

Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio

SUMARIO: I. *La separación de hecho*.—II. *La convivencia de hecho: algunos precedentes*: 1. Concesión de pensión de viudedad: Magistratura de Trabajo, número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979.—2. Concesión de pensión de viudedad: Jaén, Magistratura de Trabajo, núm. 2. Auto núm. 661/79. S-365/2.

I. LA SEPARACION DE HECHO

Uno de los extremos que con más constancia rutinaria y mimética preconizan a sus clientes los letrados inexpertos y/o poco formados humanísticamente es el de que se abstengan de elaborar pactos privados que se opongan al presunto espíritu de algunas de nuestras, hasta ahora, todavía normas. Efectivamente, se menciona el architipificado artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.» Contrario a las leyes, podríamos conceder que se entiende. Ahora bien: decir en estos momentos 'contrario a la moral y al orden público' me temo que no eximiría a nadie de la explicitación oportuna que fuere, con el fin de adecuar tales conceptos al criterio del interlocutor. Para justificación suficiente de este trabajo nuestro, bástenos adelantar aquí que ni moral ni orden público quieren decir lo mismo en dos momentos políticos distintos cualesquiera. Con ajustada y feliz expresión le ha cumplido a mi maestro, profesor MORENO QUESADA, poner de manifiesto la naturaleza proteica de este concepto de orden público:

«Esta noción de orden público es de contenido elástico e históricamente variable; es una concepción esencialmente relativa

y cuyos integrantes varían con los tiempos, los lugares y las sociedades en que se va a aplicar... Además, no es inconveniente relacionar las numerosas y variadas formas de intervención estatal en el Derecho privado con el concepto de orden público, ya que éste en el Derecho actual no sólo ha extendido extraordinariamente su dominio, sino que ha cambiado de signo: mientras en la concepción individualista tenía un simple sentido negativo, en las concepciones sociales contemporáneas de alcance político legislativo el orden público aparece bajo el signo positivo, marcando imperativamente rumbos y derivaciones a la voluntad individual.

Admitiendo, pues, este concepto del principio de orden público, al cual se opondrán, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, los acuerdos y cláusulas 'en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad' [en su Resolución de 3 de marzo de 1952, ratificada en cuanto a este extremo por la de 4 del mismo mes y año], no hay duda que resulta explicada esta evolución del sentido de las instituciones civiles por obra de las doctrinas sociales modernas¹.

¹ BERNARDO MORENO QUESADA: «Sentido social en la transformación de las instituciones civiles». Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Granada el día 6 de febrero de 1958 (Granada, Escuela Social de Granada, 1958. Publicaciones de la Escuela Social de Granada, XXXII), págs. 27-28.

De nuestro fichero de *orden público* destaquemos, por su representatividad asimismo, las siguientes formulaciones:

«DORAL [*Noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona, 1967), páginas 136 y ss.] dice que el orden público no se contiene exclusivamente en los preceptos legales, no se reduce a ser el contenido típico de una determinada clase de las leyes y la jurisprudencia; compone el entorno en que se desenvuelven las mismas. Es el núcleo del orden social nunca acabado y perfecto, pues tiende a perfeccionarse en sucesivos logros. Las líneas por las cuales discurre hoy el orden público son, según el citado autor, el respeto a la libertad, la igualdad ante la ley y la representatividad», en CELESTINO CANO TELLO (Profesor Adjunto de Derecho civil): «El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 533 (julio-agosto 1979), págs. 787-808, especialmente página 797.

Según RUIZ VADILLO, «lo que nos interesa resaltar... es que la noción de orden público como conjunto de principios fundamentales que acepta como tales la sociedad, y sobre los que se asienta el Estado, es cambiante y dinámica como la vida misma y sujeta a distintas y aun contradictorias interpretaciones, según los cambios sociales, como pueden serlo las ideas de escándalo público o buenas costumbres en el Derecho penal y como pueden serlo tantos y tantos conceptos en los más diversos campos del ordenamiento jurídico. Entendemos que el Juez habrá de extraer la idea del orden público y sus concretas aplicaciones a través de un proceso de decantación del ordenamiento (leyes, costumbres, principios y realidad social...)» (pág. 27).

«La excepción del orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástica y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por 'aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente indispensables para

Lo cierto es que, por fortuna, también ejercen abogados sensatos, de gran experiencia y flexibilidad de cosmovisión, y que, por muy conminatorias que muchos quieran ver las palabras del artículo 1.255 del Código Civil español,

«suelen aconsejar el pactar privadamente, y por escrito, en forma de contrato, una separación de hecho. En el encabezamiento del convenio suele figurar la incompatibilidad de caracteres, y muy pocas veces la culpabilidad de uno de los cónyuges para no prejuzgar así el fondo de la separación...

... Es práctica bastante extendida suscribir tales contratos de separación ante testigos firmantes, o bien acudiendo a un Notario para protocolizar dicho documento, o sea transcribiéndolo en su archivo y expidiendo testimonio o copia del mismo a favor de los interesados, con lo que se logra revestir el acto de mayor formalidad externa...»².

la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada' (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico, aparte de que, en todo caso, en el campo internacional, la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente» (pág. 30).

«IV. Conclusiones. 1.^a El orden público constituye una noción jurídica, según la cual cada ordenamiento jurídico tiene unas fronteras que vienen a ser como los principios básicos invulnerables en cada momento histórico.

2.^a La Ley, como dice LACRUZ BERDEJO, sólo es fecunda puesta en relación con los hechos a los que se aplica, y que está llamada a ordenar y regular. Del concepto del derecho —sigue diciendo— deriva que una norma encaminada a provocar determinados efectos económicos y sociales, vale en tanto en cuanto en la práctica cumpla la misión para la que fue promulgada. La voluntad del legislador es un punto de partida, pero el resultado último de la aproximación de la norma al problema depende también del entorno social y la circunstancia singular del caso, en relación con los valores superiores de la justicia.

3.^a El Derecho todo, y por supuesto las partes que lo forman, tiene siempre un carácter dinámico y cambiante. El movimiento es a la vida lo que el cambio es al Derecho. También el contenido del orden público es variable en función de las circunstancias históricas. Esto no supone relativizar el Derecho, es sencillamente obtener de su condición de instrumento de convivencia y de cooperación social todas sus consecuencias prácticas (ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Suc. de Rivadeneira, 3 vols., Madrid, 1973). Lo definitivamente importante es que en todo momento realice el ideal de justicia, que no es absoluto dentro de la seguridad y el bien común» (pág. 31).

ENRIQUE RUIZ VADILLO (Letrado del Ministerio de Justicia. Juez excedente y Fiscal supernumerario. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación): «La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución» (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de abril de 1979, sobre celebración de matrimonio civil entre española y extranjero divorciado), *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (abril-junio 1979), págs. 23-33.

² JOSÉ MARÍA ALEMANY GAL-BOGUÑÁ: *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona, Ed. De Vecchi, S. A., 1971), págs. 55-56.

Partiendo de la base de que normalmente la ley no se dispara contra nadie mientras no se la provoque; y de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle³, no sería honrado negar que en todo caso la tendencia más inequívoca de la jurisprudencia en estos últimos años —y por mucho que los agoreros de turno sermonicen con el artículo 1.255 CC— es la de reconocer un cierto valor al contrato privado, con o sin solemnizaciones, respecto a las decisiones que los cónyuges separados de hecho quieran adoptar. Los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS explican todo esto así:

«Para interrumpir la obligación de vivir juntos que tienen los cónyuges es necesario una sentencia judicial de separación personal y por las causas marcadas en la ley...

Pero es el hecho, repetido continuamente, de que los cónyuges evitan afrontar un largo y penoso litigio interrumpiendo la convivencia simplemente...

... la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que reconocer en ocasiones la fuerza de los hechos contra el Derecho, dando valor jurídico a la situación.

Si los cónyuges han regulado su separación mediante convenios, la jurisprudencia los declara nulos e ineficaces, entre otras razones, por constituir una vulneración de la obligación legal de vivir juntos que impone el artículo 56 [art. 68 actual], y por estimar que entrañan una transacción sobre cuestiones matrimoniales, prohibida por el artículo 1.814.

No obstante, es de detectar un movimiento doctrinal favorable a una regulación legal de tales convenios o, por lo menos, a un reconocimiento judicial de su eficacia»⁴.

Semejante testimonio de tan distinguidos juristas nos es doblemente interesante, por datar de fecha anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975,

³ «Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.»

Y también:

«A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.»

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXII (enero-marzo 1969), págs. 3-127, especialmente págs 7-10 y pág. 21, respectivamente.

⁴ LUIS Díez-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (Madrid, Ed. Tecnos, 1974), págs. 417-418.

por no decir nada de la última reforma de nuestro Derecho de familia, en vigor. Por otra parte, este mismo criterio quedó sancionado, en fecha bastante anterior a las reformas a que nos referimos, en el XI Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 1971):

«Al margen de toda razón religiosa, utilizando consideraciones exclusivamente jurídicas, la ley puede tolerar pactos que justifiquen la falta de convivencia con más o menos extensión»⁵.

Sin ánimo de exhaustividad, pero sí de paradigma, me parece oportuno dejar aquí constancia de varios trabajos significativos sobre el tema de la separación de hecho en el matrimonio, trabajos que —sirva de pauta— están confeccionados desde un talante objetivo y ponderado (LACRUZ); o con una tonalidad decididamente irónica (TAULET RODRÍGUEZ-LUESO); pasando por una intención rigurosa y amplia (LUCAS FERNÁNDEZ); o simplemente concreta (JOSSELAND), etc. Reseñemos a éstos y otros autores, sin dejar de reiterar que el principal valor de sus escritos radica en el hecho de haberse anticipado y, en cierta medida, haber servido de espoleta doctrinal a la normativa en vigor desde la última y sustancial modificación de nuestro Derecho de familia.

De la separación de hecho nos dice BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ que es la

«establecida unilateral o bilateralmente por los esposos, en la que no tiene intervención la autoridad. De las diversas formas que en la realidad sociológica presenta la separación conyugal de hecho nos fijamos o destacamos aquí en la que se denomina 'separación amistosa', 'convencional', 'consensual', con la que los esposos ponen fin, temporal o definitivo, a la vida en común por mutuo acuerdo, evitando la intervención de los Tribunales, o como en el Derecho canónico, sin intervención de la autoridad competente en la materia, que sería el Ordinario del lugar o el Juez eclesiástico.

El medio por el que se establece esta forma de separación es el acuerdo verbal o, como sucede con mayor frecuencia, la escritura pública o privada en que se determinan las normas por las que se ha de regir la nueva forma de vida de los esposos.

⁵ ROBERTO BLANQUER UBEROS (Notario), con la colaboración de JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL y VICENTE-LUIS SIMÓ SANTONJA (Notarios): «Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado». XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino* (Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975), págs. 717-784, y en especial, pág. 784.

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad, y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos finales que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal. La mayor frecuencia de esta solución ha motivado que el tema haya sido estudiado en los últimos años y que abunden las propuestas en el sentido de que es necesario que la norma jurídica reconozca y regule esta forma de separación, lo que se postula no solamente en relación con el Derecho civil, sino también en relación con el Derecho canónico» ⁶.

GARRIDO PALMA, desde su atalaya de observación notarial, y a propósito de las capitulaciones matrimoniales, reconoce que

«es precisamente el supuesto de separación de hecho uno de los más necesitados de atención notarial: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales constante el matrimonio, cuando está rota la vida común, podrá ser, como ha señalado FOSAR BENLLOCH, traumático, pero evita abandonos de familia, procesos de separación conyugal... y trae paz a las familias» ⁷.

En un tono eminentemente práctico, recogiendo además, el sentir ajeno, IZQUIERDO MONTORO nos dice lo siguiente:

«Añade FAUS [ESTEVE] que, a pesar de la indiferencia y hostilidad con que se la mira, la separación de hecho tiene prácticamente un interés considerable. Muchas son las parejas que hacen vida común sin haber contraído matrimonio y numerosos son los matrimonios que viven separados, y dice:

‘A pesar del deber de convivencia y de la prohibición legal de conculcarlo, es evidente que son numerosos los matrimonios que sin haber legitimado su situación viven de hecho separados.

En nuestros despachos profesionales no podemos entregarnos

⁶ BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ (Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España): «Notas sobre las causas de separación conyugal», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 37-72, especialmente págs. 64-65.

⁷ VÍCTOR M. GARRIDO PALMA (Notario de Madrid): «Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975». Ilustre Colegio Notarial de Granada. Academia granadina del Notariado, *Boletín de Información* (julio-agosto 1976: Suplemento extraordinario), páginas 81-119, especialmente pág. 87. Temas desarrollados en las XIV Jornadas Notariales organizadas el presente año por el Ilustre Colegio Notarial de Albacete, celebradas del 25 al 30 de junio de 1976.

al puro conocimiento contemplativo y monástico de la ciencia jurídica, sino a la creación y configuración de un derecho activo, apto y útil para las necesidades de la vida; nos hemos de enfrentar frecuentemente con estas situaciones, ya para resolver problemas de capacidad, ya para asesorar sobre la pretendida validez y eficacia de separación entre cónyuges mal avenidos.

La vida es más fuerte que la doctrina, y a pesar de su desconocimiento legal la separación de hecho aflora y rezuma a través de la jurisprudencia, de la práctica profesional y, en algunos casos, del propio texto de la ley.⁸

En estas líneas de apretado contenido ideológico se halla como en esquema todo el plan de este trabajo⁹.

JOSSEERAND, refiriéndose a la separación de hecho, opina precisamente que

«la ley no tiene poder bastante para hacer abstracción de los hechos; la ficción no podría vencer a la realidad»⁹.

Según LACRUZ BERDEJO,

«la separación llamada (paradójicamente) ‘amistosa’ suele plasmarse hoy en unos capítulos matrimoniales que, esos sí, son válidos y eficaces en cuanto a los pactos de separación absoluta de bienes. Con tales capítulos se evita el contrasentido de que cada cónyuge separado legalmente tenga parte en las ganancias del otro»¹⁰ [sic].

Por su parte, FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ escribe:

«Los pactos de separación. El deber de convivencia puede no existir en ciertos casos. [Véase también mi ponencia ‘La evolución del Derecho de familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges’, en el XIII Congreso Internacional del Notariado

⁸ ELÍAS IZQUIERDO MONTORO: «El abogado ante la separación de hecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXX, núm. 6 (junio 1971), páginas 781-842, especialmente págs. 785-786.

Vid. RAMÓN FAUS ESTEVE: «La separación de hecho en el matrimonio». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, tomo II, 2.ª edición (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950), págs. 293-365.

⁹ LOUIS JOSSEERAND: *Derecho civil*. Revisado y completado por ANDRÉ BRUN. Tomo I. Vol. II: *La familia*. Traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MANTEROLA (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), pág. 210.

¹⁰ JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona, Bosch, 1979), pág. 229.

Latino, año 1975, y separata de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, págs. 450 y sigs.] Si existe o no en los supuestos de pactos de separación, dependerá de la eficacia que a éstos se atribuya.

Por regla general la doctrina y la jurisprudencia se muestran contrarias a la validez de estos pactos, considerándolos nulos de pleno derecho.

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así, CÁMARA, que demuestra que estos pactos no son en todo caso contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprobable, pero la inmoralidad, recuerda CÁMARA, radicará en su caso en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice CARNELUTTI [«Separazione per accordo tra coniugi», *Revista di Diritto Processuale Civile*, II (1936), pág. 153] que 'el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde'. Y, en fin, alega CÁMARA, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el artículo 56 [art. 68 actual], en relación con el 6.º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación.

Es decir, plenos efectos jurídicos no tiene la separación convencional sin intervención judicial... Pero de ahí a afirmar su nulidad es otra cosa. También la separación por autoridad propia de un cónyuge en caso de adulterio del otro, permitida por el Derecho canónico, requiere, para que despliegue su plena eficacia jurídica, que intervenga el Tribunal competente. Y, sin embargo, no se puede calificar de ilícita la separación que el cónyuge inocente realice por propia autoridad.

En la práctica, tanto en el matrimonio canónico como en el civil, los pactos de separación se suelen estipular en documento privado quizá por una prudente aversión de los Notarios a intervenir en los mismos. El pacto básico se suele estipular en docu-

mento privado. Hasta ahora se complementaba con la concesión de licencia o poderes por el marido y de consentimiento o poderes por la mujer, éstos en escritura pública.

El mismo convenio básico de separación creemos posible se otorgue también en escritura pública (págs. 19-22).

Las cláusulas de un convenio o pacto de separación de hecho son muy variadas y dependen, obviamente, de las circunstancias peculiares que concurren en el caso concreto.

Lo usual es que se contengan en documento privado que muchas veces se protocoliza ante Notario. Se complementa el pacto con la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales, modificando el régimen económico del matrimonio y estipulando para lo sucesivo un régimen de absoluta separación de bienes. Además, en algunos casos, se complementa igualmente con poderes o escrituras relativas a algunos aspectos de las relaciones paternofiliales u otros que permitan una actuación frente a terceros sin necesidad de exhibición del pacto de separación»¹¹ (página 22).

ANTONIO PÉREZ SANZ, Notario de Cuenca, ve en la separación de hecho

«una realidad de la vida, como una manifestación, cada vez más frecuente, de la frustración del matrimonio...

La separación de hecho se presenta en nuestro Ordenamiento jurídico como una situación que carece de trascendencia jurídica inmediata, prevista por el legislador. El matrimonio en estos casos, sin comunidad de vida, sigue sometido al mismo régimen que el legislador previó para la vida en común. De ahí la indudable importancia que el régimen económico matrimonial tiene en estas situaciones de separación de hecho, al repercutir directamente en la situación jurídico-patrimonial de los cónyuges y, por tanto, en la propia capacidad de obrar de los mismos.

La Ley de 1975 ha supuesto un indudable alivio para los cónyuges separados de hecho, cuando su matrimonio estaba sujeto al régimen legal de gananciales. En efecto... 2.º La posibilidad, que ahora se reconoce a los cónyuges, de adoptar y modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio (artículos 1.315, 1.320 y 1.321 CC) permitirá a los esposos separados de hecho abandonar el régimen de gananciales a que esta-

¹¹ FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ (Notario de Madrid): «Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio», *Pretor*, año XXVI, segunda época, número 101 (julio-septiembre 1978), págs. 5-60.

ban sometidos, estableciendo para el futuro la absoluta separación de bienes o los pactos que mejor se avengan a sus intereses» ¹² (pág. 64).

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha actualizado aún más el contenido de dichos artículos 1.315, 1.320 y 1.321, así como, en general, de todo el título III del libro IV de nuestro Cuerpo legal.

El también Notario ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO se expresa con especial claridad, con lúcido desenfado, sobre estas cuestiones. Nuestro aprovechamiento de sus testimonios va a ser algo más amplio que para los anteriores autores:

«El tema de la separación de hecho y el de la capacidad jurídica de la mujer casada guardan estrecha relación con el problema de la crisis de la institución matrimonial, problema que no es de ahora, sino de siempre, como puso de relieve el maestro CASTÁN en su libro *La crisis del matrimonio*, publicado en 1915; lo que sucede es que en la época actual la unión conyugal se ha ido deteriorando no poco a poco, sino a pasos agigantados, y últimamente con mayor rapidez, por muy diversas causas. Lo mismo le sucede a la familia, sometida a un impulso renovador que, a juicio de SAVATIER, en su conferencia de Deusto de 1969, nace de tres fuerzas conjugadas: la transformación de la economía familiar; la dinámica liberadora del individuo, y el acercamiento científico a la biología humana...

... Actualmente, como si muchas gentes hubieran perdido la razón o el sentido común, los problemas surgen a diario, el campo de la conflictividad se ha extendido de manera considerable, y como la cosa está en la agenda de todos los días, es muy necesario hablar de las cuestiones que desfilan ante nosotros en los despachos, relacionadas con las separaciones de hecho, prestándoles la necesaria atención, teniendo muy presente lo que dijo IHERING: si el Derecho ha de escribirse como se habla, el jurista que sinceramente quiera servir a los demás en lugar de servirse de ellos ha de esforzarse, ante todo, por entender el lenguaje de las gentes que le rodean y que con él forman parte de la sociedad a que pertenecen...

¹² ANTONIO PÉREZ SANZ (Notario de Cuenca): «La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges», *Boletín de Información*, suplemento extra (julio-agosto 1976), págs. 3-80. Ilustre Colegio Notarial de Granada (Publicaciones de la Academia granadina del Notariado), especialmente pág. 64.

... Es evidente que tales convenios [de separación de hecho] producen varios e importantes efectos. Uno solo bastaría para reconocer y justificar su eficacia; me refiero a la ventaja y beneficio que comporta para ambos contratantes el liberarse del infierno de la presencia de una persona a la que no se puede soportar; me imagino que, una vez lograda la inmensa satisfacción de la soledad, la felicidad tiene que ser completa y absoluta, algo así como haber alcanzado la gloria del paraíso. Por muy nulo que sea el documento, la dicha de no tener que ver en la propia casa al enemigo que se odia ya tiene un valor fabuloso...

... Por más que el legislador se empeñe en ignorar estas situaciones, como la realidad es más fuerte que la ley, no ha tenido más remedio que admitirlas en numerosos casos...

... El II Congreso Catalán, celebrado en 1971, formuló, como una de sus conclusiones, la siguiente:

'Hay que reconocer plena validez y fuerza de obligar a los convenios de separación amistosa, sin otro requisito que el de la aprobación y homologación'...

...: de acuerdo con esta propuesta discrepo únicamente en cuanto a la exigencia de la aprobación, puesto que a mi juicio basta con la presentación e inscripción.

Mis conclusiones podrían ser las siguientes:

1.^a Reconocimiento explícito de las separaciones de hecho, admitidas y aceptadas en numerosos textos legales y reglamentarios, sirviendo de ejemplo elocuente los casos que antes he citado en el Ordenamiento laboral.

2.^a La concesión de la capacidad completa, sin ninguna cortapisa a los cónyuges separados de hecho, para regir su persona y bienes libremente, con la posibilidad de que tanto el marido como la mujer pueden llevar al patrimonio propio, como privativos, los bienes que adquieran por cualquier título, con facultad de gravarlos y enajenarlos, desapareciendo las actuales prohibiciones y limitaciones de acceso al Registro de la Propiedad.

3.^a Reconocimiento de las pensiones de fallecimiento a las viudas separadas de hecho, abandonadas por sus maridos.

4.^a Para acreditar la efectividad y fecha de la separación se propone la instauración de un procedimiento sencillo que permita recoger la voluntad de los consortes en acta notarial o mediante comparecencia ante el Juez municipal; en cualquiera de

ambos casos se procederá a la inscripción en el libro correspondiente del Registro Civil.

5.^a Reconocer la validez de la liquidación de la sociedad conyugal con motivo de la reforma de las capitulaciones y conversión e instauración de un régimen de separación, pudiendo inscribir a nombre de cada cónyuge, como privativos, los bienes que se les hayan adjudicado con ocasión del convenio de separación amistosa»¹³.

Y un último testimonio, interesantísimo por la operatividad de sus propuestas, de MARÍA TELO NÚÑEZ:

«Son muchas las voces que ya se levantan pidiendo la separación convencional. Los cónyuges la necesitan; no tienen necesidad, mejor dicho, no hay por qué obligarles a presentarse ante un Tribunal para reglar lo que ellos pueden hacer por sí, sin acusarse mutuamente. Son precisamente las separaciones de hecho las que por regla general no se basaron en el odio, o al menos la razón se supo imponer a él.

Nuestra colega doña CONCHA SIERRA, en el año 1972, resumía así los efectos de la separación convencional:

‘Es un reconocimiento de situaciones de hecho que puede servir de antecedente orientador al Juez en caso de que, a pesar de todo, sobrevenga la contienda judicial entre las partes. Lo que ellas libre y voluntariamente han acordado como base de su separación es un valioso antecedente sobre el que el Juez puede aplicar posteriormente sus facultades discrecionales en la materia.

Sirve de resguardo a cada uno de los cónyuges, excluyendo el abandono malicioso del hogar o de las obligaciones conyugales.

Es un pacto de honor, y como tal debe cumplirse; su eficacia está en relación directa con el sentido del honor que tengan sus firmantes. Tienden a evitar, y de hecho evitan, litigios entre los cónyuges, tal como exhorta el canon 1.925.

Tienen la ventaja de su rapidez, su economía y la asepsia con que se excluyen normalmente de su redacción las imputaciones de culpabilidad, la determinación de causas subyacentes, a

¹³ ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO: «La separación de hecho en el matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXII, núm. 1.149, Madrid, Ministerio de Justicia: Órgano oficial del Departamento (15 de noviembre de 1978), págs. 3-12, y en especial págs. 4, 7, 9-10 y 11.

veces gravísimas y vergonzosas. Todo se diluye en fórmulas asépticas, que no ahondan más, irreparablemente, las diferencias entre los cónyuges' [*La problemática del matrimonio en España*, Coloquios del Círculo de Estudios Jurídicos, Editorial Círculo de Estudios Jurídicos, 1973] »¹⁴.

II. LA CONVIVENCIA DE HECHO: ALGUNOS PRECEDENTES

Nos toca ahora, y en justa correspondencia con el anterior epígrafe, traer a nuestras páginas algunos casos, *dos* exactamente, en que *la convivencia de hecho* ha merecido la atención de la Justicia, respecto de la producción de ciertos efectos económicos. Los dos casos pertenecen al mundo laboral, y creemos que a partir del cada vez más decidido afianzamiento y desarrollo de los preceptos constitucionales, al menos en su espíritu, aumentará la frecuencia de fallos como los que en este trabajo nos ocupan. Además, se explican por sí solos. Permítaseme, pues, transcribir sus fragmentos más representativos:

1. *Concesión de pensión de viudedad. Magistratura de Trabajo número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979.*

«Concesión de pensión de viudedad a favor de la reclamante, que convivió con el causante desde 1934 hasta el 21 de enero de 1977, fecha del fallecimiento, sin que pudieran contraer matrimonio por estar casada la actora y abandonada por su marido; examen de la Ley de Seguridad Social, doctrina del Tribunal Supremo y Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que permiten fundamentar la condena de la Mutualidad Laboral de Autónomos

Magistratura de Trabajo número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979. Resultando probado, y así se declara: 1.º Que la actora convivió maritalmente con don José, adscrito a la demandada Mutualidad Laboral de Autónomos, convivencia que perduró desde el año 1934 hasta la muerte de aquél, acaecida el 27 de enero de 1977... 2.º Que de dicha unión nació el 18 de abril de 1948 un hijo llamado Manuel... 3.º Que solicitada pensión

¹⁴ MARÍA TELO NÚÑEZ: «Situación jurídica de la mujer. Perspectivas de futuro». Constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976, *Pretor*, núm. 94 (octubre-diciembre 1976), págs. 133-154, y en especial pág. 143.

de viudedad, en base a la convivencia de casi treinta y cinco años con el causante, del que tuvo un hijo, *formando una auténtica familia...* 4.º Que la Comisión Provincial de la Mutualidad Laboral de Autónomos, en acuerdo de fecha 26 de mayo de 1978, denegó la petición por no acreditarse documentalmente el derecho a la prestación solicitada, por no aportarse certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil, e interpuesta reclamación previa, se confirmó el primitivo acuerdo... especificándose que la reclamante no acredita la condición legal de viuda...

Considerando... que la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en su disposición derogatoria tercera, expresamente establece que ella misma deroga 'cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución', y, en cuanto ahora nos afecta, en su artículo 14 contiene el principio de igualdad ante la ley, declarando que los españoles 'son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social', y, en concreto, en su artículo 39, relativo a la protección social, económica y jurídica a la familia derivada del matrimonio, como se deduce de sus apartados segundo y tercero, preceptuándose en el apartado segundo citado que 'los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil', ampliándose claramente, con respecto a la madre, el texto definitivo con relación al anteproyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, precepto constitucional que, entendemos, obliga, al menos, con respecto a las madres, aun no estando unidas en matrimonio al causante, a *entender derogado el estricto concepto de viuda contenido en la legislación de Seguridad Social citada en el anterior Considerando, e interpretado inicialmente como cónyuge legítima del causante, y estimarlo ampliado para comprender bajo el mismo a las mujeres que, aun no unidas en matrimonio con el causante, hubiera procreado hijos de éste, o bien, para no desfigurar el concepto jurídico clásico de viuda, debe entenderse ampliada a tal hipótesis* el supuesto de hecho de la norma...

Por todo lo expuesto entendemos que después de aprobada la Constitución, bien se acoja la vía directa, por los dos medios indicados, o la indirecta o analógica, en nuestra legislación de Seguridad Social, *la mujer unida de hecho al trabajador causante*

*que reúna los requisitos de convivencia en aquélla exigidos tiene derecho a la pensión de viudedad, y concurriendo en la actora los requisitos y circunstancias expuestos procede estimar la demanda» [el subrayado es mío; en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo 1979, núm. 1, año LXXVIII, Jurisprudencia, páginas 205-207].*

2. *Concesión de pensión de viudedad. Jaén. Magistratura de Trabajo número 2. Autos números 661/79, S-365/2.*

«Autos números 661/79, S-365/2 (Es copia)

SENTENCIA

En la ciudad de Jaén, a 5 de junio de 1979. El ilustrísimo señor don Luis Hernández Ruiz, Magistrado de Trabajo número 2 de esta provincia, ha visto los presentes autos... seguidos a instancia de ... contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, sobre pensión de viudedad y...

Resultando probado, y así se declara:

1.º Que Andrés Castillo Segura, casado civilmente el 12 de julio de 1935 con Dolores Liébanas Marcos, de la que se separó amistosamente antes del año 1939, se unió para hacer vida marital en 1939 con Isabel Ramírez Quesada, de estado civil soltera..., conviviendo con la misma ininterrumpidamente hasta el 17 de enero de 1979, en que falleció Andrés Castillo, por causas naturales, habiendo tenido durante el tiempo de su relación y vida común dos hijos, que desde su nacimiento han vivido en unión de sus padres... observando buena conducta moral, pública y privada, Isabel Ramírez Quesada...

2.º Que la actora Isabel Ramírez Quesada solicitó el 27 de enero de 1979 prestación de viudedad por la muerte de Andrés Castillo Segura a la Mutualidad de Trabajadores Autónomos, la cual le fue denegada... habida cuenta de que la peticionaria no estaba casada con el causante...

Considerando que el problema que se plantea y que en esta litis se discute viene circunscrito a decidir si un concubinato... mantenido durante cuarenta años, y del que han nacido dos hijos ilegítimos, puede dar lugar a la prestación de viudedad que el artículo ... y el artículo ... establecen exclusivamente para la esposa legítima, la cual en el caso de autos no ha tenido relación

alguna con el causante desde el año 1939, y sobre la base indiscutible que desde el momento en que tuvo lugar tal irregular maridaje entre la actora y el difunto, padre, madre e hijos ilegítimos han convivido, constituyendo un hogar cuyas cargas patrimoniales han sido única y exclusivamente levantadas y soportadas por los medios económicos que con su trabajo obtenía Andrés Castillo Segura, que a su fallecimiento ha dejado en el mayor desamparo a la actora, *cuya relación extramatrimonial con el obrero fallecido ha estado configurada con las notas de comunidad de vida, estabilidad, continuidad de la situación de hecho, publicidad de esta situación y fidelidad*, requisitos éstos de suma importancia a la hora de definir su situación como concubinato *more uxorio*..., entendiendo este Juzgador que... sin discutir el alto valor de la institución matrimonial... es imperiosa la necesidad de protección legal de las uniones extramatrimoniales estables... cuya relación constante, fiel y voluntaria las acercan tanto al verdadero matrimonio que parece absurdo que una legislación tan progresiva como la laboral se desentienda totalmente de ellas.

Fallo que, estimada la demanda interpuesta por Isabel Ramírez Quesada contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, debo declarar y declaro el derecho de la autora a percibir prestación de viudedad... con las revalorizaciones legales que procedan, condenando a la demandada a estar y pasar por ello.» [El subrayado es mío.]

TOMÁS RAMOS OREA