

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### Matrimonio Civil contraído de mala fe por católico mallorquín con norteamericana

(S. 2 noviembre 1965)

**MATRIMONIO PUTATIVO: FORMA MÍNIMA EXIGIDA:** *Frente al recurrente que invoca que el matrimonio celebrado en Tánger, en el Consulado de los Estados Unidos de América, es inexistente—y fuera de la órbita del artículo 69 del Código civil—, pues no aparece cumplida ni la forma española ni la del país del acto, ni la del país de la contrayente, se declara que “como quiera que parece probado que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado, es evidente que se celebró conforme al Derecho positivo de la autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo”.*

**RÉGIMEN DE BIENES: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:** *Es aplicable el régimen nacional del marido (no hubo pactos nupciales), pero no el común sino, en su caso, el foral correspondiente.*

**SEPARACIÓN DE BIENES: COMPILACIÓN BALEAR:** *Aplica el artículo 1.396 para la determinación de los bienes privativos. No probándose el carácter privativo, el bien se entenderá del matrimonio, según el artículo 3, III, de la Compilación balear.*

**NULIDAD DE MATRIMONIO: MALA FE:** *A los bienes comunes o del matrimonio son aplicables analógicamente, en relación con la disposición final segunda de la Compilación balear, los artículos 72 y 1.417, Código civil.*

**DAÑOS MORALES:** *Es indemnizable el perjuicio en la honra y reputación de la esposa, determinado por el matrimonio nulo contraído de mala fe (S. de 2 de noviembre de 1965; ha lugar).*

#### A. Exposición de la Sentencia.

Un mallorquín contrae en 1953, en Tánger, matrimonio civil con una norteamericana ante el Visecónsul de los Estados Unidos de América, y a la vez, según el rito protestante. A demanda del español, los Tribunales declaran la nulidad del matrimonio por estar bautizado en la Iglesia Católica, si bien se estima que hubo mala fe por su parte y asimismo que se produjeron daños morales a la esposa.

El español demanda la nulidad del matrimonio. La demandada no se opone a la nulidad, pero en reconvencción solicita, entre otras peticiones, que se declare: 1.º Que el matrimonio se había celebrado de mala fe por el actor. 2.º Que se condenara al actor a otorgar escritura pública de venta, a favor de la demandada, de una casa que el marido putativo había adquirido durante el matrimonio con dinero de ella, inscribiéndola en favor de él; o subsidiariamente, que pague a ésta su importe 3.º Que abone 75.000 pesetas en concepto de indemnización por los daños morales.

El Juzgado declaró: 1.º Que el matrimonio es nulo. 2.º Que el actor lo contrajo de mala fe y la demandada de buena fe. 3.º Que la casa comprada era bien común. Y entre otras determinaciones condenó al demandante a trans-

ferir la casa a la esposa otorgando los documentos oportunos, y a abonarla en concepto de daños morales 50.000 pesetas.

Apela el actor y la Audiencia confirma las declaraciones del Juzgado, pero, en cambio, estima la casa bien privativo del marido y eleva a 75.000 pesetas (1) la indemnización por daños morales.

Ambas partes recurren en casación.

El demandante, en su recurso, invoca que no hay lugar para aplicar la doctrina del matrimonio putativo porque no es un caso de nulidad sino de inexistencia, ya que no se cumple ni la forma española ni consta cumplida la del país del acto, ni la americana. No discute que los daños morales sean indemnizables: pero no son indemnizables los simples disgustos, sino los daños verdaderos. Invoca además que la sentencia implica, en dos cuestiones cuyo detalle no interesa (una de ellas, la cuantía de la indemnización) *reformatio in pejus*.

También recurre la demandada porque se aplique el régimen de bienes gananciales —como es posible en virtud del artículo 1.325, Código civil— o se aplique (lo que se invoca subsidiariamente) el sistema mallorquín (cf. artículo 3, III, Compilación balcar), la casa comprada por el marido debe conceptuarse como bien común o ganancial de ambos cónyuges. No basta que en la escritura de compra, conste el comprador como adquirente, y que “de presente pagó el precio convenido”, pues lo esencial es probar la procedencia del dinero y en el caso presente se da por probado que el demandante no poseía bienes antes del matrimonio y que “la vida económica del matrimonio había gravitado de modo esencial sobre los bienes” de la contrayente. Es un bien *común* o ganancial y por aplicación de los artículos 72 y 1.417, Código civil, nunca pudo atribuirse al contrayente.

El Tribunal Supremo accediendo al recurso de la demandada casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juez de Instancia. En cambio, desestima el recurso del demandante; sólo en dos cuestiones —cuya especificación no interesa en este momento (una de ellas la cuantía de la indemnización)— accede el Tribunal Supremo al recurso del demandante para evitar la *reformatio in pejus*.

He aquí los considerandos de la sentencia en la parte que nos interesa:

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso articulado por el demandante se sustenta en el número 1 del art. 1.692 de la L. E. C., para denunciar la violación en la sentencia recurrida del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y sentencias de esta Sala, que cita, con la consiguiente aplicación indebida de los 42, 100, número 4.º del 101 y 69 del mismo cuerpo legal, por entender el recurrente que su matrimonio con la demandada fue inexistente y no nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron —Pastor protestante y Cónsul en Tánger de los Estados Unidos de Norteamérica— sean los que debieron conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado, es evidente se

(1) Esta es la cifra que se da en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo; en los Resultados se habla de 65.000.

celebró conforme al Derecho positivo de la autoridad que lo autorizó, y decae este primer motivo.

CONSIDERANDO: Que con la misma sustentación procesal se articula por el demandante los motivos 4.º, 5.º y último del recurso, con invocada violación de la doctrina sobre resarcimiento de daños morales, que a su juicio precisa un daño real, sin que sean suficientes los meros disgustos para producirlos, según la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita; y habida cuenta que la resolución impugnada da como probado que como consecuencia de la separación de los cónyuges se produjo un perjuicio en la honra y reputación de la esposa, que quedaba por la actuación y peticiones del esposo en mala situación ante sus amistades y compatriotas, es evidente que se le ha ocasionado un daño moral, y que éste es indemnizable conforme a la doctrina elaborada por esta Sala sobre el particular...

CONSIDERANDO: Que entrando en el estudio del recurso articulado por la esposa demandada, formula los cuatro primeros motivos, al amparo del número 1.º de dicho artículo 1.692, para combatir la declaración de la sentencia de que la casa adquirida durante el matrimonio por el esposo pertenece exclusivamente a éste en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961, sobre Compilación del Derecho de Baleares, que establece el régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges cuando sean mallorquines alguno de ellos, como lo es el esposo, y no haya pacto expreso en capitulaciones matrimoniales, que no concurre en el caso contemplado, alegando la violación por la resolución impugnada del párrafo 3.º de dicho artículo 3.º de la Compilación y de los artículos 1.325, 1.396, número 1.º del 1.401, 1.407 y 13 del Código civil; y habida cuenta que la sentencia da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes y que no los ha adquirido por herencia, cuya declaración no ha sido combatida por el único cauce adecuado para ello, el del número 7.º de tan repetido artículo 1.692, es evidente que la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396 para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra, y, como consecuencia, y en principio, deberá ser estimada como del matrimonio con arreglo al párrafo 3.º del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares, y en su consecuencia procede casar y anular en tal extremo la sentencia recurrida, máxime en el caso presente, en que del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer y, salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa, y, por tanto, bien privativo de ella.

CONSIDERANDO: Que, por último, el 5.º motivo del recurso, por el mismo cauce procesal de los anteriores, denuncia la violación en la sentencia de los artículos 72 y 1.407 (2) del Código civil; y como quiera que persiste la declaración que contiene de que el marido procedió de mala fe, al no haberse combatido en forma tal aserto, procede casar la resolución impugnada en tal extremo, por

---

(2) En el recurso, el artículo citado es el 1.417. Parece, pues, que hay una errata en el Considerando.

aplicación analógica de los preceptos invocados, en relación a la disposición final 2.<sup>a</sup> de dicha Compilación.

#### B. Comentario.

1. *Referencia a la cuestión de la nulidad del matrimonio civil contraído por bautizados.* En casación no se plantea esta cuestión. De la sentencia sólo se desprende que se consigue la declaración de nulidad del matrimonio porque el contrayente estaba bautizado cuando contrajo matrimonio, y éste se había celebrado sin sujetarse a las prescripciones de la Iglesia Católica. El Ministerio Fiscal asiente—el dato no está muy claro— a la nulidad, y la demandada no se opuso a ella. Contra la declaración de nulidad nadie recurre.

Queremos ahora simplemente llamar la atención contra la fácil declaración de nulidad de los matrimonios civiles por razones religiosas. Después de un periodo de vacilaciones administrativas y jurisprudenciales, ya expuestas en otra ocasión (3), se ha impuesto la idea de que si los que profesan la religión católica contraen matrimonio civil, y, por tanto, infringen el artículo 42 C. c., el matrimonio civil es nulo. El Tribunal Supremo —dijimos entonces— parecía entender que no procedía la nulidad por no estar tal infracción en la relación taxativa de causas que enumera el artículo 101, Código civil (cf. SS. 13 junio 1943, 26 enero y 7 marzo 1956). Mas recientemente entiende que la infracción del artículo 42 determina la nulidad del matrimonio (cf. SS. 21 octubre y 12 noviembre 1959, 16 febrero 1961 y 5 julio 1965 (3 bis). El Reglamento del Registro Civil también presupone que la infracción del artículo 42, Código civil, determina la ineficacia del matrimonio (cf. art. 249, II, Reglamento Registro civil).

Pero quizá en algún caso se ha llegado a la declaración de nulidad con excesiva facilidad: así, por no constar que las autoridades de la Iglesia hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasía formal del contrayente, bautizado en la Iglesia Católica (cf. S. 21 octubre 1959) (4). Es obvio que esta doctrina no logra la total armonía con la disciplina canónica (cf. canon 1.099). Y, en cambio, está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 42 C. c. —particularmente tal como estaba redactado al tiempo del matrimonio—, pues según tal artículo —y conforme a la interpretación que apoyan abundantes razones (5)— procede autorizar el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes

(3) Cf. M. PEÑA, *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932*, A. D. C., X, 1, pág. 261.

(3 bis) En esta sentencia se supone la nulidad de un matrimonio civil contraído ante funcionario británico en Gibraltar por española que profesa la religión católica con norteamericano. Estima el T. S. que hay nulidad por infracción del artículo 42, aplicable —dice la sentencia— en virtud de los artículos 9 y 11, Código civil.

(4) Hay que tener en cuenta que esta sentencia se refiere a un matrimonio celebrado con infracción de las prevenciones adoptadas —en desarrollo del artículo 42, Código Civil— por la Orden de 10 de marzo de 1941, la cual podría relativizar y en algún modo explicar —aunque no justificar, por el valor subordinado de toda orden ministerial— la doctrina que se sienta.

(5) Cf. M. PEÑA, *Los matrimonios...*, págs. 260 y 261.

profesa la religión católica, de cuya religión apostatan, sin exigirse, además, declaración, penal o no, en sentido alguno, de las autoridades eclesiásticas.

La interpretación que sobre la intervención de la Iglesia debe prevalecer es la seguida en los artículos 243 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, y en la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957 (confirmada en 28 de enero de 1959), y que también presupone la Circular de la Nunciatura Apostólica de 25 de marzo de 1957 a todos los Ordinarios de España. Conforme al artículo 245 del Reglamento del Registro civil, al tramitarse las diligencias previas a la celebración del matrimonio civil de los bautizados en la Iglesia Católica, se expondrá circunstanciadamente al proyectado matrimonio a las autoridades Eclesiásticas. Pero de éstas no depende el que tales bautizados puedan ser o no considerados como católicos a efectos de celebrar matrimonio civil. Ellas, simplemente—según la Circular de la Nunciatura—, informarán a la autoridad civil cuando no resulte conforme a la verdad el invocado abandono de la fe católica, o bien cuando resulten fructuosas las gestiones apostólicas cerca de los contrayentes; “pero si resultan infructuosas no se hará notificación alguna a la autoridad civil”.

La Dirección General de los Registros sigue entendiendo, no obstante la citada sentencia, que puede autorizarse el matrimonio civil de los bautizados en la Iglesia Católica, si se estiman que no profesan ya la religión católica y aunque no proceda declaración eclesiástica sobre la apostasía (cf. R.R. de 18 mayo y 28 junio 1961, 25 octubre 1962, 3 septiembre y 8 octubre 1963, 8 marzo 1965 y 3 marzo 1966). Nótese la perturbación que dentro del orden jurídico ocasionaría el que unos órganos públicos (los Tribunales) estimaran nulos los matrimonios que otros órganos públicos (los encargados de la autorización del matrimonio) admiten como válidos.

En ningún caso debe admitirse fácilmente la nulidad invocando el catolicismo del contrayente. El propio matrimonio civil es un indicio muy fuerte de su desafección a la Religión Católica. La necesidad de dar estabilidad a una institución tan fundamental y transcendental en el orden jurídico, restringe, en general, los supuestos de nulidad (*favor matrimonii*). Pero en concreto, la causa ahora invocada, con facilidad puede resultar en burla de la institución matrimonial, del otro contrayente, de la Religión Católica y del Ordenamiento del Estado, con los consiguientes deshonor y perjuicios para la comparte, la descendencia, la familia, el Estado y la Iglesia.

Los principios de libertad de religión y de no discriminación civil por razones religiosas, imponen la máxima cautela antes de concluir que se da la nulidad del matrimonio por la catolicidad de alguno de los contrayentes.

2. “*Minimum*” de forma exigido por el Derecho español para que pueda aplicarse la doctrina del matrimonio putativo.—De esta sentencia sólo se desprende que, incluso aunque uno de los contrayentes sea católico, basta haber contraído matrimonio civil conforme a la ley correspondiente a la “autoridad” que lo autorizó (el Vicecónsul de los Estados Unidos), para que pueda aplicarse la doctrina del matrimonio putativo.

Es claro que no se aplican aquí los preceptos canónicos sobre el matrimonio putativo. El artículo 69, Código civil, está dentro del capítulo I relativo a las

*disposiciones generales* al matrimonio, y en concreto forma parte de la Sección 5.ª, que trata de los efectos de la nulidad del matrimonio y de la separación de los cónyuges, y cuyos preceptos se aplican a una y otra clase de matrimonio. Así, pues, para determinar si hay o no matrimonio putativo hay que estar sólo a lo dispuesto en el artículo 69 C. c. Nótese que, de aplicar los preceptos canónicos, el matrimonio no podía haber merecido la consideración de matrimonio putativo (6) (6 bis).

La cuestión del *minimum* de forma exigido para poder entender que se producen los efectos del matrimonio putativo no tiene una solución directa en el Código. Tiene que haber "matrimonio contraído", un matrimonio en apariencia válido. Es decir, se requiere una cierta base objetiva, y, por tanto, una cierta corrección formal. Pero, ¿hasta qué punto los defectos de forma son decisivos?

Tampoco da luces especiales el Derecho Comparado. El Derecho Canónico requiere celebración en forma eclesiástica, aunque esté viciada (vide nota 6). En el Derecho francés no se exige más que la buena fe, importando poco la gravedad o el tipo de vicio que afecta al matrimonio contraído (7). Más exigente era el sistema alemán (8). En Italia, la doctrina dista de ser unánime sobre el *minimum* de base formal exigido para el matrimonio putativo (9).

(6) Hasta hace poco se tenía como dudoso si bastaba el matrimonio civil a efectos de poder entenderse que se daba matrimonio putativo (vide KNECHT, *Derecho matrimonial católico*, trad. Gómez, 1932, pág. 64; MIGUÉLEZ, ALONSO y CABREROS, *Código de derecho canónico*, 1947, Canon 1015, § 4). En 26 de enero de 1949 la Comisión de intérpretes entendió que en la palabra *celebratum* (cf. canon 1015, § 4) debía entenderse sólo el matrimonio celebrado ante la Iglesia. Un comentario a esta respuesta, ABAD GÓMEZ, *Rev. D. Canónico*, 1949, pág. 831 y sigs.). La interpretación dada sigue la doctrina anterior al Código (vide, KNECHT, *loc. cit.*). El mismo criterio es seguido al definirse el matrimonio putativo en el *Motu proprio de disciplina matrimonii apud orientales*, de 22 de febrero de 1949, canon 4, § 4.

(6 bis).—La S. 5 julio (cf. nota 3 bis) también parte de que la doctrina del matrimonio putativo es aplicable al contraído sólo en forma civil —forma local extranjera—, por quien profesa la religión católica.

(7) Cf., en este sentido: COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIEYRE, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, I, 1947, pág. 195; JOSSE-RAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, segunda ed., 1932, núm. 860, págs. 443 y ss.

RIPERT-BOULANGER entienden que se exige además la apariencia jurídica de un matrimonio, y concretamente que en el matrimonio celebrado en Francia, entre franceses, haya intervención de un oficial del estado civil o al menos de una persona que sea tomada como tal por los esposos. Pero en realidad este requisito parece exigirse como consecuencia de el de la buena fe: "el carácter laico de la institución civil es demasiado universalmente conocido para que pueda estar justificada la menor ilusión a este respecto" (cf. RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, I, 1956, núms. 1379 y ss.; págs. 536 y ss.).

(8) En el sistema originario del Código Civil alemán se excluyeron (cf. § 1345, II) los efectos del matrimonio putativo, si la nulidad se funda en vicio de forma y el matrimonio no se ha inscrito en el Registro de Matrimonios. Cf. KIPP y WOLFF, *Derecho de familia*, I, 1946, pág. 174.

(9) Las posiciones doctrinales son muy variadas. Se ha sostenido que no es posible matrimonio putativo, si hay un vicio de forma. Otros destacan la necesidad de determinados elementos formales. Otros, finalmente, entienden que basta que se dé el hecho que, según la opinión de las partes, parezca necesario o suficiente para realizar una unión matrimonial válida. Cf. las diferentes posiciones en SACCO, *La buona fede*, Torino, 1949, pág. 133.

Los anotadores del Kipp y Wolff (10) sostienen, para el Derecho español, que sólo hay matrimonio putativo si el matrimonio es formalmente existente; Fuenmayor (11) entiende que quedan fuera del matrimonio putativo los "matrimonios impugnados por defecto de forma". En pro de cierta flexibilidad: Sánchez Román (12), Valverde (13) y Lalaguna (13 bis).

Es claro, ciertamente, que determinados vicios de forma, aunque provocan la nulidad del matrimonio civil, no impiden la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. ¿Cómo substraer a esta doctrina el matrimonio contraído ante quien aparecía como funcionario competente y no lo era, y si es que no se aplica la doctrina del funcionario de hecho (14)? ¿Cómo negar los efectos del matrimonio putativo al contraído ante quien de buena fe se estima que es autoridad legítima (supuesto de guerra civil), y si es que no cabe aquí la citada doctrina del funcionario de hecho (15)? Por S. 26 noviembre 1957, en un caso de matrimonio contraído, vigente la L. 28 junio 1932 y O. 14 julio 1932, el Tribunal Supremo estimó nulo el matrimonio civil contraído ante Juez municipal, por no ser el competente por razón del domicilio. ¿Cómo sostener entonces que ni siquiera estamos ante el supuesto del artículo 69 C. c.?

Nótese que la sentencia que comentamos se mueve en este terreno con cierta flexibilidad. No entra a determinar si se da o no la forma exigida por el ordenamiento español para los españoles que contraen matrimonio en el extranjero.

(10) Cf. KIPP y WOLFF, *op. cit.*, pág. 178.

(11) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, R. G. L. y J., 1941, II, pág. 433.

(12) SÁNCHEZ-ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V, segunda ed., 1898, páginas 910-912.

(13) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, IV, cuarta ed., 1938, pág. 202.

(13 bis) LALAGUNA, *Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente*, A. D. C., XVI, 2, pág. 540.

(14) Según el Código Civil alemán, en su redacción originaria, vale como funcionario del estado civil, a los efectos de la celebración del matrimonio, el que, aun sin serlo, ejerce públicamente tales funciones, a no ser que los futuros esposos sepan que no tiene competencia oficial en el momento del matrimonio (cf. §§ 1317 y 1319, B. G. B.).

Para el Código Civil italiano "se considera celebrado ante el oficial del estado civil el matrimonio que se celebró ante persona que, sin tener la calidad de oficial del estado civil, ejercía públicamente sus funciones, a no ser que ambos contrayentes, en el momento de la celebración, hayan sabido que dicha persona no tenía tal calidad" (art. 113, Código Civil italiano).

La jurisprudencia francesa ha estimado que no es nulo el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente si sobre este punto había un error común, porque *error communis facit ius*: cf. RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, I, núms. 12, 1338 y 1381.

También conforme al Código de Derecho canónico, "en caso de error común o de duda positiva y probable, tanto de derecho como de hecho, la Iglesia suple la jurisdicción, así en el fuero externo como en el interno" (canon 209). En 26 de marzo de 1952 la Comisión de intérpretes declaró que este canon debe aplicarse también al caso del sacerdote que, sin delegación, asiste a un matrimonio.

(15) El Reglamento del Registro Civil excluye expresamente de la consideración de títulos manifiestamente ilegales "los matrimonios civiles en zona roja" autorizados por personas que "ejercían, siquiera de hecho, las funciones de órganos competentes para autorizarlos" (cf. disp. tr. 12).

Le basta con que el matrimonio aparezca como celebrado de conformidad al ordenamiento correspondiente al funcionario extranjero que lo autoriza.

3. No se alude en la Sentencia, a la cuestión de si los españoles pueden contraer matrimonio civil con arreglo a la *forma extranjera* (16). Descartada de la sentencia del Tribunal Supremo la cuestión de la eficacia del matrimonio civil (pues estaba ya definitivamente juzgado que era ineficaz por razones confesionales), no era necesario determinar si también era ineficaz por falta de forma. De otra parte, admitido que se da el *mínimum* formal para el matrimonio putativo (por haberse celebrado de conformidad con el ordenamiento extranjero del funcionario (Vicecónsul) que autoriza en el extranjero el matrimonio civil) holgaba entrar en la cuestión de si el *mínimum* formal se daba también por ser suficiente, para la validez de un matrimonio civil de españoles en el extranjero, seguir *la forma del país*, si es que podía tener tal conceptualización la forma consular norteamericana en Tánger, en 1953, en el matrimonio de un español con una norteamericana.

Tampoco se cuestiona en esta sentencia, por las mismas razones, si, aunque la ley del país de celebración no lo permitiera, es posible conforme a la ley española que un español contraiga matrimonio civil en el extranjero ante un funcionario consular del Estado del que es súbdito el otro contrayente (cf. artículos 11 y 100 Código civil).

4. *Régimen económico aplicable al matrimonio de mallorquín con norteamericana, contraído en Tánger.*—Supuesto que se da el matrimonio putativo y que éste fue contraído con buena fe por parte de la mujer, es claro que el matrimonio surte efectos civiles respecto de ésta y de los hijos (en el supuesto no había hijos) (cf. artículo 69 C. c.). Es necesario, pues, determinar, como si se tratara de un matrimonio válido, cuál es el régimen aplicable a la sociedad conyugal.

El Tribunal Supremo en esta sentencia hace una vez más aplicación de la ley nacional del marido. En este aspecto no ofrece la sentencia particular interés. Ni tampoco puede invocarse en relación con la cuestión de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio de español con extranjera, en pro de la tesis de la aplicación de la ley del marido y en contra de la del principio de autonomía de la voluntad, pues la sentencia parte del hecho de que nada habían estipulado los contrayentes en relación a su régimen económico (17).

En cambio, tiene un gran interés en cuanto aborda la cuestión de qué ley es la aplicable como ley personal del marido español, si la propia de su condición de aforado o el régimen común de gananciales. En el recurso de la contrayente se planteó abiertamente la cuestión. Según tal recurso, son varios los autores que, con amplia argumentación, sostienen que al matrimonio de aforado con extranjera, contraído en país extranjero, le es aplicable el régimen común y, por el contrario, Castán señala una opinión contraria (18). El Tribunal Supremo, en

---

(16) Cf. M. PEÑA, *Matrimonio civil de españoles en el extranjero: forma local. Nota a la S. de 14 de noviembre de 1963*, A. D. C., XIX, 4. pág. 709.

(17) Sobre la cuestión de la Ley aplicable conforme al Derecho español, al régimen económico conyugal, cf. M. PEÑA, *El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado*, *Revista D. Inter.*, VIII (1955), 3, págs. 614 y ss. Allí los argumentos en favor de la tesis voluntarista.

(18) La tesis de Castán se concreta en estas líneas: "Aunque una interpre-



la sentencia que comentamos, no vacila en considerar aplicable el régimen foral correspondiente al varón, y, en este sentido, ha de entenderse que resuelve la cuestión. Pero no razona cómo llega a esta conclusión.

Ciertamente hay razones de peso que apoyan la tesis del Tribunal Supremo: 1.<sup>a</sup> La conveniencia de mantener en lo posible la unidad de ley en cuanto a los derechos y deberes de familia y en cuanto a la sucesión. 2.<sup>a</sup> El que el artículo 1.325 Código civil esté fuera de los preceptos de aplicación preferente al Derecho Foral (cf. art. 12, Código civil) podía, pues, entenderse que se refiere sólo el caso del matrimonio de varón español, sujeto al Derecho Común, que contrae matrimonio con extranjera. Sobre el artículo 1.325 parece tener preferencia lo dispuesto en los arts. 14 y 15 en relación con el art. 9, los cuales establecen para el supuesto de marido aforado la aplicación, en cuanto a los derechos y deberes de familia, de la legislación foral del marido. 3.<sup>a</sup> El principio de igualdad de alcance entre las diversas legislaciones de los territorios españoles que se desprende del artículo 15, *fine*, Código civil.

Ahora bien, hubiera sido de desear un mayor detenimiento en el razonamiento de la conclusión a que llega el Tribunal Supremo, pues no son despreciables las razones que apoyan la aplicabilidad, no del régimen foral, sino del régimen común, y, por tanto, del régimen de la sociedad de gananciales.

¿Cuáles son estas razones que el Tribunal Supremo debería haber rebatido?

1.<sup>a</sup> La interpretación literal del artículo 1.325 C. c.: Terminantemente establece este precepto que si el casamiento se contrajera en país extranjero entre español —sin distinciones— y extranjera, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

2.<sup>a</sup> Esta interpretación armoniza con la solución que se da a la cuestión recíproca: si el casamiento se contrajera en país extranjero entre extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá “que se casa bajo el régimen de *derecho común* en el país del varón” (cf. art. 1.325). Parece, pues, que nuestro legislador determina que el régimen aplicable no es el que corresponda según el estatuto personal *particular* del marido, sino el que corresponda según el *derecho común* correspondiente al marido. En el mismo Código hay base suficiente para interpretar que *derecho común* es el Derecho de vigencia general como opuesto al derecho particular que subsiste en determinados territorios (cf. art. 15 Código civil).

3.<sup>a</sup> Concuerdar también la interpretación con el carácter de reglas excepcionales que asignaba la doctrina antigua a los Derechos Forales (19). Que en la concepción del Código no tienen tales Derechos el mismo carácter que las normas

---

tación literal del artículo 1325 conduciría a la aplicabilidad de la sociedad legal de ganancias cuando el marido español esté sujeto, no al Código, sino a un Derecho Foral, la solución lógica es, como apunta Miaja, que cuando el varón sea aforado, haya tenido lugar la unión en territorio sujeto al Código, en país foral o en el extranjero, se regule por su fuero su régimen matrimonial” (cf. CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, V, vol. I, séptima ed., Madrid, 1955, pág. 492).

(19) Cf. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte General, I, tercera edición, Madrid, 1955, págs. 270, 272, y *Compendio de Derecho civil*, segunda edición, Madrid, 1964, pág. 63.

de Derecho Común, se confirma en otro artículo, también relativo al régimen económico matrimonial, el artículo 1.317 C. c.

4.ª En el artículo 1.325, como ya dijimos en otra ocasión (20), parece resuñar de algún modo una antigua preocupación de Gregorio López (21), que arranca de Baldo; se trata de no perjudicar a la mujer que ignore las costumbres *particulares* del marido, pues en su desconocimiento no hay culpa. La mujer pudo justamente creer que las leyes del marido eran las generales del Reino.

Aunque en el Código no se acoge la concepción romanista sobre la ignorancia de la ley, el argumento no deja de tener peso para interpretar el artículo 1.325 C. c., sobre todo si se estima que la ley aplicable al régimen es, en primer lugar, la determinada por la voluntad de los contrayentes (cf. nota 17): piénsese, por ejemplo, en el supuesto de marido sujeto al Fuero del Baylio, donde rige el sistema de comunidad universal de bienes de los cónyuges, que se casa en el extranjero con norteamericana.

5. *Aplicación retroactiva de la Compilación balear.*—En el recurso se alegó que la sentencia de la Audiencia, al declarar bien privativo del marido una casa comprada por éste e inscrita a su favor, infringe el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación balear, según el cual “pertencerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”. Y el Tribunal Supremo, en efecto, acepta que, como “la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396, para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra..., en principio deberá ser estimada como del matrimonio, con arreglo al párrafo III del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares”.

Pero téngase en cuenta que el matrimonio se contrajo en 1953, y que la casa en cuestión se adquiere poco después, y, sin duda, mucho antes de la entrada en vigor de la Compilación de 19 de abril de 1961. ¿Es correcto, entonces, aplicar el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación? Ciertamente las Compilaciones de Derecho Foral, como los diversos Anteproyectos y Proyectos, constituyen (como ha repetido la jurisprudencia) un testimonio de autoridad sobre lo que era el Derecho Foral que habían de sustituir, y, en este aspecto, se podría hablar de eficacia retroactiva de aquellos cuerpos legales. Pero las Compilaciones no se han limitado estrictamente a recoger el Derecho particular correspondiente. Precisamente porque pueden contener modificaciones respecto del Derecho anterior, tiene sentido el que terminen con disposiciones transitorias. Por eso no cabe dar a las Compilaciones un total valor interpretativo del ordenamiento anterior (cf. en este sentido, S. 10 diciembre 1965).

En concreto, el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación del Derecho civil especial de las islas Baleares constituye una novedad. En la Memoria de Ripoll no había disposición similar. Por el contrario, en ella, en su artículo 18, se declaraba: “Tanto el marido como la mujer pueden adquirir libremente para sí toda clase de bienes durante el matrimonio. Sin embargo, las adquisiciones de bienes

(20) Cf. M. PEÑA, *El régimen económico...*, pág. 619, nota 32.

(21) Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Valencia, 1767, P. 4, 11, 24, glosa 1, pág. 81.

inmuebles hechas por la mujer se considerarán efectuadas con dinero marital, siempre que no acredite haber tenido medios para hacerlo con su propio peculio, y, en este caso, tendrá el marido acción para reclamar su precio" (22).

En la Compilación, la supresión de la presunción muciana es una modificación de última hora. La propia 'Exposición de Motivos, al hacer relación de las modificaciones introducidas en el Anteproyecto formulado en 22 de febrero de 1949 por la Comisión de Juristas de Baleares, expresa que "se suprime, decididamente, la discutida presunción muciana".

En consecuencia, no parece lógico aplicar la regla del párrafo III del artículo 3.º de la Compilación a una adquisición del marido anterior a la vigencia de tal regla. Sólo podría explicarse tal aplicación por el carácter especial, similar al del Derecho extranjero, que puede tener el Derecho derogado en relación al principio *jura novit curia*: sólo se aplica el Derecho derogado si se invoca por los particulares (23). Ciertamente de la sentencia no se desprende que se hubiera hecho invocación por las partes del Derecho anterior a la Compilación.

6. *Pérdida, por el cónyuge de mala fe, de los bienes que en el régimen de separación son comunes.*—El Tribunal Supremo, tras de estimar que la casa comprada por el marido putativo es común de ambos cónyuges, aplica analógicamente los artículos 72 y 1.417 (cf. nota 2) C. c., en relación a la disposición final 2.ª de la Compilación, y, en consecuencia, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado que había condenado a dicho marido a transferir a la mujer el inmueble citado, realizando los actos necesarios de liquidación del patrimonio conyugal.

a) Esta aplicación analógica ofrece más de un inconveniente. En primer lugar, resulta un tanto extraño aplicar por analogía una norma penal, como es la contenida en los artículos 72 y 1.417 C. c., pues siempre se ha pensado que las reglas sancionadoras no son aptas para su extensión por analogía (24).

El Código civil impone la pérdida de los gananciales; pero sería anómalo extender la sanción a la pérdida de los bienes que proindiviso pertenecieren privativamente a ambos cónyuges. Y, sin embargo, esto es lo que hace esta sentencia al aplicar los artículos 72 y 1.417, C. c. a bienes que en el sistema de separación mallorquín, pertenecen "por mitad y proindiviso a ambos cónyuges", como, según la sentencia, ocurre con la casa en cuestión.

---

(22) "La completa separación de patrimonios entre el marido y la mujer ha producido, naturalmente, una verdadera independencia en la adquisición de los bienes... Existiendo, pues, libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges, para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecute adquisiciones figurándolas a nombre de aquélla, en los títulos del respectivo otorgamiento": RIPOLL, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma, 1885.

(23) "No interesa la guarda de la ley caduca y la defensa de las reglas transitorias que la mantienen en vigor; esto es cosa de los interesados. Por ello, si en un proceso las partes no alegan el antiguo Derecho, los Tribunales pueden aplicar el Derecho vigente": DE CASTRO, *Derecho civil de España, op. cit.*, I, pág. 751. Allí, jurisprudencia en apoyo de esta doctrina.

(24) Cf., en este sentido, DE CASTRO, *Derecho civil de España, op. cit.*, I, pág. 540.

La sanción que el Código impone en dichos preceptos merece censura. Un mismo hecho —la mala fe al contraer matrimonio nulo— tendrá mayor o menor sanción según haya más o menos gananciales (lo que no está en proporción directa a la mayor o menor riqueza del culpable), y, lo que es peor, según cuál sea el régimen aplicable. En concreto, si el cónyuge de mala fe tuvo la precaución de conseguir que el régimen aplicable fuera el de separación, la sanción no operará. Todo ello puede ser un defecto del legislador, pero no parece que quepa corregirlo *extendiendo la pena* a supuestos que claramente quedan fuera de los preceptos.

b) Según la sentencia del Juzgado, confirmada por el Tribunal Supremo, se condena al marido a transferir a la mujer “el inmueble citado” —la casa misma comprada por el marido—; pero se agrega “realizando los actos necesarios de liquidación del patrimonio conyugal”.

Esta referencia que hace la sentencia del Juzgado a la *liquidación del patrimonio conyugal*, muestra una vez más la dificultad de aplicación analógica de los artículos 72 y 1.417 C. c. En efecto, tiene sentido exigir la liquidación del patrimonio conyugal en la sociedad de gananciales, pues en ella hay un patrimonio integrado con determinado tipo de bienes y que está afecto a especiales cargas. Pero no parece que en el sistema mallorquín pueda hablarse de un patrimonio conyugal. Cada cónyuge tiene su propio patrimonio (cf. art. 4 de la Compilación) y no hay un patrimonio de ambos especialmente afecto al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Puede haber bienes *pro indiviso* de ambos; lo son todos los que no resulten privativos de uno u otro cónyuge (cf. art. 3, III, Compilación); pero ningún precepto autoriza a pensar que estos bienes están primordialmente afectos a esas cargas, ni siquiera entre los mismos cónyuges; ni tampoco se dice que la obligación de cada uno de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio sea proporcional a la cuantía de los bienes que ambos tienen en común (cf. art. 4, I, Compilación).

c) La solución a que llega el Tribunal Supremo es justa en el caso que resuelve, pues, como dice el propio Tribunal. “del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer”. Pero a la vez que se hacía justicia en el caso concreto, se ha establecido, para los sucesivos casos planteables, una doctrina que no parece muy segura.

7. *Daños morales producidos por la nulidad del matrimonio.*—Se parte de que la nulidad del matrimonio produce daños morales. El contrayente de mala fe debe indemnizar al de buena fe. No cabe invocar, como lo hizo el demandante, que los simples disgustos no son indemnizables, pues ha habido daños morales.

Se confirma, una vez más, en esta sentencia, la ya reiterada doctrina de la indemnizabilidad de los daños morales, la cual empezó en la famosa Sentencia de 6 de diciembre de 1912. Más en concreto, en esta sentencia se confirma la doctrina, ya indicada en la Sentencia de 21 de enero de 1957, de la indemnizabilidad de los daños morales causados a la víctima de un matrimonio nulo.

En el caso de la Sentencia de 21 de enero de 1957 (de circunstancias muy distintas) (25), el Tribunal de instancia había impuesto una indemnización de

---

(25) La Sentencia de 21 de enero de 1957 confirma la condena a la madre

150.000 pesetas (año 1957). No se discutió en casación la cuantía de la indemnización, sino la procedencia de la indemnización misma.

En el caso de la sentencia que ahora comentamos el Juzgado señaló una indemnización de 50.000 pesetas, y la Audiencia la elevó a 75.000 pesetas. El Tribunal Supremo en su nuevo fallo volverá a la determinación del Juzgado, pues como con la declaración del Juzgado "se conformó la demandada al no apelar la tal resolución, la Audiencia no podía elevarla a 75.000 pesetas en virtud del principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales consentidas".

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

*Letrado de la D. G. R. N.*

---

del contrayente a indemnizar a la contrayente, cuyo matrimonio canónico fue declarado nulo por miedo reverencial causado por tal madre. Tampoco puede, por otras circunstancias, parangonarse el supuesto, en cuanto a la cuantía a indemnizar, con el ahora decidido en la sentencia comentada.