que específicamente lo establezca»³⁹.

Sin embargo, 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 cónyuges⁴⁰.

3. Jurisprudencia sobre el tema

El mayor esfuerzo para remediar las consecuencias injustas derivadas de la aplicación estricta de la ley ha venido de mano de la jurisprudencia. Aunque con anterioridad a las reformas que sufre el Derecho de familia el Tribunal Supremo había declarado reiteradamente que, en estos casos, el consorte tiene derecho a la mitad de los gananciales (véase, SSTs de 19 de diciembre de 1932 [Rep. 1368], 31 de marzo de 1964 [Rep. 1767] y 7 de marzo de 1980 [RJ

A su vez, esta idea aparecía reflejada en la enmienda 273 del Grupo Parlamentario *Socialistes de Catalunya*, durante la tramitación parlamentaria de la Ley de 13 de mayo de 1981. La enmienda proponía que se añadiese al artículo 1397 Cc el siguiente párrafo: «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 1º del párrafo anterior, los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal desde la cesación de la vida en común». Pero, finalmente, esta enmienda fue rechazada.

³⁹. AMORÓS GUARDIOLA («Comentario...», *art. cit.* (nota 9), p. 299).

⁴⁰. Propone esta solución PAZ ARES («La economía matrimonial...», *op. cit.* [nota 26]). Según el autor, 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 patrimoniales de los bienes privativos. Este autor sostiene igualmente el debilitamiento de la presunción de ganancialidad durante esta situación fáctica. Según PAZ ARES, todas estas consecuencias derivan de la ausencia de convivencia de los consortes.

1980, 1558)]⁴¹, a partir de la sentencia de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549], se inicia una nueva línea jurisprudencial que, desde entonces, ha ido evolucionando.

La mencionada STS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549] valora una situación de separación de hecho mutuamente consentida (pues se establece una pensión a favor de la mujer) de más de cuarenta años (desde 1934 hasta enero de 1981, fecha del fallecimiento del marido). Durante la separación de hecho, el esposo adquiere unos bienes sin contar con la colaboración de su consorte. Por otra parte, rehace su vida con otra mujer, con la que convive hasta el momento de su fallecimiento. A la muerte del esposo, la mujer reclama sus derechos legales como viuda.

Aunque el Tribunal Supremo podía haber utilizado otros argumentos para denegar las pretensiones de la viuda⁴², afirma que «la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe [...] y tal conducta contraria a la buena fe conforma uno

⁴¹. Especialmente relevante es la STS de 31 de marzo de 1964, cuando establece: «Que aun cuando 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, tales preceptos, expresamente derogados por el artículo 1976 Cc, fueron sustituidos en nuestro Ordenamiento positivo por el artículo 1393 del mismo cuerpo legal al consignar que dicha sociedad comenzará a regir “precisamente el día de la celebración del matrimonio”, sin atender a ninguna otra circunstancia, por lo que a estos fines resultará indiferente el hecho de la vida en común para que cada uno de los esposos pueda reclamar los derechos que le corresponda, y como el 1417 en relación con el 1392 expresa que tal comunidad de bienes termina al disolverse o declararse nulo el vínculo en las hipótesis del artículo 1433, salvo lo dispuesto en el artículo 50, y para conseguirlo se requiere la presentación de la correspondiente ejecutoria en que así se declare [...], de ahí que las meras separaciones amistosas o extrajudiciales no provoquen la suspensión de los efectos económicos del matrimonio, como lo reconoció la sentencia de esta sala de 19 de diciembre de 1932 [...]».

⁴². Sobre el particular, destaca la argumentación que emplea la STSJ Navarra de 27 de abril de 1991 [RJ 1991, 9794]. En ella se discutía sobre el carácter ganancial o privativo de los salarios obtenidos por cada cónyuge durante la separación de hecho. En relación a esta cuestión, el TSJ Navarra declara que el rendimiento económico del trabajo, tanto en la Compilación de Derecho Foral Navarro (Ley 83), como en el Código civil (artículo 1347.1^o Cc) se considera bien de conquista o ganancial, aún cuando haya sido obtenido durante una separación de hecho. Sin embargo, este tribunal niega la inclusión de los salarios en el activo de la sociedad, partiendo del artículo 1397.1^o Cc (aplicable en Navarra en el momento del litigio). Como los referidos ingresos fueron consumidos por los cónyuges para satisfacer sus propias necesidades ante la vida separada, no constituyen bienes existentes en el momento de la disolución, razón por la que no han de ser incluidos en la sociedad de conquistas.

de los requisitos de abuso de derecho, complementado, por una falta de equidad [...], causando con ello el natural perjuicio a estos terceros, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos [...], teleológicos [...] y sociales [...], lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 Cc [...]» (F. D. 4º).

Posteriormente, en la STS de 17 de junio de 1988 [RJ 1988, 5113], el Alto Tribunal reitera los argumentos esgrimidos en la sentencia anterior, sentando, con ello, jurisprudencia sobre el tema. En esta ocasión, la separación fáctica se había prolongado desde 1942 hasta junio de 1977, fecha del fallecimiento del esposo. Al igual que en el caso anterior, la separación fue mutuamente consentida (pues se pacta una pensión, así como el modo de satisfacerla) y, desde el mismo año de la separación, el esposo rehace su vida con otra mujer y adopta dos hijos. A la muerte del marido, la esposa reclama la mitad de los gananciales que habían sido adquiridos por su consorte durante la separación. Partiendo de estos hechos, el Tribunal Supremo afirma 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 como propone la recurrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los tribunales en una interpretación acorde con la realidad social [...] reclamar sus derechos pasados más de treinta años en que se mantuvo esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos [...] teleológicos y sociales [...], lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 Cc» (F. D. 4º).

Resulta destacable igualmente la STS de 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10653]⁴³. En este caso, los esposos estuvieron separados durante al menos cuarenta años. En este intervalo de tiempo los cónyuges vivieron con independencia e, incluso, el marido llegó a formar una nueva familia y tuvo dos hijos. Al fallecimiento del esposo, la mujer que había vivido separada de él solicita el cincuenta por ciento de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales. De nuevo, el Tribunal Supremo vuelve a reconocer 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 cón-

⁴³. Esta sentencia ha sido comentada por MARTÍNEZ LUNA («Influencia de la separación de hecho en el régimen de gananciales. Comentario a la STS de 23 de diciembre de 1992», *RJC*, 1994 [4], pp. 1077-1079).

yuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 Cc) [...]».

En idénticos términos se pronuncian todas las sentencias que, con posterioridad, han analizado el tema: las SSTs de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8781), 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110], 14 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1567], 24 de abril de 1999 [RJ 1999, 2826], etc. Únicamente la STS de 11 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7324] se desvía de la línea jurisprudencial apuntada. Ahora bien, esta sentencia parte de unos hechos probados distintos, lo que justifica, en cierta medida, el giro jurisprudencial que realiza el Alto Tribunal en la misma.

El resto de las sentencias enumeradas reconoce que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales y, por ello, se considera abusiva la pretensión de incluir en el activo de la misma los bienes adquiridos unilateralmente por cada cónyuge. Así pues, el Tribunal Supremo coincide con aquellos autores que defienden que, aunque la separación de hecho no tenga fuerza suficiente para disolver la sociedad de gananciales, puede llegar a suspender o modificar alguno de los efectos de la misma⁴⁴. En concreto, no pasarán a formar parte del activo de la sociedad de gananciales aquellos bienes que hayan sido adquiridos unilateralmente por cada cónyuge *con fondos derivados de su trabajo o industria*⁴⁵.

Llegados a este punto, para justificar la exclusión del activo de la sociedad de gananciales de los bienes adquiridos con estos fondos, pueden utilizarse dos argumentaciones diferentes. Por un lado, podría entenderse que los in-

⁴⁴ Reconoce expresamente la STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110]: «Tampoco pueden 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, fundada en la convivencia matrimonial que *impide en las condiciones ya indicadas el acrecentamiento de los bienes gananciales*, a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados» [la cursiva es mía]. De igual forma, la STS de 6 de julio de 1998 [RJ 1998, 5419] admite que, pese a la separación de hecho, el régimen de gananciales no se extinguió hasta la sentencia firme de divorcio.

⁴⁵ De hecho, la STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110] declara expresamente que los cónyuges pierden «sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y *siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o ganados con su trabajo o industria* a partir del cese de aquélla» [la cursiva es mía]. Es más, si revisamos detenidamente la doctrina jurisprudencial recaída sobre el tema, puede comprobarse que *en todos los casos* en los que el Tribunal Supremo niega la mitad de los gananciales al cónyuge que los reclama, los bienes habían sido adquiridos con el propio esfuerzo y trabajo del adquirente.

gresos derivados del trabajo o industria de los cónyuges no pierden el carácter ganancial durante esta crisis matrimonial. En tal caso, la no inclusión en el activo de la sociedad de los bienes adquiridos con los mismos supondría la inaplicación del principio de subrogación real (artículo 1347, párr. 3º Cc). Sin embargo, la vigencia de tal principio –que trata de mantener la consistencia de cada patrimonio– no depende de la comunidad de vida de los consortes, ni resulta incompatible con la situación de ruptura⁴⁶. Por ello, considero más adecuado entender que, para el Tribunal Supremo, durante esta situación no se produce la comunidad de ingresos o ventajas; en consecuencia, la doctrina jurisprudencial parece suspender la aplicación del artículo 1347.1º Cc durante la separación de hecho⁴⁷. Ahora bien, aunque el Tribunal Supremo no se haya pronunciado al respecto, hay que entender que la inaplicación del artículo 1347.1º Cc sólo alcanza a desplegar sus efectos *inter partes*; esto es, entre los propios cónyuges, respetando siempre el derecho de terceros y acreedores de buena fe (véase, SAP Pontevedra de 29 de octubre de 2002 [AC 2002, 1854]).

Tras el análisis exhaustivo de la jurisprudencia recaída sobre el tema, puede concluirse que no cualquier separación de hecho provoca los efectos descritos anteriormente, sino que, para ello, han de concurrir ciertos requisitos en la misma⁴⁸.

⁴⁶ PAZ ARES («La economía matrimonial...»), *op. cit.* [nota 26]) sostiene igualmente la vigencia del principio de subrogación real durante este periodo, por tratarse de una regla propia del estatuto de los bienes, que no se ve afectada por la ruptura de la convivencia.

⁴⁷ Sin embargo, otras reglas del régimen legal de gananciales (*v. gr.*, artículo 1347.2º) seguirán siendo aplicables, aunque concurra una separación de hecho prolongada, seguida de una total ruptura en las esferas personal y económica de los esposos. Así lo declara expresamente la STS de 24 de abril de 1999 [RJ 1999, 2826]. Esta resolución, tras negar la inclusión en el activo de la sociedad de un piso que había sido adquirido por la esposa con su propio esfuerzo y trabajo, afirma, en relación con las rentas devengadas por el arrendamiento de dos bienes gananciales durante la separación de hecho, que «los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial». Por el contrario, PAZ ARES («La economía matrimonial...»), *op. cit.* [nota 26]) considera que, producida la separación de hecho, no se han de poner en común los frutos patrimoniales de los bienes privativos, ya que el cónyuge no titular no contribuyó en su adquisición (como sucede con los sueldos y salarios obtenidos por cada uno de los separados de hecho).

⁴⁸ La SAP Teruel de 12 de julio de 1996 [AC 1996, 1345] define detalladamente cada uno de estos requisitos, que, posteriormente, son enumerados, entre otras, por las SAP Asturias de 11 de febrero de 1998 [AC 1998, 3520], SAP Segovia de 18 de octubre de 1999 [AC 1999, 2505], SAP Valladolid de 12 de marzo de 2001 [JUR 2001, 140254] y SAP Asturias de 29 de abril de 2002 [JUR 2002, 185452]. De igual forma, la STS de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 110] reconoce expresamente que ha de tratarse de una «separación fáctica (no una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada».

En primer lugar, ha de tratarse de una separación muy prolongada, no de una mera interrupción de la convivencia⁴⁹. De hecho, la anterior doctrina jurisprudencial recae en casos en los que la ruptura de la convivencia había durado más de cuarenta años (SSTS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549] y 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10653]); treinta y cinco años aproximadamente (STS de 17 de junio de 1988 [RJ 1988,5113]); veintiocho años (STS de 24 de abril de 1999 [RJ 1999, 2826]), etc. Recogiendo esta exigencia del Tribunal Supremo, también algunas Audiencias requieren que la separación de hecho sea duradera para que produzca efectos sobre el régimen económico de gananciales: treinta y dos años (SAP Sevilla de 21 de enero de 2002 [JUR 2002, 111047]), veintiocho años (SAP Asturias de 11 de febrero de 1998 [AC 1998, 3520]), al menos veinticinco años (SAP Las Palmas de 4 de julio de 2001 [JUR 2001, 261263]), etc. Precisamente los largos periodos que concurren en todos estos supuestos fácticos son los que justifican que se considere abusiva la reclamación de la mitad de los gananciales por parte del consorte que no contribuyó en la adquisición de los mismos⁵⁰.

En definitiva, 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.

En segundo lugar, para que la separación de hecho desencadene las consecuencias jurídicas señaladas por el Tribunal Supremo, será imprescindible que exista una ruptura total en la esfera personal de los consortes⁵¹. Una prue-

⁴⁹. Sin embargo, nuestro Código civil no exige que la separación de hecho sea prolongada para que se produzcan determinados efectos jurídicos: por ejemplo, el cese efectivo de la convivencia libremente consentido durante seis meses es causa de separación judicial *ex* artículo 82.5º Cc; basta con que la separación dure un año para que pueda solicitarse la disolución judicial de la sociedad de gananciales (artículo 1393.3º Cc), etc.

⁵⁰. MORALEJO IMBERNÓN («Comentario...», *art. cit.* (nota 35), p. 298).

⁵¹. De hecho, no hay separación fáctica en sentido técnico en el supuesto de interrupción de la convivencia por motivos laborales, profesionales u otros de naturaleza análoga, a que se refiere el artículo 87, párr. 2º Cc.

ba evidente de la concurrencia de este requisito, será la constitución de una nueva familia tras la separación de hecho. Es más, esta circunstancia está presente en una gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo que utilizan la doctrina del abuso de Derecho para negar la mitad de los gananciales al cónyuge que los reclama (v. gr., SSTS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549], 17 de junio de 1988 [RJ 1988, 5113], 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10653], SAP Las Palmas de 8 de junio de 1998 [AC 1998, 6145], etc).

En tercer lugar, para que sea aplicable en estos casos la citada doctrina jurisprudencial, resultará necesario que la separación de los cónyuges sea total, abarcando no sólo a la esfera personal, sino también a la patrimonial⁵². De ahí que no deban desencadenarse las consecuencias jurídicas descritas, si se acredita que, pese a la separación, existe cierta interrelación económica entre los esposos (véase, en tal sentido, la SAP Teruel de 18 de julio de 1996 [AC 1996, 1345]⁵³).

⁵² Para que la separación de hecho tenga relevancia en el orden jurídico privado, la doctrina, al igual que la jurisprudencia, requiere la concurrencia tanto de un elemento objetivo (la separación de cuerpos; esto es, la ruptura total en las esferas personal y patrimonial), como de un elemento volitivo (el ánimo de extinguir la convivencia). Así lo exigen, entre otros muchos, RUEDA PÉREZ («Efectos...», *art. cit.* (nota 8), p. 260), OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...», *art. cit.* (nota 13), pp. 69-70) y LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil, Vol. IV, Familia* [nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa], Dykinson, Madrid 2002, p. 92).

⁵³ En este caso –en el que la separación de hecho dura aproximadamente seis años (desde 1988 a 1994)– se incluyen en el activo del inventario de la sociedad de gananciales determinados bienes adquiridos unilateralmente por uno de los separados de hecho, porque se acredita que la mujer, a pesar de la separación, seguía dependiendo económicamente del marido. Lo mismo sucede en el caso resuelto por la STS de 26 de abril de 2000 [RJ 2000, 3230]. Los hechos probados señalan que, aunque habían transcurrido más de ocho años de separación de hecho libre y consentida (durante los cuales el esposo había formado una nueva unidad familiar), después de la separación, los esposos separados de hecho constituyeron, con otro matrimonio, una sociedad anónima para la explotación de máquinas recreativas. Según esta sentencia, «aun cuando alguna de las sentencias citadas haya considerado disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho durante un tiempo aproximado al del caso ahora examinado, y aun cuando 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, no debe olvidarse que la aplicabilidad de la mencionada doctrina jurisprudencial, correctora de la literalidad del número tercero del artículo 1392 Cc, requiere, como *elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial*» [la cursiva es mía]. En el mismo sentido, la SAP Guadalajara de 10 de febrero de 2003 [AC 2003, 702] afirma que la ausencia de interrelación económica es esencial para la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial. Según la sentencia, este requisito no concurre cuando, tras el cese de la convivencia, el esposo continúa en el disfrute de fincas rústicas gananciales, dedicándose a la explotación agrícola y beneficiándose él exclusivamente de los rendimientos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha aplicado la teoría del abuso de Derecho cuando la separación había sido decidida por ambos cónyuges o, en casos de abandono, cuando es el cónyuge que abandona el que reclama su mitad de gananciales⁵⁴. En estos supuestos, parece razonable que se utilice la teoría del abuso de Derecho para frenar estas pretensiones injustas. Ahora bien, ¿la respuesta habrá de ser la misma cuando sea el cónyuge abandonado quien solicite en la liquidación la mitad de los gananciales obtenidos por el otro consorte durante la separación de hecho? Desde mi punto de vista, para determinar si concurre abuso de Derecho, habrá que estar a las circunstancias particulares del caso concreto. Por ello, constituirá un dato decisivo la reacción del consorte abandonado tras la separación: si ésta es duradera, y durante este periodo el cónyuge abandonado permanece inactivo, la conducta posterior reclamando la mitad de los gananciales posiblemente pueda considerarse abusiva (así lo considera la SAP Asturias de 11 de febrero de 1998 [AC 1998, 3520]⁵⁵), pues su inactividad puede ser reveladora de cierta conformidad tácita con esa situación⁵⁶. Probablemente las consecuencias jurídicas sean distintas —el Tribunal Supremo ha declarado que, efectivamente, lo son— si el cónyuge abandonado reacciona activamente tras la separación (*vid.* STS de 11 de octubre de 1999 [RJ 1997, 7324]).

El argumento del abuso de Derecho esgrimido por el Alto Tribunal no es, pues, aplicable a cualquier tipo de separación de hecho, sino que tiene un ám-

⁵⁴. Sirva como ejemplo la STS de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8781], en la que solicita su mitad de gananciales la esposa, que había abandonado el hogar conyugal diez años antes de la sentencia de divorcio; o la STS de 4 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 1023], en la que, de nuevo, solicita la mitad de los gananciales el cónyuge que había iniciado la situación de separación de hecho.

⁵⁵. Según esta sentencia, si el cónyuge abandonado reclama la mitad de los gananciales adquiridos por su consorte tras una separación de hecho muy prolongada, estará incurriendo igualmente en el supuesto de abuso de Derecho del artículo 7 Cc. La explicación que se ofrece es la siguiente: si, a pesar de haber sido abandonado, este cónyuge no interpone ningún tipo de demanda o denuncia, o lo hace muchos años después, con su actitud está aceptando tácitamente esta situación. De hecho, la SAP La Coruña de 14 de octubre de 1993 [1993, 2171] califica expresamente al abandono como una «separación de hecho consentida».

⁵⁶. Alguno de los autores que estudian el tema incluyen dentro del concepto de separación de hecho la separación unilateral o abandono consentido; esto es, la iniciada por decisión de uno de los cónyuges y consentida de una manera tácita por el otro. En tal sentido se pronuncian, entre otros, RUEDA PÉREZ («Efectos patrimoniales...», *art. cit.* (nota 8), p. 260) y OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho...», *art. cit.* (nota 13), pp. 83-70). Por el contrario, según LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil, Vol. IV, Familia, op. cit.* (nota 52), p. 92), si el cónyuge abandonado o expulsado no ha denunciado el hecho, de tal pasividad no puede deducirse un asentimiento tácito a la separación producida.

bito de aplicación muy limitado: ha de ceñirse a las separaciones de hecho que reúnan los requisitos enumerados anteriormente. La separación de hecho en que no concurren estos requisitos, si bien puede producir ciertos efectos jurídicos (v. gr., artículos 1368, 1388, 1393.3º Cc, etc.), no privará a los consortes de su derecho a la mitad de los gananciales adquiridos por el otro durante la separación. Esto es, una separación de hecho de corta duración, o una separación de hecho duradera en la que no pueda apreciarse la independencia económica y personal de los esposos, tendrá ciertas consecuencias jurídicas (podrá ser tenida en cuenta para alcanzar la posterior separación judicial o divorcio; suspenderá la presunción de paternidad del artículo 116 Cc; impedirá, si consta fehacientemente, que puedan sucederse los cónyuges si fallecen sin testamento, etc.), pero no evitará que sean incluidos en el activo de la sociedad de gananciales los bienes adquiridos unilateralmente por cada cónyuge en tales circunstancias⁵⁷.

Por consiguiente, el argumento del abuso de Derecho ha de ser empleado con cautela y de forma excepcional, para evitar el inconveniente de la inseguridad jurídica. Esta doctrina del Tribunal Supremo no ha de ser extrapolada automáticamente a todos los supuestos de separación de hecho (ni tampoco a toda ganancia o bien obtenido por los consortes durante esta crisis matrimonial), sino que la solución definitiva dependerá del caso concreto ante el que nos encontremos. Y ello por cuatro razones principalmente. La primera, porque la aplicación de tal doctrina provoca, indirectamente, la inaplicación de ciertas normas jurídicas. La segunda, porque, en la actualidad, los cónyuges cuentan con múltiples mecanismos jurídicos para desviar los efectos patrimo-

⁵⁷. Así lo reconoce la STS de 6 de julio de 1998 [RJ 1998, 5419]. Esta sentencia considera que cuatro años no son suficientes para que la separación de hecho produzca los efectos descritos en el texto. De esta forma, establece: «falta, pues, una mínima base de aplicación de la doctrina jurisprudencial, habida cuenta que en 1982 consideran los entonces esposos, vigente la sociedad de gananciales. Desde esta fecha hasta la presentación de la demanda de divorcio (1986), transcurren sólo cuatro años, tiempo que nada tiene que ver con el contemplado en las comentadas sentencias sobre las que se basa el motivo para pretender que se case la sentencia» [la cursiva es mía]. En términos parecidos se expresa la STS de 24 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3993]. El Alto Tribunal reconoce que no es aplicable en el caso esta doctrina jurisprudencial porque «no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge y mantener unas relaciones extramatrimoniales con otra persona, para aplicar la doctrina expuesta». En este caso, el marido no abandonó el domicilio conyugal, siguió pernoctando en el mismo, y continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por la mujer e hijos y contribuyendo con sus ingresos al sostenimiento de la misma. No hubo, pues, ruptura de las relaciones personales y patrimoniales de los esposos.

niales negativos derivados de la separación de hecho⁵⁸. La tercera, porque durante la separación de hecho sigue subsistiendo la necesidad de atender a los gastos comunes que persisten tras la separación, por lo que sigue siendo necesario la existencia de unos bienes comunes con los que hacer frente a estos gastos. Y la cuarta, porque la aplicación sin límites de tal doctrina perjudica claramente los intereses de los acreedores de la sociedad de gananciales o del cónyuge no adquirente.

En conclusión, existirán determinados efectos que se aplicarán a todas las separaciones de hecho sin excepción (los regulados expresamente en el Código civil), mientras que otros únicamente surtirán efecto cuando concurren determinadas circunstancias y, aún en tales casos, sólo respecto de uno de los cónyuges.

No obstante, los problemas surgen porque, posteriormente, las Audiencias Provinciales aplican de forma muy poca ortodoxa la doctrina jurisprudencial perfilada por el Tribunal Supremo⁵⁹. Así, no es infrecuente que las Au-

⁵⁸. Precisamente este argumento ha sido utilizado por la STS de 6 de julio de 1998 [RJ 1998, 5419] para negar la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el texto: «En estas condiciones, lo que parece abusivo y fuera de lugar son las manifestaciones del recurrente para evitar la ganancialidad del piso, basadas en que desde 1977 estaba separado de hecho de la recurrida. *No se otorgaron capitulaciones matrimoniales siquiera para poner en consonancia el régimen económico del matrimonio con aquella situación fáctica, por lo que es inviable el intento de evitar la aplicación de la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos rigiendo tal régimen, que no se extinguió hasta la sentencia firme de divorcio [...]*» [la cursiva es mía].

⁵⁹. De hecho, las Audiencias Provinciales han llegado a admitir expresamente que la separación de hecho provoca la disolución de la sociedad de gananciales. Ello se afirma, entre otras, en la SAP Jaén de 25 de enero de 2001 («es criterio unánime de la jurisprudencia [...] que probada una separación de hecho [...] es a partir de esa ruptura de convivencia cuando la disolución es patente y nos encontramos entonces ante patrimonios independientes»), SAP Segovia de 17 de julio de 2002 [JUR 2002, 245899], SAP Valencia de 28 de octubre de 2002 [JUR 2003, 52998] («el primer aspecto del recurso es el relativo a si los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales alcanza desde la separación de hecho o si ha de relegarse al momento de la separación judicial. Este Tribunal estima que es correcto el criterio de la resolución puesto que es criterio mayoritario en la jurisprudencia el que la separación conyugal excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, de modo que los efectos de la liquidación deberán abarcar no desde la separación judicial, sino ya desde la separación de hecho»), SAP Valladolid de 13 de enero de 2003 [JUR 2003, 54402] («[...] nada puede objetarse sobre la pretensión, conforme se viene interpretando uniformemente por este Tribunal, sobre la relevancia, para los efectos que de ello se deriven de la efectiva cesación de la convivencia entre los cónyuges (separación de hecho), como referente de la cesación de la sociedad de gananciales»), SAP Lleida de 9 de abril de 2003 («[...] Es por ello por lo que aquella ruptura de la convivencia marital es una situación que debe conllevar la efectiva conclusión de la sociedad

diencias Provinciales atribuyan la titularidad exclusiva de un bien al cónyuge que lo ha adquirido sin contar con la colaboración de su consorte, en separaciones de hecho de corta duración⁶⁰.

Si tenemos en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta (seguida reiteradamente por el Tribunal Supremo), resulta sorprendente la STS de 11 de octubre de 1999 [RJ 1997, 7324], que declara rotundamente la extinción de la sociedad de gananciales como consecuencia de la separación de hecho. Según la misma, «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 artículos 1393.3º y 1394 Cc, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono del hogar, 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». Ahora bien, esta resolución parte de unos hechos probados muy distintos respecto al resto de sentencias recaídas sobre el tema: en este caso, tras el abandono del hogar familiar del marido en 1982, la esposa denunció a su esposo por abandono de familia, aunque las diligencias judiciales fueron sobreesídas provisionalmente por desconocerse el paradero del marido. En 1991, en cuanto la mujer conoce el domicilio de su esposo, lo pone en conocimiento del Juzgado, solicita el levantamiento del sobreseimiento provisional y, meses después, interpone demanda de separación conyugal contra el mismo. Así pues, a diferencia de todas las sentencias anteriores, el cónyuge abandonado reacciona activamente contra el abandono⁶¹.

conyugal, máxime si se tiene en cuenta que a partir de entonces cada uno se procuró sus propios medios de subsistencia [...]. Por consiguiente, la disolución de la sociedad de gananciales tuvo lugar en el momento en que se produjo la separación de hecho consentida por ambos cónyuges, lo que a su vez comporta la exclusión de los sueldos y salarios que uno de ellos hubiera podido percibir a partir de aquel momento») y SAP Asturias de 15 de mayo de 2003 [AC 2003, 1113].

⁶⁰. La SAP Las Palmas de 8 de junio de 1998 [AC 1998, 6145] atribuye estos efectos jurídicos a una separación de hecho de siete años; la SAP Jaén de 25 de enero de 2001 [AC 2001, 512], por su parte, otorga tales efectos a una separación de un año; por último, la SAP Madrid de 12 de marzo de 2003 [JUR 2003, 187620] concede los citados efectos a la separación de hecho que se prolongó desde el 17 de septiembre de 1989 hasta el 25 de abril de 1995.

⁶¹. La citada sentencia, como era de esperar, ha recibido numerosas críticas de la doctrina. Así, MORALEJO IMBERNÓN («Comentario...», *art. cit.* (nota 35), p. 300) sostiene que esta interpretación del Tribunal Supremo sólo puede mantenerse de *lege ferenda*. Asimismo, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, Novena edición, Bosch, Barcelona 2002, p. 174) critica esta sentencia, por fallar haciendo caso omiso de la ley. Sin embargo, el autor reconoce que esta decisión está guiada por razones de equidad.

V. CONCLUSIONES

Los ingresos obtenidos unilateralmente por cada cónyuge durante la separación de hecho, así como los bienes adquiridos con estos ingresos, son calificados de forma distinta por la ley y por la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, realizando en ocasiones una interpretación *contra legem*, ha llegado a negar la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de los bienes adquiridos unilateralmente por los separados de hecho con ciertos ingresos. El Alto Tribunal sostiene una posición ambigua e imprecisa: no califica los bienes adquiridos durante este periodo 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.

Pues bien, en mi opinión, esta doctrina jurisprudencial que trata de frenar conductas abusivas, puede llegar a causar una gran inseguridad jurídica. Además, tras la promulgación de las leyes de 1981, ha perdido su razón de ser.

La solución de equidad que esboza el Tribunal Supremo en las sentencias de los años ochenta es merecedora de elogio. Ahora bien, estas sentencias han de circunscribirse a los casos concretos que las mismas intentaban resolver. En efecto, se trataba de separaciones de hecho muy duraderas, que habían sido iniciadas en un momento histórico en el que los separados de hecho no contaban con ningún remedio jurídico para regular los efectos patrimoniales derivados de su situación. Además, los cónyuges no tenían ningún tipo de incentivo para acudir a la separación legal, pues el divorcio no era vincular.

En estos casos, los cónyuges que dejaban de vivir juntos ni podían adoptar otro régimen económico a través de capitulaciones matrimoniales, ni tampoco podían solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, porque en las normas civiles entonces vigentes la separación de hecho no era contemplada como una causa de extinción de esta sociedad. Los más previsores, trataron de regular los efectos patrimoniales de la separación mediante convenios privados, cuya validez fue negada durante mucho tiempo por la doctrina y por la jurisprudencia. En tales circunstancias, la reclamación –después de muchos años de separación– de la mitad de los gananciales por parte del cónyuge que no había contribuido en su adquisición, era claramente una conducta abusiva del artículo 7.2^o Cc.

Sin embargo, en la actualidad los cónyuges cuentan con numerosas alternativas legales para evitar las anteriores consecuencias negativas. Pueden otorgar capi-

tulaciones matrimoniales; pueden solicitar la disolución judicial de la sociedad conyugal cuando transcurra un año; e, incluso antes (a los seis meses de la separación libremente consentida), puede instarse la separación judicial (artículo 82.5º Cc)⁶².

Por todo ello, considero que esa solución jurisprudencial –que conlleva la inaplicación de ciertas normas del régimen legal de gananciales– no debe ser empleada, por regla general, para resolver los problemas que suscitan en la actualidad las separaciones de hecho⁶³. Es cierto que, en estos casos, la aplicación estricta de la ley desencadenará resultados indeseables; pero también lo es que el cónyuge adquirente dispone de diversos mecanismos jurídico-privados para evitar la producción de estos resultados.

Por otra parte, 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 Cc: por ejemplo, rentas por trabajo de carácter extraordinario, pensiones, indemnizaciones por despido, etc.⁶⁴. Asimismo, el Alto Tribunal tampoco se pronuncia

⁶². Sobre la base de este precepto, algunos autores han cuestionado la utilidad de los artículos 1388 y 1393.3º Cc. Si bien el artículo 1388 Cc permite a cualquiera de los cónyuges solicitar judicialmente la administración de los bienes de mediar una separación de hecho, o el artículo 1393.3º Cc recoge la posibilidad de solicitar la disolución judicial del régimen en estos casos, pudiendo hacer lo más (solicitar judicialmente una separación anteriormente consentida por ambos), ¿por qué conformarse con lo menos (pedir la disolución de la sociedad de gananciales)? Es muy probable que si los cónyuges deciden acudir a los tribunales, insten directamente la separación judicial, pues la misma lleva aparejada tanto la disolución del régimen de gananciales, como la administración de los bienes que por sentencia le hayan sido adjudicados. Admiten que la vía del artículo 82.5º Cc resulta más ágil y útil que la vía del artículo 1393.3º Cc, CUTILLA TORNS («Reflexiones...», *art. cit.* (nota 5), p. 1217) y RUEDA PÉREZ («Efectos patrimoniales...», *art. cit.* (nota 8), p. 286).

⁶³. Como 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 1392.3º Cc), continua subsistiendo la sociedad de gananciales.

⁶⁴. Esta cuestión ha sido examinada por la «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales. Según la misma, pese a que en virtud del artículo 1347.1º Cc cualquier tipo de ingreso derivado de la industria o trabajo de los cónyuges debe ser considerado ganancial, cuando la pensión de jubilación (SAP Cuenca de 15 de julio de 1997), ingresos por trabajo de carácter excepcional (SAP Madrid de 12 de marzo de 2003 [JUR 2003, 187620] o indemnización por despido (SAP Castellón de la Plana de 29 de abril de 1997) hayan sido obtenidos durante la separación de hecho, se modificará su calificación y desaparecerán del activo de la sociedad de gananciales.

sobre la vigencia del resto de efectos o consecuencias inherentes a la sociedad legal de gananciales⁶⁵.

Mucho más criticable resulta la opción escogida por la STS de 11 de octubre de 1999 (según la cual, la libre separación de hecho provoca la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de esperar a la resolución judicial), puesto que tal solución implica una ignorancia absoluta de las normas vigentes (artículos 1392 y 1393 Cc). Aunque en virtud del artículo 3.1 Cc las normas han de interpretarse en relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, en mi opinión, tal interpretación no puede hacer decir a un precepto lo que no dice, ni puede transformar lo que por ley es ganancial, en privativo.

Debido a estos inconvenientes, se ha propuesto, *de lege ferenda*, que la separación de hecho prolongada constituya una de las causas que provocan la extinción automática de la sociedad de gananciales⁶⁶. Pero, al igual que MO-

⁶⁵ Sirva como ejemplo el artículo 1351 Cc: «las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego [...] pertenecerán a la sociedad de gananciales». Así pues, en virtud del artículo citado, cualquier premio o lotería conseguido durante la vigencia del régimen de gananciales deberá reputarse ganancial. Ahora bien, este precepto —como todos los que se encuentran ubicados en sede de régimen legal de gananciales— parece estar pensado para una situación de convivencia matrimonial. Así las cosas, ¿qué ocurrirá cuando el premio de lotería haya sido obtenido por uno sólo de los cónyuges durante la separación de hecho?; ¿puede afirmarse que la mera separación de hecho provoca la suspensión del artículo 1351 Cc? En relación con esta cuestión, la SAP León de 2 de marzo de 2002 [JUR 2002, 150007] (que parte de una separación de hecho de corta duración) declara el carácter privativo del premio de lotería obtenido días antes de que se dictase la sentencia de separación.

La respuesta a los interrogantes formulados anteriormente dependerá —en mi opinión— de la concreta separación de hecho ante la que nos encontremos: de esta forma, si se trata de una separación de hecho prolongada (*v. gr.*, de más de cuarenta años) la posterior solicitud del otro consorte reclamando la mitad de ese premio de lotería, probablemente constituya una conducta abusiva conforme al artículo 7.2 Cc. Por el contrario, una separación de hecho de corta duración no debería tener fuerza suficiente para cambiar el carácter de los premios obtenidos en estas circunstancias. A mi juicio, la citada sentencia de la AP León de 2 de marzo de 2002 declara el carácter privativo del premio de lotería únicamente por razones de equidad, pues el mismo fue obtenido días antes de que se dictase la sentencia de separación. Tal solución nos permite afirmar de nuevo que, probablemente, la respuesta a los interrogantes expuestos deba matizarse cuando los ingresos hayan sido obtenidos durante el periodo en el que se está tramitando la separación judicial, en el que, *de lege lata*, continuará vigente la sociedad de gananciales (según el artículo 1392.3º Cc, la sociedad de gananciales no concluirá de pleno derecho hasta que «judicialmente se decrete la separación de los cónyuges»).

⁶⁶ GARCÍA URBANO («Comentario al artículo 1393 Cc», *Comentario de Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 763).

RALEJO IMBERNÓN⁶⁷, considero que, para ello, deberán habilitarse los medios necesarios para que los terceros sean conocedores de la nueva situación. En efecto, del régimen económico matrimonial depende la calificación de los bienes ulteriormente adquiridos por los esposos, y la responsabilidad, tanto de estos bienes como de los aportados a la sociedad frente a los terceros. Por ello, el conocimiento tanto del régimen económico como de cualquier situación anormal que pueda modificar el estatuto económico conyugal es de gran importancia para dichos terceros quienes, a falta de capitulaciones, presumirán la vigencia del régimen de gananciales (artículo 1316 Cc). De ahí que lo más adecuado sería que esta situación fáctica no perjudicase a los terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil, a pesar de los notables defectos de que adolece este registro (en especial, el de su dispersión).

Otra posible solución consistiría en que la resolución judicial que disuelve la sociedad de gananciales, retrotrajese los efectos disolutorios a la fecha del abandono o de la separación mutuamente consentida, sin que pueda perjudicar, en ningún caso, los derechos de los terceros⁶⁸. De esta forma, la extinción de la sociedad de gananciales surtirá efectos entre los cónyuges desde que lo acuerde el juez, y respecto de los terceros de buena fe, desde que se haga constar la resolución judicial en el Registro Civil o en el de la Propiedad (para enervar la fe pública del tercero hipotecario).

⁶⁷. «Comentario...», *art. cit.* (nota 35), p. 300.

⁶⁸. CUTILLA TORNS («Reflexiones...», *art. cit.* (nota 5), p. 1217) y REYES GALLUR («La separación de hecho», *art. cit.* (nota 26), p. 26). Desde mi punto de vista, puede sostenerse una solución parecida para resolver los problemas que surgen durante el periodo de tramitación de la separación judicial o divorcio ya que, en estos casos, la disolución de la sociedad de gananciales sólo surtirá efectos desde que se dicte la sentencia (*ex* artículo 1392.3º Cc).