

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. POR VIRTUD DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1.320 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO CIVIL, EFECTUADA POR LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975, LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL HECHA DE COMÚN ACUERDO POR LOS CÓNYUGES, SUSTITUYENDO EL SISTEMA DE GANANCIALES POR EL DE SEPARACIÓN DE BIENES, LLEVA CONSIGO LA EXTINCIÓN DEL ANTERIOR RÉGIMEN DE COMUNIDAD Y SE PUEDE PROCEDER A SU LIQUIDACIÓN CON LA CONSIGUIENTE ADJUDICACIÓN A LOS ESPOSOS DE LOS BIENES QUE LA INTEGRAN, SIN QUE SEA OBSTÁCULO LA LITERALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1.417 Y 1.433 DEL CÓDIGO, PORQUE NO PARECE INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DEJARLOS SUBSISTENTES EN SU ACTUAL REDACCIÓN CUANDO SE ABORDE LA REFORMA GENERAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Resolución de 29 de septiembre de 1978 (B. O. del E. de 18 de octubre).

Antecedentes de hecho.—El 11 de marzo de 1976, los cónyuges don Emilio Fontán Arosa y doña María Casado Barceló otorgaron escritura que fue autorizada en Hospitalet por el Notario don Julio Burdiel Hernández, en cuya parte expositiva hacen constar que, no obstante ser de regionalidad

catalana por residencia, su régimen matrimonial era el legal de gananciales de derecho común, y que en procedimiento promovido por ellos, el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis, en sentencia de 5 de marzo de 1975, y el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, por providencia de 30 de julio del mismo año, habían decretado la separación de los cónyuges, fijando el Juzgado alimentos a la esposa; en su parte dispositiva otorgaron capitulaciones matrimoniales, y al amparo del artículo 9 del Código Civil, aplicable en virtud de la remisión general del artículo 13 del mismo Cuerpo legal, cambiaron el régimen de gananciales por el de separación de bienes que correspondía a su vecindad civil catalana, procediendo a la liquidación y adjudicación de los bienes que se describen, que constituían el patrimonio de su anterior sociedad de gananciales.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Barcelona primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que antecede en cuanto a la finca radicante en la demarcación de este Registro, por observarse los siguientes defectos:

1.º El subsanable de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial dictada el 30 de julio de 1975, por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, que decretó la separación de los cónyuges, y que se reseña en el apartado VI de la exposición.

2.º El insubsanable de que la modificación del régimen económico del matrimonio por acuerdo común de los cónyuges, conforme autoriza el artículo 1.320, reformado, del Código Civil, no es causa de disolución de la sociedad de gananciales (por la que se regía hasta ese momento la sociedad conyugal), y por consiguiente carecen de validez la liquidación y adjudicaciones practicadas en la cláusula 2.ª del otorgamiento».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el primer defecto señalado en la nota no es congruente con el contenido dispositivo de la escritura, pues ésta no se limita a disolver la sociedad de gananciales como consecuencia automática de la separación judicial, sino que por su esencia se concreta en una capitulación matrimonial en la que dos cónyuges regulan el régimen de bienes que en adelante ha de regir su matrimonio, y en consecuencia liquidan los bienes de su anterior sociedad conyugal; que los cónyuges, que pudieron pedir la separación de bienes fundándose en la separación personal, no se limitaron a esto, sino que decidieron modificar su régimen matrimonial, adoptando un nuevo régimen que no es el que se seguiría si se hubiera pedido la separación judicial de bienes; que esta decisión puede ser adoptada por cualesquiera cónyuges que deseen modificar su régimen matrimonial, aunque no estén en situación de separación personal; que el primer defecto de la nota, además de incongruente, es contrario a derecho, al no distinguir si el criterio sostenido lo es, tanto en el caso de que la providencia decreta la separación personal, que es el supuesto contemplado, como en el de que ordenase la separación de bienes y como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal; que en este último caso sería de por sí una causa de liquidación de dicha sociedad; que así, pues, la aportación del testimonio de la providencia citada en la escritura no permitiría al Registrador la inscripción de ésta; que, en cuanto al segundo defecto de la nota, el Notario recurrente manifiesta que la modificación del régimen

económico del matrimonio por acuerdo de los cónyuges permitido con carácter general por el artículo 1.320 del Código Civil, es causa de disolución de la sociedad de gananciales cuando el régimen adoptado, como ocurre en nuestro caso, tenga una incompatibilidad lógica con aquél; que aun en los casos en que el régimen adoptado como nuevo no tenga incompatibilidad lógica con la sociedad legal de gananciales, la amplitud con que está redactado actualmente el artículo 1.315 del Código Civil, corroborado por el 1.322 y confirmado por el 1.432, permite a los cónyuges, en uso de su autonomía privada, extinguir la sociedad de gananciales inicial y estipular sobre la liquidación y adjudicación de los bienes que la integraban; que esta interpretación está de acuerdo con las finalidades perseguidas en esta materia por las dos últimas Leyes de reforma del Código Civil, la de 31 de mayo de 1974, que pretende que el régimen matrimonial de los esposos pueda adecuarse a la legislación del territorio en que viven, y la de 2 de mayo de 1975, que pretende, por la vía pacífica y rápida de las capitulaciones postnupciales, dar solución a conflictos conyugales.

El Registrador informó: Que los Registradores están facultados para solicitar los documentos precisos para la calificación, y aunque ninguna disposición concreta de la legislación hipotecaria conceda al funcionario calificador esta facultad, la naturaleza de su función y el contenido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario así lo exige; que numerosas resoluciones de la Dirección General proclaman que cuando en los documentos presentados faltan datos para calificar puede el Registrador pedir la presentación de aquellos que estime necesarios, advirtiéndolo al interesado que su no presentación será motivo para suspender la inscripción; que el recurrente distingue entre los antecedentes y el otorgamiento y entre la parte expositiva y dispositiva de la escritura, a los efectos de sólo ser calificables los pactos y estipulaciones contenidas en esta última, sin tener en cuenta que la función calificadora ha de ser total e indivisible, comprendiendo en ella no sólo el documento básico en su integridad, como título formal, sino también todos los complementarios que informen al acto que es objeto de la calificación (título material), y en este sentido se pronuncia la resolución de 22 de enero de 1927, al interpretar el artículo 33 del Reglamento Hipotecario; que en cuanto al segundo defecto de la nota hay que aclarar que, en el otorgamiento de la escritura, los consortes don Emilio Fontán y doña María Casado, constante su matrimonio (en situación de separación personal, pero no declarada judicialmente la separación de bienes), proceden por su voluntad a disolver y liquidar su sociedad de gananciales, adjudicándose por mitad los bienes que la integran, con violación clarísima del artículo 1.392 del Código Civil; que dichos esposos están en situación de *separación personal* en virtud de sentencia firme, pero no han solicitado ni se ha decretado por providencia judicial la separación de bienes (conforme dispone el art. 1.432 del mismo Código), sino que sólo por determinación voluntaria de ambos y sin que sea ésta una de las causas previstas por los artículos 1.434 y 1.417 del Código, disuelven y liquidan la sociedad de gananciales; que, de conformidad con la legalidad vigente, ni el otorgamiento de nuevas capitulaciones, ni la modificación del régimen matrimonial anterior (arts. 1.315 y 1.320 del Código Civil), ni ningún otro acto voluntario de los consortes, pueden por sí solos provocar, durante la subsistencia del matrimonio, la conclusión de la sociedad de gananciales, su liquidación y la adjudicación de los bienes que la integran; que las causas de disolución de la sociedad de gananciales son sólo las previstas por la ley, y excluyen

cualquier otro supuesto no establecido en ella; que la reforma del Código por la Ley de 20 de mayo de 1975 autorizó el otorgamiento de capitulaciones postnupciales (art. 1.315) y la modificación, en todo momento, por acuerdo de los cónyuges del régimen económico del matrimonio, pero lo que no se autorizó de forma alguna—en contra de lo que pretende el recurrente— fue que las nuevas capitulaciones, o la modificación del régimen económico, sean causa de la disolución, liquidación y adjudicación del patrimonio de la anterior sociedad de gananciales, que el legislador podía haber incluido tales actos entre las causas de disolución del artículo 1.417 del Código; pero al no hacerlo nos encontramos con que los referidos otorgamientos de la escritura calificada inciden en el artículo 6.º, 3, del propio Código, contraviniendo, además, lo dispuesto en el artículo 1.255; que la interpretación hecha por el recurrente, de la exposición de motivo de la Ley de 2 de mayo de 1975, rebasa desorbitadamente los extremos concretos que el legislador quiso modificar; que carece de base la afirmación del recurrente de que el artículo 1.417 del Código sólo es aplicable a los casos de inmutabilidad del régimen económico matrimonial; que no hay inconveniente, ni legal ni de hecho, para que, otorgadas nuevas capitulaciones o estatuido un nuevo régimen económico, puedan coexistir en el mismo matrimonio la sociedad de gananciales y el nuevo régimen pactado; que es también inaceptable, por desacertada e inexacta, la interpretación dada por el recurrente a los artículos 1.315 y 1.322 del Código Civil.

El Presidente de la Audiencia confirmó el primer extremo de la nota de calificación declarando que la petición de un documento mencionado en la escritura, como es la certificación de la providencia judicial de separación, interesa y es congruente a efectos de la calificación, y revocó el segundo extremo de la nota por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente.

Tanto el Notario como el funcionario calificador se alzaron de la decisión presidencial.

Y la Dirección General (1) acordó que, con confirmación parcial del auto apelado, procede revocar la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Para una mejor comprensión de este recurso conviene alterar el orden de los defectos y comenzar su examen por el segundo de los señalados en la nota, a saber: si la modificación hecha de común acuerdo por los cónyuges de sustituir el sistema de gananciales que venía rigiendo las relaciones económicas de su matrimonio por el de separación de bienes establecido en la Compilación de Cataluña—modificación permitida por el reformado artículo 1.320 del Código Civil—, lleva consigo la extinción del anterior régimen de comunidad, y se puede proceder a su liquidación con la consiguiente adjudicación de los bienes que lo integran a los dos esposos interesados.

Una de las innovaciones de más trascendencia introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha sido la de sustituir dentro del Derecho civil común el principio de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio por el permisivo de su modificación, no ya sólo por lo que supone el cambio del rígido criterio anterior, al quedar ahora

(1) Vistos los artículos 9, 13, 1.255, 1.315, 1.320, 1.322, 1.334, 1.394, 1.417, 1.432 y 1.433 del Código Civil, 18 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento para su ejecución.

esta materia sujeta a la autonomía de la voluntad, sino también por las consecuencias que en cadena lleva aparejado esta reforma, al afectar a toda una serie de preceptos del Código Civil, como, entre otros, el 1.334 (donaciones entre cónyuges) o el 1.394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que han de obligar a una profunda modificación de nuestro Cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy existen debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas, lo que exige un detenido estudio, que puso ya de relieve la exposición de motivos de la citada Ley de 1975.

El principal obstáculo que se opone a la disolución pretendida se encuentra en el contenido del artículo 1.417 del Código Civil y del 1.433, al que el primer precepto se remite, al no incluir entre las causas de conclusión de la sociedad de gananciales la de su sustitución por otro régimen económico matrimonial.

El hecho de que en la taxativa enumeración de causas de disolución de la sociedad de gananciales, que contiene el artículo 1.417, no aparezca la actualmente discutida, es algo natural que responde, lógicamente, al criterio que había adoptado el legislador de 1889, de mantener el principio de inmutabilidad del régimen matrimonial; pero, alterado este sistema por la reforma, ha surgido como consecuencia inevitable la existencia de una nueva causa de disolución, deducida de un claro argumento de reducción al absurdo, pues, de no admitirse su posibilidad, nos encontraríamos con la simultaneidad de dos regímenes económicos en un mismo matrimonio, y habría que distinguir entre los bienes anteriores al cambio y los adquiridos con posterioridad, sujetos a distinto sistema de administración y disposición, con la consiguiente perturbación no sólo en las relaciones entre los esposos, sino frente a terceros.

La anterior argumentación aparece además abonada ante la circunstancia, prevista en la propia exposición de motivos de la Ley de 1975, de que la temática de la sociedad de gananciales por su dificultad especial y ser necesario su estudio en profundidad queda aplazada su reforma para más adelante, una vez finalizado este estudio, a fin de que resulte coherente con las modificaciones ya introducidas, lo que prueba que no es intención del legislador dejar subsistente en su redacción actual preceptos tan fundamentales como los artículos 1.417 y 1.433, que a nuestro efecto interesan, que han de ser ya interpretados con arreglo al artículo 3.º, 1, del Código Civil, teniendo en cuenta esta circunstancia histórica y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicados.

En el supuesto de este expediente, y con ello se entra en el examen del otro defecto, procede examinar si la circunstancia de no aportarse testimonio firme de la providencia judicial, que decretó la separación personal de los esposos, puede constituir un obstáculo para la inscripción en tanto no esté presentada en el Registro y como documento complementario a calificar por el Registrador.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, fundamental en la materia al consagrar el principio de legalidad, contempla las facultades que a los Registradores competen en el ejercicio de su función calificadora, entre la que, indudablemente, se encuentra la de poder exigir aquellos documentos complementarios—máxime si aparecen relacionados en el título principal—que puedan serle necesarios para un mayor acierto en la calificación, por lo que, en principio, su cautela aparecería justificada, si

de retocar los artículos 1.417 y 1.433 del Código para incluir como nueva causa de disolución de la sociedad de gananciales las capitulaciones en que este régimen se sustituyera por el de separación de bienes. Parece que hay unanimidad en entender que se trató de un descuido y no de una voluntad de mantener una sociedad de gananciales continuada a pesar de que capítulos *post nuptias* hubiesen sustituido el régimen de comunidad por el de separación.

a) Estos cinco considerandos son suficientes para demostrarnos que no es admisible la tesis de que no es posible la disolución de la sociedad de gananciales, aunque ambos cónyuges lo deseen, al sustituir el régimen de gananciales por el de separación, porque el Código, en interés de los terceros y de los mismos cónyuges, ha prohibido tal disolución; pero no son suficientes para determinar si tal disolución y consiguientes liquidación y adjudicaciones son obligadas para los cónyuges, por lo cual basta con que uno de ellos las pida para que el otro tenga que pasar por ello, o si, por el contrario, requieren consenso, bien en el momento mismo de alterar el régimen económico matrimonial, o bien en escritura posterior. Creo que no son suficientes, porque contienen expresiones un tanto contradictorias.

Así, el considerando primero, cuando se pregunta si la sustitución del sistema de gananciales por el de separación acordada por los cónyuges lleva consigo la extinción del anterior régimen y se puede proceder a su liquidación y consiguiente adjudicación de bienes, contiene en sí una contradicción: las palabras *lleva consigo* conducen a la disolución y liquidación obligadas; las palabras *se puede proceder* conducen a la necesidad de conformidad de ambos cónyuges para entrar en la liquidación y adjudicación. Igualmente, aunque de manera más imprecisa, en el cuarto considerando, las palabras *consecuencia inevitable*, referidas a la disolución, conducen a la primera solución, mientras que la palabra *posibilidad*, también referida a la disolución, nos conducen a la segunda. Bien es verdad que no era necesario entrar en el problema de si un cónyuge puede imponer al otro la disolución, liquidación y adjudicación cuando en los capítulos de alteración del régimen conyugal nada se ha estipulado sobre ello, porque la cuestión consistía sólo en desvirtuar la tesis de que la disolución es imposible (3); pero no hubiese estado de más precisar bien el carácter de la disolución de la sociedad de gananciales producida por la sustitución del régimen de gananciales por el de separación.

b) Tampoco resuelve la cuestión de si la liquidación y adjudicación de gananciales es obligada o solamente posible la resolución de 23 de julio de 1979. Se trataba de un caso en el que el peligro de donación entre cónyuges a través de una liquidación de gananciales conexas a un cambio de régimen matrimonial en capitulaciones se veía agravado por un reconocimiento de privatividad del único bien a adjudicar. Nos interesa aquí solamente el considerando tercero, según el cual: a) el artículo 1.320 reformado del Código permite a los cónyuges en todo momento modificar (esta palabra falta por error en el B.O.) el régimen

(3) Carece ya de interés el analizar los cinco considerandos, pero conviene destacar aquí los peligros de sacar de quicio el mandato del artículo 3.º, 1, del Código Civil de interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, llegando a la exageración de admitir como elemento interpretativo de la Ley la mera intención de reformarla en un futuro próximo por muy notoria que sea esa intención.

económico matrimonial, y b) la modificación consistente en la sustitución del sistema de gananciales por el de separación de bienes *lleva consigo* la extinción de aquél (Res. de 29 de septiembre de 1978), por lo que *se puede proceder* a la liquidación y consiguiente adjudicación. Se reproducen las frases de la resolución que comento: la que contiene las palabras *lleva consigo* parece conducir a la disolución, liquidación y adjudicación obligadas de la sociedad de gananciales; la que contiene las palabras *se puede proceder* parece conducir a la solución de que es necesario el mutuo consentimiento de disolver, liquidar y adjudicar. Se me dirá que el problema carece de importancia, porque habrá un consentimiento mutuo y simultáneo de sustituir el régimen económico matrimonial y de disolver la anterior sociedad de gananciales adjudicando bienes concretos a cada uno en pago de su haber después del correspondiente inventario, evalúo y liquidación; pero hay que tener en cuenta que es muy posible que las capitulaciones contengan sólo la sustitución del sistema y sea después, al echar números para repartirse los bienes, cuando surja el desacuerdo, y entonces uno exija la división de los gananciales incluso judicialmente y el otro alegue que precisamente el no liquidar en los capítulos es suficiente demostración de que sólo se pretendía derogar el sistema para el futuro, manteniendo el patrimonio ganancial presente sometido al régimen anterior (sin retroactividad en la alteración de régimen).

c) GULLÓN (4), entre las varias cuestiones que plantea en torno a la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 1975, se pregunta si los cónyuges pueden disolver la sociedad de gananciales con motivo de una alteración del régimen económico matrimonial o si la misma ha de subsistir hasta que se den algunas de las causas previstas en el artículo 1.417. Dice que, aunque hubiera sido necesario que a éstas se hubiese añadido en dicho artículo la de sustitución del régimen de gananciales por otro en capítulos posteriores al matrimonio, no debe entenderse que hubo propósito deliberado de mantener la sociedad de gananciales, en tal caso, porque sería absurdo y porque hay indicios de lo contrario en los artículos 1.322, cuyo apartado último sobraría si fuera obligada la subsistencia de la sociedad de gananciales, y en el 1.438, por la misma razón.

Pero el establecimiento de otro régimen, y en especial el de separación, ¿supone la disolución de la sociedad de gananciales, aunque los cónyuges no lo digan? GULLÓN opina que sí, por razones de claridad y de justicia, y lo fundamenta no sólo por lo dicho respecto al artículo 1.322, sino en los artículos 1.433 y 1.434, según lo cuales, acordada la separación de bienes, quedará disuelta la sociedad de gananciales y se

(4) A. GULLÓN: «Observaciones sobre la reforma del régimen de las capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977, págs. 81 y siguientes.

Se hace eco de las generales alabanzas hechas de este giro de la tradición castellana acogiendo el principio propio de las legislaciones forales, añadiendo a las explicaciones de este giro que hace la Exposición de Motivos la de que el legislador venía moralmente obligado a darle por la reforma del Título Preliminar, en cuanto establecían los preceptos de los artículos 9, 3.º, y 16, 1.º Pero apunta que si *de facto* viene a permitir legalizaciones de las consecuencias económicas que lleva consigo la separación de hecho, sobre éstas planeará todavía los clásicos argumentos de la causa ilícita que subyace en los convenios de separación en cuanto se oponen al deber de convivencia del artículo 36, salvo que medie separación legal; así como también la prohibición del artículo 1.814. Todo ello a pesar de las argumentaciones y alegatos de autores como CÁMARA que rechazan la ilicitud de la causa y la contradicción con ambos preceptos (MANUEL DE LA CÁMARA: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 16 y ss.).

hará su liquidación. Este argumento no es muy concluyente, porque el 1.434 declara disuelta la sociedad de gananciales cuando se ha obtenido judicialmente la separación de bienes por las causas del 1.433. Termina GULLÓN diciendo que, si bien es válido el pacto de disolución de la sociedad de gananciales, nada obsta para que se obliguen los cónyuges a no liquidarla. Se estaría en el supuesto de una sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, perfectamente normal, como resulta del artículo 1.431 del Código.

A continuación estudia GULLÓN la incidencia que en la disolución y adjudicación de la sociedad de gananciales consiguiente al cambio de régimen económico pueda tener la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges de los artículos 1.334 y 1.335 (5).

LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPI (6) se preguntan si pactado en capítulos *post nuptias* el régimen de separación, pueden o deben los cónyuges liquidar la masa ganancial, analizan los artículos 1.417, 1.433, 1.394, la antinomia entre el 1.320 y el 1.394, todos del Código Civil, y citan la opinión de FERNÁNDEZ OUTIÑA (en *Foro Gallego*, 1975, I, 22), a quien estas contradicciones y antinomias le llevan a esperar que la jurisprudencia terminará inclinándose por la inmodificabilidad del régimen de gananciales. Ellos, en cambio, afirman que los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales, porque, si no, se desnaturalizaría el sentido de la reforma; pero también mantienen que se puede pactar la separación para el futuro y mantener común la masa existente en el momento de las capitulaciones; es decir, que pueden liquidar o no liquidar, y estiman que si nada se pacta, cualquiera de los cónyuges puede exigir la liquidación. Se preguntan qué sucederá si las partes no pactan la liquidación o ninguno de ellos la exige, y estiman que el procedimiento liquidatorio es de orden público y deben respetar el procedimiento y los principios del mismo. En tal caso, la presunción del artículo 1.407 continúa, y la confesión sobre el carácter de los bienes tendrá también carácter relativo.

SANZ (7), analizando la repercusión sobre la sociedad de gananciales de la adopción del régimen de separación en capítulos *post nuptias*, se pregunta si esta separación de bienes convenida es causa de disolución de aquella sociedad existente al tiempo del pacto, y le parece evidente la contestación negativa en principio, basándose en los artículos 1.417 y 1.394, no modificados, y en el 1.320, que habla de modificar y no de sustituir ni disolver la sociedad de gananciales. Pero entiende que es totalmente distinta la cuestión de si los cónyuges, voluntariamente, pueden disolver la anterior sociedad ganancial o limitar y modificar sus normas reguladoras al pactar en capítulos el régimen de separación, y esta cues-

(5) Este argumento de que al socaire de la liquidación de gananciales se realicen donaciones u otros contratos, prohibidos a los cónyuges aun después de la reforma y aun rigiendo el régimen de separación, fue el más eficazmente manejado en un principio; pero posteriormente al irse viendo que las capitulaciones *post nuptias* se instalaban en el campo de las separaciones de hecho de los matrimonios fracasados, se fue restando importancia a la posibilidad de que se utilizasen para disimular donaciones entre cónyuges, y la crítica se fue centrando en la falta de homologación judicial prevista en muchas legislaciones como lógico residuo de la separación judicial y garantía del cónyuge más débil o menos preparado para la controversia económico-matrimonial.

(6) En el trabajo que se cita en la nota 16 al pie.

(7) ANGEL SANZ: «Situación de la mujer casada en el Derecho Civil (Reforma de 2 de mayo de 1975)», *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II, 1976, págs. 751 y ss., especialmente 964 y ss. y 982 y ss., y también *Revista de Derecho Notarial*, núm. 96, abril-junio 1977, págs. 160 y siguientes, 305, 314 y ss., y 328 y ss.

ción debe contestarse afirmativamente, por no encontrar obstáculos insuperables a la contestación afirmativa y poderse apoyar en las siguientes consideraciones: 1.ª El artículo 1.315, que permite estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. 2.ª No ser obstáculo el artículo 1.316 ni existir ninguna norma prohibitiva y, en cambio, resultar de la exposición de motivos de la ley de reforma y de los artículos 1.315, 1.320 y 1.321, admitido implícitamente el acordar tal disolución. 3.ª No ser tampoco obstáculo el artículo 1.394, a la vista de sus más autorizadas interpretaciones. 4.ª No serlo tampoco el artículo 1.417 (8). Las dos únicas limitaciones que SANZ encuentra a la disolución-liquidación convenida son la del artículo 1.322, en su párrafo final (precepto cuyo paralelismo con el 1.438 demuestra la posibilidad de la liquidación), y la del artículo 1.394, pues la renuncia equivaldría a una donación prohibida por el 1.334.

Las conclusiones de SANZ son, pues: 1.ª Que la separación de bienes convenida no produce *ipso jure* la disolución de la sociedad de gananciales, y por ello el pacto de separación no faculta a un cónyuge para exigir del otro tal liquidación. 2.ª Que los cónyuges pueden completar aquel pacto con la disolución y liquidación de los bienes gananciales, con lo cual todos los bienes presentes y futuros quedan sometidos al régimen de separación. 3.ª Que pueden convenir también el mantenimiento de la sociedad de gananciales existente, coexistiendo con la separación para el futuro, bien lo hagan expresamente o bien implícitamente, aunque en este segundo caso la situación es bastante complicada, en términos que hacen pensar en la «conveniencia de mantener como norma la de disolución de la sociedad de gananciales preexistente» (9).

GARRIDO DE PALMA (10) trata por separado las dos cuestiones siguientes:

Primera. Si se otorgan capitulaciones *post nuptias* pactando el régimen de separación, ¿puede pactarse la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales? Sin indicación ninguna sobre quién haya mantenido la contestación negativa, afirma que el argumento fundamental para la misma es el silencio del no modificado artículo 1.417, y que otros argumentos, como los textos literales de los artículos 1.392 («al disolver el matrimonio»), 1.394 (prohibición de la renuncia durante el matrimonio), 1.320 reformado (que habla de modificar y no de sustituir) y 1.433 (que también silencia esta causa de disolución) no tienen fuerza jurídica suficiente, y menos aún la tienen—según él—las alegaciones de la posibilidad de fraude o el temor potencial a la donación entre cónyuges. Mantiene GARRIDO DE PALMA la contestación afirmativa en base a los siguientes argumentos: 1. La trayectoria legislativa y la lógica jurídica que no permite dejar casi sin efecto la reforma, lo que ocurriría si no se reconduce al principio de autonomía de la voluntad la liquidación de la so-

(8) Traer a colación el artículo 1.417 intocado para deducir que su no modificación no es obstáculo para mantener que hay una nueva causa de disolución (el pacto de ambos cónyuges a raíz de una modificación de régimen económico conyugal) y a la vez para deducir que esta modificación no produzca tal disolución implica cierto malabarismo.

(9) En resumen, termina SANZ diciendo que la adopción del régimen de separación si no hay gananciales o si éstos de mutuo acuerdo se liquidan no origina problema por quedar el anterior régimen modificado totalmente y sustituido por el nuevo; pero si hay gananciales y no se disuelve la sociedad ni se liquidan y adjudican, aparece una juxtaposición de regímenes y una situación que precisa matizarse detenidamente para determinar cuál de las varias posibilidades que caben, algunas de las cuales analiza.

(10) VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA: «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial después de la reforma de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 93-94, julio-diciembre 1976, págs. 8 y ss., especialmente 35 y ss.

ciudad de gananciales anterior a los capítulos. 2. El artículo 1.315 (... «relativamente a los bienes presentes...»). 3. El de que si no se pudiese pactar la disolución, no sería posible capitular estableciendo la comunidad universal (argumento que encuentro el más endeble de todos); y 4. Las Compilaciones de Aragón y Navarra y el Derecho comparado. Argumento este que no encuentro decisivo, si pensamos en las legislaciones en que los capítulos *post nuptias* con cambio de régimen conyugal requieren homologación judicial.

Segunda. Otorgadas dichas capitulaciones, ¿ha de disolverse la sociedad de gananciales necesaria e inevitablemente? Los argumentos de la contestación afirmativa son: el artículo 1.434 por analogía, los imperativos de claridad, la necesidad de evitar dos regímenes contrapuestos simultáneamente (arts. 1.401 y 1.407), la esterilización en la práctica de la sociedad de gananciales y el peligro de donaciones entre cónyuges y fraudes para terceros. Pero, a pesar de todo esto, no ve por qué ha de disolverse automáticamente la comunidad legal, porque no es éste el criterio de las legislaciones forales ni del *Code*, ni se deduce del artículo 1.417 y la alegación de los artículos 1.434 y 1.364 es forzar su *ratio*. Reconoce que son verdaderos los inconvenientes de mantener simultáneamente dos regímenes contrarios, uno para los bienes existentes y otro para los futuros, pero no son decisivos, porque no son tan difíciles las soluciones para las dificultades concretas, aunque el artículo 1.407 pierda su razón de ser. Por el contrario, presenta GARRIDO DE PALMA varios supuestos en los que resulta conveniente mantener la sociedad de gananciales en cuanto al pretérito, como son: cuando se trate sólo de clarificar la situación económico-matrimonial para el futuro, cuando falte acuerdo de momento, cuando la liquidación sea compleja y cuando convenga demostrar la mayor buena fe en caso de situación económica vacilante o próxima a la insolvencia de algunos de los cónyuges o del patrimonio ganancial.

En los tratados generales encontramos tanto la consagración de la posibilidad de disolver convencionalmente la sociedad de gananciales, liquidándola y adjudicando sus bienes como la falta de seguridad sobre si tal disolución es posible o además obligada. Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, págs. 219 y sigs.) dicen que, además de las causas del artículo 1.417 en relación con el 1.433, también determinan la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges de modificación postnupcial del régimen económico del matrimonio, pues así se deduce del artículo 1.320. No tendría sentido que los cónyuges pudiesen establecer para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales sin que ésta quedara disuelta y sin llevar a cabo su liquidación: el 1.417 hay que entenderlo implícitamente modificado en virtud del *lex posterior*... A continuación estudian la cuestión del carácter automático o facultativo de las causas de disolución, pero sin detenerse especialmente en la causa de disolución que nos ocupa.

GÓMEZ FERRER (11) comienza por preguntarse si al pactarse *post nuptias* el régimen de separación puede pactarse además la disolución y liquida-

(11) RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 526, mayo-junio 1978, págs. 308 y ss.

ción de la sociedad de gananciales; pero no se contesta, por dar a entender que la contestación afirmativa no necesita demostración, limitándose a citar las opiniones de SANZ y GARRIDO DE PALMA. Se pregunta después si el pactar el régimen de separación supone necesariamente la disolución automática de la sociedad de gananciales. En esto admite dos posiciones: la de SANZ y GARRIDO DE PALMA, quienes, con diferentes enfoques, matices y argumentos, entienden que el solo hecho de pactar el régimen de separación no es causa de disolución automática de la sociedad de gananciales y la suya de ineludible disolución que defiende, después de ir impugnando los varios argumentos de la posición contraria (arts. 1.417, 1.394 y 1.320), alegando que el régimen económico tiene que ser uno solo, porque no se concibe pactar el régimen de separación sin que haya voluntad de modificarle totalmente, porque es imposible compaginar artículos como el 1.401, segundo, y el 1.407 con el régimen de separación, y porque ambos regímenes son totalmente incompatibles. Por ello mantiene que si hay pactos nupciales de separación sin disolver, liquidar y adjudicar los gananciales existentes, la situación será: gananciales en indivisión; cualquiera de los cónyuges puede exigir la liquidación en cualquier momento, incluso judicialmente, y la administración y enajenación de los gananciales corresponde a ambos. Insistimos en que ni da beligerancia a la opinión de que no cabe disolver la sociedad de gananciales ni liquidarla, aunque ambos cónyuges lo quisieran, ni cita a ningún autor que la haya defendido, y los argumentos de los que mantuvieron esto (1.417, 1.394 y 1.320) pasan a ser sólo argumentos para defender que la disolución y liquidación no son automáticas y de pleno derecho, sino que requieren pacto especial.

SALVADOR TORRES (12) también mantiene que es posible la liquidación de la sociedad de gananciales en las capitulaciones *post nuptias*, porque así lo entiende prácticamente la totalidad de la doctrina, a pesar de haberse mantenido inalterado el artículo 1.417 y a pesar del texto literal del 1.392, por tratarse de un simple olvido el no haberse coordinado tales preceptos, porque la reforma no habría conseguido nada si no se pudiese disolver la sociedad ganancial por la voluntad de los esposos, porque, de otra manera, sobraría el artículo 1.322, y por el texto del artículo 1.315 en cuanto se refiere a los bienes presentes, entre los que están, naturalmente, los gananciales.

Lo que se pregunta es si, cuando en los capítulos de separación no se ha liquidado la sociedad ganancial ni declarado nada sobre los gananciales, puede uno de los cónyuges exigir del otro la liquidación y expone la solución negativa de SANZ y la afirmativa de DÍEZ GÓMEZ (13), basándose en el artículo 1.418, y de GULLÓN, basándose en el artículo 1.434 (referente a la separación judicial), y en los problemas que se producirían por la simultaneidad de dos regímenes tan dispares. Aunque encuentra más justa la segunda posición, termina por adherirse a la de SANZ, porque no cabe asimilación con el caso del 1.434 y porque aunque es cierto que puede resultar conflictiva la coexistencia de bienes sometidos a regímenes antagónicos, también lo es que el legislador no ha concedido tal acción a los cónyuges para obligarse a disolver, por el solo hecho de pactar

(12) SALVADOR TORRES ESCÁMEZ: «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la sociedad de gananciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 328, septiembre-octubre 1978, páginas 963 y ss.

(13) A. DÍEZ GÓMEZ: «Comentarios a la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial*, 1975, núm. abril-junio, pág. 388.

el régimen de separación; y termina aconsejando redactar con *ouidado* las capitulaciones de separación, previendo expresamente la *substitución* de los gananciales, en su caso, y estableciendo la facultad de *instar* la liquidación en cualquier momento o cuando se den ciertas circunstancias o plazos (mayoría o independencia de los hijos, por ejemplo).

d) Las imprecisiones que notamos en los considerandos primero y cuarto, justificadas por cuanto no afectaban a la cuestión controvertida, y las discusiones doctrinales sobre el carácter obligatorio o facultativo de la disolución de la sociedad de gananciales cuando se cambia el régimen de gananciales por el de separación, están en trance de desaparecer. Tanto en el proyecto de Ley de Reforma del Título III del Libro IV del Código Civil, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 4 de octubre de 1978, como en el posterior proyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 14 de septiembre de 1979, se prevé un precepto (art. 1.392 de este segundo) según el cual «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: ... 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código».

La expresión *de pleno derecho* debe ser interpretada en el sentido de hacer obligada para los cónyuges la disolución de la sociedad, y las consiguientes liquidación y adjudicación, cuando la escritura de capitulaciones se limite a cambiar el régimen de gananciales por el de separación. No obstante, la norma del proyecto acaso sea insuficiente para *evitar* dudas posteriores de si pactos expresos de tales capitulaciones *pueden* diferir para un acto posterior, en tiempo determinado o indeterminado, la liquidación y adjudicación o, por el contrario, se ha pretendido *prohibir* la sustitución del régimen de gananciales que no contenga a la vez la liquidación y adjudicación de los gananciales existentes.

Para lo que no es totalmente concluyente el texto del nuevo artículo 1.392 del proyecto es para resolver el otro problema que nos planteamos al amparo del defecto primero de la nota de calificación. En efecto, la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales se produce, entre otros, conforme al nuevo precepto, en dos casos que se separan y numeran como distintos en las causas tercera y cuarta de dicho artículo: cuando judicialmente se decreta la separación y cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto. En el primer caso, la causa de conclusión de la sociedad de gananciales es la sentencia, y por ello cabe defender que las consecuencias de esa conclusión deben correr por cauces judiciales o, al menos, de ejecución de sentencia. Pasamos así al estudio del defecto primero de la nota.

C) En cuanto al primer defecto de la nota—el subsanable de no aportarse el testimonio de la resolución del Juez civil sobre la separación—, vimos el enfoque de su impugnación por el recurrente y su defensa por el funcionario calificador. Encuentro esta defensa notoriamente *insuficiente e incompleta* si, como supongo, el Registrador consideraba *verdaderamente necesario* tal documento para calificar la escritura de capitulaciones y para, en su caso, inscribirla si la Dirección rechazaba, cosa muy posible, el defecto segundo. Si el defecto segundo prosperaba y prosperaba como insubsanable, el primero sobraba, por quedar carente de sentido. Pero si no prosperaba el defecto segundo, no era muy seguro que la presentación del documento, cuya aportación pretendía el defecto pri-

mero, fuese suficiente para la inscripción de la escritura de capitulaciones. En mi opinión, ni la nota ni el informe reflejaron con mucha fortuna el verdadero obstáculo que podía existir para la inscripción en el supuesto de separación judicial que la exposición de la escritura relataba, si la Dirección resolvía que, en términos generales, unas capitulaciones *post nuptias* que sustituyan el régimen de gananciales por el de separación permite (o implica) la disolución de la comunidad ganancial, su liquidación y la adjudicación de sus bienes.

El verdadero obstáculo podría resultar desde dos puntos de vista: uno de ellos, el de la posibilidad de que lo judicialmente resuelto, aun en el caso de no haberse llegado al trámite de la separación judicial de bienes, cosa que solamente se afirma en el informe y, al parecer, no en la escritura, estuviese, de alguna manera, en contradicción con la liquidación y adjudicaciones efectuadas en la escritura calificada. Otro sería la posibilidad de entender que, siendo la fecha de la resolución del Tribunal eclesiástico anterior a la reforma del Código que permitió los capítulos *post nuptias*, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal tenía que correr, necesariamente, en base al principio de no retroactividad, por la normativa anterior de los artículos 1.417, 1.432 y 1.433, en los que resulta que la separación de bienes debe ser, necesariamente, judicial. Ni el Registrador ni el considerando último abordan estas cuestiones, que creo latían en el fondo del defecto primero y realmente lo justificaban.

La introducción de los capítulos *post nuptias* por la reforma de 1975 ha tenido crítica doctrinal favorable, principalmente por permitir la sustitución del régimen de gananciales por el de separación. Pero, por esto mismo, acaso hayan nacido tales capitulaciones con el pecado original de haber sido concebidas exclusivamente con la finalidad de legitimar separaciones de hecho sucedáneas de la separación personal judicial.

En otros países se encuentra más variación en las finalidades que llevan a los cónyuges a pactos posnupciales fuera del campo de las separaciones de hecho. Por ejemplo, ISABEL POISSON clasifica tales finalidades así: 1. Evitar los riesgos ocasionados por la actividad profesional de uno de los esposos. 2. El deseo de independencia financiera, por profesiones distintas, donación o herencia cuantiosa a uno de los cónyuges, separación de hecho, existir hijos naturales o de matrimonios distintos, etcétera). 3. Deseo de paliar algún accidente familiar (salud precaria del cónyuge administrador, desorden en los negocios de éste, etc.) (14).

La complacencia con las separaciones de hecho y las facilidades para obviar sus inconvenientes con las convenciones de separación son un ejemplo más de la tendencia a legitimar situaciones de hecho vulneradoras de la normativa reguladora de una institución o relación jurídica, en lugar de reformar esa normativa, si se estima arcaica o poco ajustada a las necesidades de los tiempos. Si la separación personal judicial se estimaba larga, cara y molesta (proceso canónico por vía judicial conforme a la Circular de la Nunciatura de 2 de agosto de 1958, más la tramitación de la ejecución ante el Juez civil), debió simplificarse el proceso

(14) «La changement du regime matrimonial», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1969, pág. 471. Obra citada por TORRES ESCÁMEZ en el trabajo citado en la nota 12.

de separación (15) y no recurrir al atajo o vía paralela de ir legitimando paso a paso las separaciones de mero hecho.

El que hemos estimado pecado original de las capitulaciones *post nuptias* resulta agravado por no haberse previsto el problema de su coordinación con una separación judicial iniciada o terminada.

LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEPOCHIPI (16) tratan de la mutación de los capítulos en relación con la separación de hecho, y estudian los posibles conflictos entre los pactos de separación y lo dispuesto por la separación, y en primer término, si el nuevo artículo 1.315 pudiese suponer incumplimiento por el legislador español de un acuerdo internacional como el Concordato. En otro orden de ideas, se preguntan qué garantías existen para un justo reparto de la masa ganancial en una separación de bienes convenida en la que prevalecería el interés del más fuerte; ¿cómo controlar que se ha respetado el procedimiento liquidatorio previsto por el Código? Dicen que no debe olvidarse que las mismas razones—destacadas por la doctrina—que para no acudir a la vía judicial, suele tener la mujer para transigir ante una capitulación matrimonial injusta o abusiva, y llegan a afirmar que la falta de homologación judicial viene a implicar un atípico derecho de repudio por parte del marido. Rechazan el argumento de que los capítulos *post nuptias* sin homologación no hayan ocasionado problemas en el Derecho foral, pues esto obedece a que responden a diversos planteamientos del Derecho de familia y sucesorio.

Aunque estos autores tratan del conflicto entre sentencia judicial de separación y capitulaciones convenidas, sólo lo hacen en el sentido de buscar una solución judicial a unos capítulos injustos. No obstante, en otro pasaje del trabajo se preguntan si los capítulos pueden modificar el tenor de la sentencia de separación. Esta parece tener en el espíritu de la Ley de 1975 un valor supletorio—al menos, en el orden económico—de la voluntad de los cónyuges, como se prueba con la posibilidad de reconciliación. Sin embargo, la situación de indefensión de la mujer, la supremacía del marido en el orden económico del matrimonio, puede conducir a que éste imponga condiciones abusivas en la separación. Afirman, en sentido contrario, que, dictada una sentencia de separación, pueden los cónyuges pactar lo que estimen conveniente en orden al régimen del matrimonio; mientras aquella regula la situación de los cónyuges tras la separación de la vida en común—sin perjuicio de que ello incida en el régimen económico matrimonial—, los capítulos se refieren a la

(15) Téngase en cuenta que esto pudo conseguirse en parte si hubiese habido más coordinación entre el legislador civil (que al reformar el art. 82 del Código en 1978 y hablar de sentencias y resoluciones estaba permitiendo la vía canónica administrativa *autoritate Ordinarii loci*) y el legislador eclesiástico, que bien pudo conformarse con dicha vía administrativa, como se venía conformando en todos los países en los que la legislación civil no exigía sentencia canónica para reconocer la separación. Ver AMADIO DE PUENMAYOR: «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1977, págs. 3 y ss., especialmente págs. 21 a 23.

En la actualidad, en un extremo opuesto, el Real Decreto-ley de 29 de diciembre último (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de enero) ha dispuesto que los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, iniciados a partir de la vigencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, se sustanciarán y decidirán por los Jueces de Primera Instancia conforme al procedimiento de los incidentes, si bien con un período común de proposición y práctica de prueba de treinta días y con intervención del Ministerio Fiscal sólo si existen hijos menores e incapacitados. Se adoptarán en pieza separada las medidas de los artículos 68 del Código y 1.886 de la Ley de Enjuiciamiento.

(16) JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO y JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEPOCHIPI: «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico-matrimonial en el Derecho Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1977, págs. 163 y ss., especialmente págs. 173 y ss.

regulación de este régimen, y si bien su finalidad puede ser la separación, éste es un motivo que no debe tener trascendencia. Sólo en nota al pie se acercan algo a nuestro problema cuando dicen que no les parece que la sentencia eclesiástica pueda conllevar medida ninguna sobre el aspecto patrimonial del matrimonio, pues debe limitarse a dictaminar sobre la separación y, en su caso, sobre la culpabilidad de algunos de los cónyuges. Pero no entran en si la resolución judicial civil puede entrar en tales o cuales aspectos económicos y patrimoniales de la separación conforme a lo pedido en su caso, de manera que la resolución civil deba estimarse intangible por convenios posteriores, al menos en cuanto éstos no sean lícitamente modificativos de lo determinado por la providencia judicial.

De los artículos 73, 82 y 1.432 a 1.434 del Código resulta que la sentencia de separación personal produce la de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno de los cónyuges el dominio y administración de los que le correspondan; que la jurisdicción civil ejecutará en todo lo relativo a efectos civiles las sentencias de separación dictadas por la jurisdicción eclesiástica, en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio; que al quedar intacto el 1.432 después de la reforma, se ha dejado oscura la cuestión de cómo han de ser coordinadas la separación de bienes en virtud de providencia judicial y la resultante de declaración expresa en capitulaciones matrimoniales *post nuptias*, y que ambos cónyuges pueden solicitar la separación de bienes y deberá decretarse cuando se haya dictado sentencia de separación personal, bastando para que se decrete presentar la resolución judicial firme de separación personal, y es entonces, cuando se ha decretado judicialmente la separación de bienes, cuando quedará disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación.

Todos estos preceptos son un tanto discordantes entre sí (contradicción entre 73 y 1.433, por ejemplo), y faltos de coordinación, con la posibilidad de capitulaciones después del matrimonio; pero, en cierto modo, son indicio de las dificultades de superponer unas capitulaciones de modificación del régimen económico ganancial en el de separación, a un procedimiento judicial en marcha o terminado de separación de matrimonio y consiguiente separación de bienes.

El artículo 1.433 determina los casos en los que se puede pedir la separación (judicial) de bienes, pero no el procedimiento para obtenerla. MUCIUS SCAEVOLA cree que el de jurisdicción voluntaria; MANRESA y SÁNCHEZ ROMÁN estiman que el trámite de ejecución de sentencia, y NART (17), que lo primero, en los casos de ausencia e interdicción, y lo segundo, en el de separación personal de los cónyuges.

Antes de la reforma de 1975 no existía el problema, porque al estar prohibida la modificación convencional *post nuptias* del régimen económico matrimonial el pacto no tenía cabida sino en la estrecha medida en que fuese ejecución de la resolución judicial de separaciones de bienes derivada de la separación conyugal. Pero ahora la cuestión varía mucho

(17) IGNACIO NART, *Revista de Derecho Privado*, enero 1951, págs. 30 a 43. No obstante, partiendo del texto literal del canon 1.333 del *Corpus juris canonici*, como el divorcio por adulterio puede producirse por la sola voluntad del cónyuge inocente, mantiene que no habiendo oposición del culpable pueda todo realizarse extrajudicialmente ante Notario.

y la dificultad está en que esta variación no ha sido reflejada en los correspondientes preceptos del Código. Es cierto que no hay ninguno que prohíba sustituir la solicitud de separación de bienes del artículo 1.431 por unas capitulaciones de modificación del régimen matrimonial con disolución y división de la sociedad de gananciales y consiguiente adjudicación; pero también lo es que no encontramos ningún indicio de haberse querido cortar la vía judicial que parece existir entre separación personal y separación de bienes.

La admisión de las capitulaciones durante el matrimonio, y en particular el espíritu y fundamental intención de la reforma de 1975 en este punto, parecen facilitar la admisión de pactos y convenios extrajudiciales que vengan a llevar a efecto la separación de bienes derivada de una resolución de separación de personas; pero esto no debe conducirnos a desconocer la posibilidad de que tales pactos o convenios puedan resultar más o menos contradictorios con resoluciones judiciales dictadas en orden a la separación de bienes y esta posibilidad no puede dejar de ser tenida en cuenta por el funcionario calificador al que se manifiesta en el mismo documento que habían existido no sólo la sentencia canónica de separación, sino resoluciones de ejecución del Juez civil. La posibilidad de que en la ejecución civil de la sentencia canónica pudiese haber proveído en términos discordantes con las capitulaciones originó en nuestro caso los resquemores del funcionario calificador, aunque en la nota se limitase a exponer el defecto de falta de presentación de la resolución judicial civil citada en el documento, presentación que acaso no fuese suficiente para la inscripción del documento si tal contradicción existiese. Es posible que la ejecución, en cuanto a los bienes, de la resolución de separación se realice extrajudicialmente al amparo del artículo 1.315, después de la reforma, pero acaso las capitulaciones *post nuptias* y el convenio de liquidación de la sociedad de gananciales deba acomodarse a lo judicialmente resuelto y por ello la coordinación entre esto y lo pactado deba ser objeto de calificación.

Por ello encontramos excesivamente reducido el ámbito del defecto primero de la nota y de los considerandos sexto y séptimo de la Resolución. Este entiende que es innecesaria la presentación de la providencia judicial porque se exigía para apreciar si se había ordenado judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales y esto resultaba indiferente, porque tal liquidación resulta consustancial con el cambio de régimen económico matrimonial realizado, como se determinó al tratar del defecto segundo. Repetimos que posiblemente el obstáculo no estaba realmente en que no se hubiese ordenado judicialmente la liquidación, sino, muy al contrario, en que se hubiese ordenado algo diferente o discordante con lo que las capitulaciones establecían. En este sentido encontramos más cauta la solución del Auto presidencial.

En mi opinión, ambos defectos resultaban completamente independientes. Cabía perfectamente sentar la doctrina de que las capitulaciones *post nuptias* producen obligatoria o facultativamente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y a la vez la doctrina de que iniciada judicialmente la separación del matrimonio debe continuarse judicialmente hasta el fin o al menos estar determinados los pactos finales sobre bienes por lo judicialmente resuelto. Si esto es así o, por el contrario, los cónyuges, en cualquier momento del proceso de separación personal y de su

ejecución en materia de bienes, son libres de capitular libremente con prevalencia sobre toda resolución judicial es algo que echamos a faltar en la Resolución.

Y especialmente la cuestión era discutible, y la presentación de la resolución judicial acaso necesaria, cuando la Sentencia canónica de separación era de fecha anterior a la reforma que admitió las capitulaciones después del matrimonio.

T. C. G.