

EPÍLOGO

JOAQUÍN RAMS ALBESA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL. UCM

I. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

Nunca ha parecido estar clara la función que en la literatura científica debe cumplir un epílogo; ni siquiera Don JOSÉ ORTEGA Y GASSET, el mejor de los prologuistas y epiloguistas del último siglo de nuestra cultura patria vio la función de este «cierre» literario. Acaso en una obra colectiva como la presente podría tener el valor de una recapitulación conclusiva, pero tampoco es el caso.

La obra que antecede no necesita de una alabanza inicial ni de una felicitación de cierre, pues el atento lector de temas jurídicos y los especialistas en la materia han tenido tiempo y material sobrado para comprobar por sí, sin necesidad de avalistas, las solvencia y el puntual afinamiento del equipo que se ha enfrentado al análisis global y completo del Título III del Libro IV del Código Civil español. Como bien sabemos quienes nos dedicamos a este género de menesteres, se trata de una pieza de caza mayor en la que todo resulta importante y en donde no hay lugar para labores de aliño más o menos aseadas. Por eso se ha contado de antemano con el equipo más y mejor trabado que ofrece el conjunto de los Departamentos de Derecho civil o de Derecho privado de las Universidades españolas. Tal vez el mejor equipo global, como le gusta destacar reiteradamente al maestro ALBALADEJO, y no seré yo quién para desmentir, menguar o relativizar tal juicio de valor, en absoluto gratuito.

Por ello mi función en estas páginas de cierre se dedicará a tratar de vislumbrar desde el presente el previsible y, en mi personal opinión, deseable futuro de los regímenes económico-matrimoniales, no sin dejar clara y tajante constancia de que

constituye para mí un honor y una verdadera satisfacción cerrar esta obra junto a tan grata y competente compañía.

II. EL MEDIO SOCIAL DE LA REFORMA DE 1981

A ningún entendido en estas materias se le escapa que vivimos una crisis de la familia tradicional de nuestro mundo occidental, de aquella que se forjó a partir del renacimiento anticipado que comienza en el siglo duodécimo y que encauza la fuerza y a la belleza de los sermones de SAN BERNARDO DE CLARAVAL, entra en revisión con la crítica razonada que LUTERO impuso sobre las Decretales de GRACIANO y se afianza como centro impulsor de nuestra sociedad tanto con la función descrita por este reformador como con los textos del Concilio de Trento, que la difusión de las ideas de este fraile agustino en toda Europa provocó. Dos visiones explicativas de una misma realidad social y de una idéntica caridad cristiana puesta tan solo en duda por los amantes del clientelismo personal y de las etiquetas excluyentes.

Ahora se avista para la institución matrimonial y, por tanto, también para la superestructura normativa de su economía una crisis de mucho calado, a la que contribuyen con distintas y variables valoraciones cambios sustanciales en las aportaciones a las economías domésticas : El trabajo de la mujer ha pasado de ser una excepción digna de estudio a constituir regla general; en el tiempo de vida en común con una impensable ha poco esperanza de vida y con una pujanza difícil de precisar y aún de describir; bajo una revolución económica y científica que convierte en experimentos de salón los fundamentos de la siempre tenida en cuenta revolución industrial de finales del siglo dieciocho y todo el diecinueve; la actual revolución de los saberes, las técnicas y sus aplicaciones. Todo ello se ha trasladado a las vivencias ordinarias de cada una de los individuos de nuestras sociedades y ha abierto la vía a un cambio sin radicalismos revolucionarios, con constantes renovaciones que afectan a los cimientos, los medios y los fines de todos los hombres y de todas y cada una de las familias, sin que esta evolución —que lleva efectuándose durante los setenta últimos años— tenga visos de detenerse y de estabilizarse para engendrar una novísima presentación de los viejos y perennes valores, más bien parece que nos sitúa en vísperas, no sé si gozosas o azarasas, de un nuevo salto en nuestra cultura y forma de vida.

Es en este marco de sutil revisión de nuestro común pasado y en la idea decidida de aferrarse a una tradición cuya conservación merecía y requería un profundo cambio en el que se inscriben los antecedentes preparatorios y la propia Ley de 13 mayo 1981, la cual sale a la luz en una España, creo que por primera vez, democrática y constitucional, no solo en la forma sino también en las vivencias y en las mentalidades de casi todos aquellos que algo tenían que decir en la materia y lo expresaron con una libertad y autenticidad para nosotros desconocidas, aunque sí y sin ninguna duda pensadas, soñadas y cultivadas con esmero.

La Ley de 13 mayo 1981, objeto central y casi exclusivo de la presente obra, tiene en su activo muchas y numerosas virtudes, de las que me gustaría hacer un escueto inventario con unos pocos apartados de leve pasivo. Sin embargo —siempre los impertinentes y molestos «sin embargos»—, vio la luz en medio del apogeo de un cambio social casi radical en el papel y función de la familia, a la que venía a servir de guía como la más segura pauta, dentro de lo posible, de su economía íntima. Iba a sufrir en su contexto una variación también radical en las expectativas vitales de sus destinatarios inmediatos y posteriores y a desarrollarse en medio de una crisis de desconocido alcance en cuanto a las creencias y valores transcendentales de éstos. Por ello ha sido muy plural la respuesta que a la misma han dado los intérpretes y aplicadores del Derecho.

La reforma de 1981, por lo que se refiere a su página más brillante, la de los regímenes económico-matrimoniales, traía causa de la Constitución, recién promulgada, de 1978, sin duda, pero mucho más de la relativa insatisfacción que dejaron tras de sí las reformas de 24 abril 1958 y, sobre todo, la de 2 mayo 1975. Insatisfacción de la que eran plenamente conscientes los legisladores técnicos de la Sección civil de la Comisión de codificación. De igual forma aunque con distinta intensidad, la reforma es hija de los estudios de COSSÍO y, en mayor medida, de los de LACRUZ BERDEJO, mi siempre presente maestro, tanto por el impacto que en la doctrina civilística alcanzó y sigue manteniendo su libro «El matrimonio y su economía» (a no confundir con imitadores, deudos hasta en el título de su obra) cuanto por su influencia e incorporación, medida y muy meditada, en la conformación del Derecho positivo aragonés, cuyas pautas se vierten con abundancia en la nueva concepción teórico-práctica de la sociedad de gananciales.

Como no, influyen en esta crucial reforma, remozadora de muchos conceptos técnicos e institucionales, las de los Derechos francés (1968) e italiano (1971) y las explicaciones escritas de sus más acabados analistas y avisados críticos y, sobre todo, el ambiente de curiosidad científica que ambas dejaron tras de sí.

Si esto era así respecto de la riqueza de los antecedentes, los cimientos de la reforma considerada en sí misma hay que buscarlos en un magnífico borrador —calificarlo de otro modo resultaría francamente grosero— salido de la pluma y de la ordenada cabeza del Prof. DÍEZ-PICAZO, Presidente de la Sección. Todo ello seguido del trabajo concienzudo y generoso de la mayor parte de los miembros de la Comisión, entre los que destacaron LACRUZ (de nuevo), ALBALADEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, HERNÁNDEZ CRESPO, RODRÍGUEZ ADRADOS y otros muchos.

El Ministerio de Justicia hizo suyo el texto salido de la Comisión sin más e hizo lo propio igualmente el Consejo de Ministros, respetando una obra bien hecha. La labor del Congreso de los Diputados, en particular la Comisión de Justicia, a la que critiqué con alguna vehemencia por haber admitido un número

excesivo de enmiendas —postura que ahora rectifico— resultó también modélica, sobre todo la llevada a cabo al frente de la Ponencia por los notarios ÁLVAREZ ÁLVAREZ y ESCARTÍN IPIÉNS, los cuales, ante un verdadero alud de interesantes enmiendas procedentes de la propia UCD, mayoritaria, y de la oposición PSOE, PSC y también CiU, conservaron la mayor parte del texto del Proyecto de ley y dejaron razón escrita de su labor en su magnífico informe que servirá para explicar a las generaciones futuras la razón de ser de ésta y de otras instancias cuyo trabajo legislativo queda oscurecido necesariamente por la discreción del oficio de quienes cumplen la función de preparar soluciones técnicas.

El objetivo de la reforma de los regímenes económico-matrimoniales era doble: De un lado y de forma principal se pretendía alcanzar la plena igualdad de los consortes cualquiera que fuere su régimen económico matrimonial, ya fueran éstos de configuración legal (gananciales, participación o separación), ya provinieran como resultado de un pacto capitular entre los contrayentes antes de contraer matrimonio o constante éste. De otro, incorporar al régimen tradicional y legal de gananciales las correcciones que la doctrina y la jurisprudencia habían acumulado a lo largo y a lo ancho de un siglo de vigencia en su texto codificado. A este mismo fin de mejora técnica de la gestión de la economía matrimonial obedece, al menos en la justificación oficial, la incorporación del régimen de participación, ajeno a nuestra cultura aunque se quieran ver antecedentes de él nada menos que en el Fuero Juzgo y que se regula con singular detalle (art. 1411 a 1434 Cc.), sin duda para rellenar el hueco dejado por la desaparición radical y absoluta de la institución de la dote, de la cual se predicaba su inconstitucionalidad sin demasiado fundamento como demuestra su feliz y poco practicada presencia en los regímenes forales y especiales mantenidos en los Derechos civiles de los territorios españoles no provenientes de la Corona de Castilla.

Quienes, como es mi caso, han dedicado bastante tiempo al estudio de los regímenes matrimoniales tienen una acusada tendencia a criticar todos aquellos extremos de la regulación que no vayan con la perfección. Tal vez en este caso porque en el proceso de reforma que me ocupa casi resultaba idealmente exigible por el cuidado desplegado en su planteamiento y en su ejecución. Sin embargo, resulta conveniente poner de manifiesto que los textos y los ideales de la reforma han envejecido mucho más rápidamente de lo que cabría esperar al ser superados por la velocidad del cambio operado en la sociedad española, en el seno de las familias y en los roles en ella asignados a los distintos componentes, así como en la mentalidad y valores morales de los individuos de quienes, en definitiva, dependen las estabilidades y los cambios.

En los últimos treinta años, los que lleva vigente el Derecho de la reforma, el cambio ha afectado principalmente a la esperanza de vida total y a la que podemos denominar útil, en términos de trabajo productivo, compensada de cara al crecimiento de la población con un acusadísimo (más que proporcional) des-

censo de la natalidad que ha facilitado la incorporación masiva de las mujeres a la producción y a los trabajos extradomésticos, con una cadena de efectos en cascada de incrementos de la economía personal, familiar y colectiva; así como cambios de hábitos; «asexuación» de la mayor parte de las ocupaciones profesionales, de los gustos, de las aficiones y de los vicios, con el consecuente cambio, a su vez, si no de la moral contemplada en abstracto, sí de las vivencias acomodaticias de la misma.

Según los técnicos estadísticos, los españoles siguen teniendo como primer interés «la familia», pero contemplada de forma radicalmente distinta, no es ahora un refugio seguro y maternal, sino más bien un marco de ese argumento político de moda «libre desarrollo de la personalidad individual», sin que se contemple la más mínima contradicción vivencial entre ese acusado contraste de lo naturalmente colectivo de la familia y la naciente y viva individualidad que se cultiva con ahínco. Si una generación de madres, la de los años cuarenta, preparó sin aspavientos ni discursos a sus hijas para que se incorporasen al trabajo extradoméstico y a todos los niveles de la enseñanza, la generación de sus hijas, las madres de los años setenta prepararon a las suyas para contar con recursos propios y ejercer sus criterios, ideas y pensamientos independientes. Por todo lo que antecede, el envejecimiento de las normas de la reforma tiene poco que ver con la técnica y la dogmática jurídicas vertidas en ellas, sino con los tiempos de sus efectos: las destinatarias de los regímenes de 1981 —siempre han sido las mujeres los verdaderos sujetos de los regímenes en su proyección teleológica— no eran como se preveía en el ámbito mayoritariamente masculino de la legislación y la jurisprudencia, unas ciudadanas que se encaminaban hacia la real y radical igualdad económica tras conferírseles la igualdad político-jurídica, sino unas mujeres que ya se sabían radicalmente iguales en lo personal y el cambio normativo, constitucional y familiar valía como confirmación de un estado pleno y real, no como un objetivo a lograr a medio plazo en el mundo de la dirección de las economías personal y familiar. Así la reforma de 1981 que llegaba socialmente con veinte años de retraso operaba sobre una sociedad que ya había efectuado el cambio más difícil: el de la autocontemplación de los sujetos como lo que eran, cuando el proyectista pensaba todavía en el deber ser.

Los especialistas en Derecho de familia, con una visión que ellos creían de futuro cuando era de absoluto presente, discutieron animadamente sobre la posibilidad de sustituir el régimen comunitario de gananciales, como sustitutivo legal a falta de opción capitular, por el régimen institucional alemán de participación en las ganancias, que, como sabemos, reunía las ventajas teóricas de regir su gestión constante el mismo por las reglas de la separación de bienes y a la disolución, por cualquier causa, por el de comunicación de los incrementos patrimoniales operados. Se optó a la postre por mantenerse en la tradición, sustancialmente mejorada, de los gananciales, probablemente por entender los legisladores técnicos y los políticos que las familias fundadas en la tradición jurídica castellana no estaban

preparadas para la gestión separada de los patrimonios individuales y la participación en los gastos como hacían los previsores y ordenados germanos. Tal vez fue un acierto permanecer con un régimen de comunidad, pero no por la causa apuntada de la dependencia de las mujeres de los ingresos de los maridos, sino porque para la conflictividad matrimonial de producirse ésta, ¡y hay que ver si esta se ha producido! el problema no se encuentra en la gestión mientras el matrimonio y la convivencia duran, sino en la liquidación cuando el desastre se produce y se tienen que emprender vidas separadas como solución más o menos racional, y la liquidación del régimen de participación resulta igual o más compleja que la liquidación de los gananciales. Así que se optó por introducir el régimen de participación junto a la separación de bienes, como regímenes optativos, y mantener como pauta el nuevo sistema de gananciales, tradicional pero sumamente mejorado.

III. VIRTUDES Y DEFECTOS DE LA REFORMA

Ya me he venido haciendo eco de las muchas bondades técnicas de la reforma de 1981, por cuanto se refiere a los regímenes matrimoniales, pero no creo importante repetirlas. En primer lugar, merece destacarse el uso de un español de calidad, que no desmerece del que sirvió a la redacción originaria del Código en 1889, y bastante alejado del de pobre expresión y pesada gramática reglamentista que solía ser habitual en los últimos tiempos y que pueden apreciarse también en los muy recientes.

En segundo lugar, el texto normativo y la Exposición de Motivos revelan con claridad los objetivos de la reforma: instaurar la igualdad plena de marido y mujer en la función de gestión de cada uno de los regímenes en función de su particular estructura.

En tercer lugar, se incorporan al texto las mejores soluciones aportadas para los regímenes con tradición por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la mejor doctrina. En especial, la fijación de criterios en pro de la conservación de la integridad de los patrimonios privativos aunque este afán no se haya coronado con el éxito.

En cuarto lugar, se refuerza dentro del sistema la función de la autonomía de la voluntad, tanto en la configuración de los regímenes, cuanto en los instrumentos de gestión de los mismos.

En quinto y último lugar, se introduce un sistema de partición: el de atribuciones preferentes, que facilitan la continuación patrimonial para el ejercicio de la profesión del supérstite o el mantenimiento de la vivienda familiar tomando en consideración la situación económica del que queda.

Para los defectos de la reforma, que no traen causa de la mutación de los tiempos, es preciso ser algo más prolijo en su enumeración y en la aportación de razones que creo me asisten para calificarlos como tales.

Sin la menor duda, por cuanto a mí respecta, el más acusado defecto tiene que ver con el mantenimiento de la tradición de comunidad más allá de la consciencia de lo que se estaba reformando, como si la comunidad de bienes constituyese una regla inspirada en la moral, la buena crianza y una consecuencia directa del amor conyugal, conforme a la literatura castellana al uso desde el Concilio de Trento y durante todo el diecinueve y gran parte del siglo veinte (SÁNCHEZ ROMÁN, COSSIO, CASTÁN,...). Este criterio se manifiesta, a mi personal juicio, en la inspiración de algunos preceptos teóricamente pensados para los tres regímenes regulados en el Código civil, más para los diseñados originalmente o a partir de otros modelos acordados en capítulos matrimoniales, tales como los artículos 1.318, 1.319-2, 1.320, 1.322 y singularmente el artículo 1.328, que sigue viendo con prevención la autonomía de la voluntad en la materia y, por cuanto respecta al de participación, el artículo 1.429 cuya desconfianza es tan acusada que hace ininteligible el precepto. Asimismo, este prejuicio alcanza a la configuración del régimen de separación de bienes que se contempla desde la perspectiva negativa de la ausencia de una masa común y haciendo caso omiso a la rica tradición catalana y balear en la vivencia de este régimen. Es más, se ve en la separación una vía de fraude de los acreedores con una presunción que no olvida la larga tradición histórica y choca con el democrático y liberal principio de la presunción de inocencia, que no puede reducirse a los supuestos penales, sino que, como recuerdan los textos sobre la buena fe, es patrimonio conceptual común de todo el ordenamiento jurídico inspirado e interpretado conforme a los valores superiores previstos en el artículo 1,1 CE, pese a los desmentidos en esta materia que alcanzan hasta la nueva Ley Concursal de 2003.

Resulta especialmente significativo el empeño demostrado por al Congreso de los Diputados por mantener a este respecto la definición del régimen de gananciales presente en el artículo 1.344 Cc. (bien distinta de la prevista en el proyecto) y por la que se confunde el régimen mismo con una de sus piezas esenciales pero no totalizadora de éste, cual es la masa común.

En esta misma línea de la búsqueda de la comunidad a toda costa, destacan dos defectos técnicos recogidos en la sección segunda del régimen de gananciales, sin duda la mejor pieza del conjunto de la reforma, cuales son la denominada accesión económica del artículo 1.359,2, por ser contraria a la regla del régimen de comunidad de bienes y no de valores representativos de una ganancia (plusvalía) en expresión feliz de LACRUZ, y la presunción generalísima de ganancialidad situada como cierre del activo (artículo 1.361), en vez de hacerla valer como argumento de cierre del activo en la liquidación del régimen, que ya dio y ahora se mantiene lugar a esa categoría de bienes registrados como «presuntivamente gananciales» que juega una mala pasada al sistema mismo y a la destacadísima presunción de exactitud del Registro de la propiedad. Esto es más así, si tenemos en cuenta las dificultades que se oponen a la subrogación real, por su propia naturaleza formal, y que dan lugar a que un grueso porcentaje de los gananciales que se van a partir efectivamente sean privativos «transformados».

El segundo defecto lo encuentro yo en el falso constructivismo paralelo de activo versus pasivo, pues este último no nace necesariamente de la generación de un activo común, más bien proviene de los consumos comunes y necesidades familiares, con la excepción netamente española de la adquisición de viviendas familiares en propiedad muy por encima en valor de lo que sería proporcionado con los ingresos familiares destinados al ahorro-inversión.

Dentro de la sección tercera de gananciales tengo por defecto técnico, que hubiera podido ser fácilmente subsanable, la aparente indiferenciación terminológica con que se presentan los pasivos provisional y definitivo, respectivamente artículos 1.365 y 1.362 Cc. (RAGEL los presenta a la inversa) y la confusión de presentar como responsabilidad especial y específica la de los cónyuges comerciantes con una referencia al Código de comercio, que si no está derogado en esto y casi todas las materias que contiene por toda la legislación posterior (que ha sido muchísima), sí por la Constitución española de 1978, pues se trata de un derecho de clase privilegiado sin fundamento alguno para el privilegio, tanto inicial cuanto posterior y de un derecho no antiguo sino radicalmente obsoleto que debió ser enterrado sin demasiados honores y refundido en un derecho privado de la capacidad. De todas formas, esta referencia está fuera de lugar pese a que los textos normativos provengan de la reforma de 1975 en este punto con vocación rancia y prehistórica, contraria a la nueva concepción de la capacidad de las personas. En mi opinión, se trata de vestigios atávicos de la educación machista propios de una época muy anterior.

Resultó decepcionante que del texto del pasivo proyectado se suprimieran las referencias a las deudas privativas, pues parece bastante claro que éstas no suelen equivaler siempre a las deudas de los solteros o de los casados en régimen de separación de bienes, si no véanse con detenimiento las dificultades que ha encontrado en la práctica judicial ordinaria —siempre proclive a los acreedores aunque afirmando expresamente lo contrario—, la explicación del clarísimo y complejo en sí artículo 1.373 Cc. Bien es verdad que la culpa se achacaba a dificultades de orden procesal que quedan resueltas con la nueva LEC de 2000, pero quedan supuestos de difícil diferenciación entre lo privativo y común de ciertas deudas.

También nos encontramos con dificultades interpretativas para con el artículo 1.366 Cc. si bien aquí el problema estriba en una posición proclive a una interpretación radical del principio lógico del *ubi emmolumentum ibi onus*, con la chapucera técnica jurídica de admitir como situación ordinaria la falta de diligencia y la actuación contraria a la moral corriente y a las normas prohibitivas. En esa laxitud moral ha incurrido también la reforma del régimen de comunidad aragonés de 2003.

La construcción de un sistema de gestión en un régimen comunitario igualitario es siempre bastante difícil, aún más si se parte de unas normas y una tradición que prevén la existencia de una jefatura familiar y una dirección única y uní-

voca de la familia admitidas precisamente como solución a la tendencia a la diversidad de opiniones y a entender como un mal la contradicción en las opiniones de los cónyuges. La reforma, en sus inicios, previó la cogestión, a mi juicio erróneamente, como forma ordinaria de gestión y administración de la masa común y de las cargas familiares contra toda previsión y experiencia ajenas, probablemente porque entre nosotros se presumía, demostradamente sin ningún fundamento, de la «inquebrantable unidad de la familia» como si lo contrario se tratase de un mal grave y como si las crisis matrimoniales, pese a ser inevitables, constituyesen una lacra solucionable con la adopción de unas cuantas normas que hacen de la cogestión una panacea o, lo que es peor, una regla que para saltársela es preciso acudir al juez.

El legislador de 1981, por las razones que fueren, no supo o no quiso ver que en la comunidad conyugal de los seres efectivamente iguales la forma de gestión más común es la indistinta, siempre y cuando se parta de que los consortes, como suele suceder, comparten la mayor parte de las informaciones económicas y conocen el estado real de la economía común e individuales, y que se reservan para la gestión formal conjunta aquellas operaciones que se consideran capitales para la economía y buena marcha de la familia. Además, la libertad personal y la desjerarquización de la pareja así lo imponen, pues en caso contrario el resultado es el de entregar el mando al cónyuge no cooperador o más conservador o miedoso o simplemente más ineficiente y llevar al juzgado tales desavenencias no es otra cosa que una invitación a la ruptura traumática e irremediable de la pareja. En el Derecho extranjero había modelos muy acabados y eficientes como la reforma belga (Ley de 14 julio 1976), que se ignoraron sin más.

La obsesión por la administración conjunta como modelo único e incluso posibilidad única de real coadministración de la masa común ha sido tan acusada, que el recuerdo de cuál sea la regla general de disposición de bienes muebles ordinarios y del dinero y títulos valores contenido en el artículo 1384 Cc. se ha tomado como excepción a la regla dogmática del obrar y disponer de consuno, prescindiendo de la eficiencia y de la confianza como reglas esenciales de una buena y cabal administración de cualquier economía, incluida y muy especialmente la matrimonial.

En el fondo de esta visión obsesiva por el obrar conjuntamente se esconde una concepción masculinista de la jerarquía social, de la capacidad de actuación productiva y del buen criterio en la apreciación de las cosas y de las realidades. Se trata de una continuación en el pensamiento literalmente burgués, es decir, comercial y urbano de la vida social y familiar, ignorando que la reforma no es fruto de una revolución intempestiva, sino el resultado lógico de una economía, ciencia, política y vida social que ha decidido correctamente no prescindir de la actividad intelectual de la mitad más o menos del género humano. Se quiera ver o no, el progreso imparable del mundo occidental empezó con la incorporación masiva de las mujeres al esfuerzo laboral que implicó la Segunda Guerra Mundial

y a su efectiva no desmovilización al final de ella, abriéndose paso las mujeres a actividades económicas, científicas y políticas extradomésticas con el aliento y apoyo de los varones más avisados y la oposición cerrada de los no tanto, como ocurre con cualquier tipo de monopolio económico o social.

En cuanto a la disolución y liquidación, se ha mejorado muchísimo en comparación con los antecedentes históricos en los que prácticamente no se tomaba en consideración.

Para mi modo de ver la cuestión, los defectos que se aprecian en esta Sección 5ª de gananciales son meros reflejos de otros problemas que ya he subrayado. Con todo se podría mejorar en algunos aspectos. Por ejemplo, considerando las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 Cc. no exclusivamente como formas de partir el haber neto de la masa conyugal, sino más bien como una técnica global de liquidación y partición de la masa común. También mejoraría el resultado si los créditos de las masas privadas frente a la común se tratasen de forma equivalente a los créditos ajenos, porque si está disuelta la comunidad son evidentemente ajenos y, además, va siendo tiempo de que deje de considerarse a la familia como eficaz refugio de la deslealtad, cuando no fuente y medio de cobertura de comportamientos contrarios a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones e incluso de delito. Se debería haber revisado el artículo 1.400 Cc. con ocasión de la aprobación de la Ley Concursal de 2003 y, de igual forma, evitado que esta norma comercialice los criterios de gestión y responsabilidad de las economías privadas de los no comerciantes y en todo caso de los familiares: un mal legislativo sobre el que nos prevenía con insistencia Don Federico DE CASTRO.

Por último y respecto de la Sección 5ª de gananciales se debió y también se puede y debe evitar hoy que se dé el hecho, nada infrecuente por cierto, de acumulación de regímenes comunitarios no liquidados. Pensar que este defecto se corrige con la práctica de dos liquidaciones de gananciales sucesivas no es cierto y de ordinario puede llegar a ser muy complicado.

El amable lector no debería sacar la conclusión, tras este acelerado repaso de deficiencias y aspectos susceptibles de mejora del régimen de gananciales, de que se trata de un régimen deficientemente regulado, más bien se trata de todo lo contrario, si bien el exceso de detalle sirve para poner de manifiesto simples deficiencias que pueden corregirse con un esfuerzo legislativo mínimo. Otra cosa bien distinta es que este régimen tradicional de comunidad se ajuste a los modos de vivir de hoy y de una economía familiar en la que la mujer no se limita al ejercicio del poder de las llaves y la educación de los hijos, sino que ejerce actividades lucrativas fuera del hogar, como ya he dicho.

Además es evidente que se trata de un régimen que se pensó para un matrimonio concebido como indisoluble e incluso para que se mantuviese sin liquidarse hasta que los hijos del premuerto pudiesen ser sujetos activos de su liquidación y partición, por lo que con toda seguridad resiste muy mal los embates de una disolución y liquidación debida a la ruptura de la vida conyugal, sin que ello pue-

da evitarse por completo a base de medidas técnicas y precisiones dogmáticas en su construcción, que, de todas formas, daño no le harían.

El mayor defecto del régimen de participación reside en que se trata de una vivencia extraña a nuestras economías matrimoniales por lo que tiene mucho de divertimento jurídico y en este campo los experimentalismos no son aconsejables o al menos eso me parece a mí. Se introdujo con verdadero entusiasmo legislativo, si bien los particulares destinatarios del mismo y de sus no demostradas ventajas lo han evitado con manifestación clara de su prudencia.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La frecuencia de los divorcios y la fragilidad de los vínculos matrimoniales plantean situaciones que no se pueden resolver manteniendo criterios que fueron propios del matrimonio indisoluble ni trasladando a la economía del matrimonio seguridades que resultan a la postre insostenibles. No seré yo quien afirme que no caben los regímenes de comunidad en un país divorcista, como lo es el nuestro, mal que nos pese, pues Francia es un buen ejemplo de todo lo contrario, pero sí puedo afirmar con seguridad que las cosas resultan bastante más sencillas si el régimen «legal» es el de separación de bienes, sobre todo si se cuenta con buenas normas que regulen el régimen del levantamiento de cargas familiares y las deudas estrictamente matrimoniales.

Hoy por hoy en los territorios de vigencia del Código civil en esta materia y en los casos de ruptura se requieren, si la crisis se solventa por la vía contenciosa, dos procedimientos: el de separación-divorcio o el de divorcio directamente (desde julio del presente año) y el de liquidación y partición de la sociedad de gananciales, que los jueces de familia con una interpretación *sui generis* del artículo 90,E) Cc. independizan del primer procedimiento, salvo cuando se formula la crisis de común acuerdo, previo convenio regulador, en cuyo caso la exigen.

El régimen de gananciales presenta no pocos inconvenientes para las actuales estructuras familiares que no se presentan en el de separación de bienes y da lugar a situaciones complicadas a partir de su interpretación judicial acusadamente comunitarista, bastante más de lo que lo es el régimen en sí mismo, y también a partir del dato fáctico de la existencia de una evidente tendencia hacia la confusión de patrimonios, porque las parejas mientras la unión matrimonial dura piensan y quieren convencerse de que para ellas no se producirá la ruptura. En cuanto a esto no son necesarias ni convenientes las especulaciones teóricas basadas en una determinada opinión del deber ser, basta con efectuar una cuidadosa comparación entre costes y duración de la conflictividad en los territorios de Derecho del Código civil respecto de Cataluña y Baleares, en los cuales la separación de bienes constituye régimen sustitutivo en caso de ausencia de acuerdo capitular al respecto.

Hoy no se puede argumentar que la separación de bienes presupone «anteponer la economía al amor» porque sencillamente no es así, ni nunca lo fue, ni los gananciales trasladan a la economía el ideal matrimonial cristiano.

La gente contrae matrimonio como quien emprende un viaje en avión sin estudiar ni poco ni nada las cláusulas de contrato que efectivamente se celebra, el que los efectos sean unos u otros depende de las opciones que ha tomado el legislador que, por cuanto se refiere al Código civil, no ha adoptado ninguna, salvo, en los últimos tiempos, la de facilitar la salida personal a las crisis abiertas, cerrando los ojos a la crisis económica que sigue, de modo casi inexorable, a la personal. No quiero decir con esto que el Estado legislador tenga la culpa de aquello que suele ser producto de la inconsciencia de quienes se casan dedicando poco o nada de tiempo a la reflexión respecto de lo que se proponen emprender de consuno, pero sí afirmo que reformando el Derecho de familia por aceptación de golpes de presión de determinados grupos descontentos con la normativa vigente e introduciendo parches, no sólo no se resuelve nada, sino que se complica aún más lo que de por sí ya es complejo y difícil.

No se trata de legislar para conformar un modelo de familia oficial con independencia de la realidad social imperante, esto es lo hasta ahora y desde Felipe II ha venido sucediendo. Más bien entiendo que conviene reorientarse en una doble dirección, la de tratar de evitar o aminorar los traumas personales y sociales que siguen al conflicto en la convivencia matrimonial, de un lado, y la de inmiscuirse lo menos posible en materias tan íntimas, de otro.

A mi me parece claro que los modelos basados en ideas de excelencia moral no son generalizables y, además, no es lícito inquirir en el mundo profundo de los sentimientos, ni este es el papel de los jueces, incluidos los de familia.

En la vida corriente se presentan muchos modelos de convivencia familiar que no tiene por qué regularse en detalle y sí en cuanto a los mínimos que favorezcan la estabilidad de convivencia (sin ella la sociedad desaparecería y los servicios públicos se convertirían en prestaciones económica y socialmente imposibles) y aseguren a los menores y dependientes, por cualquier causa síquica o física con o sin capacidad de obrar, la mayor y mejor posibilidad de recibir la atención que les es debida antes, en y después de la crisis de convivencia.

Estoy convencido de que el Estado, al hacer suya la ejecución de los «mandatos» del mundo religioso, erró, confundiendo la fuente del poder con el modelo de su ejercicio sin límites, y que el Estado moderno, tratando de hacer propio lo que fue patrimonio de la familia (Roma) o de organizaciones religiosas (las sociedades cristianas medievales o las islámicas), pecó de imprudencia e incluso de arrogancia, pues carece de la autoridad moral propia u otorgada para distinguir el bien del mal y no debía imponer su criterio en este sentido.