

Régimen económico-conyugal de hecho y sanción por matrimonio irregular

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 1970

1.—LOS ANTECEDENTES DEL CASO

El demandante y la demandada habían contraído matrimonio el día 28 de septiembre de 1956. Este matrimonio se contrajo sin haber recabado el esposo, mayor de edad, el consejo paterno que, cuando las nupcias se celebraron, exigía el artículo 45 del Código civil, según la redacción que dicho precepto tenía con anterioridad a la reforma introducida en dicho cuerpo legal por la Ley de 24 de abril de 1958.

Al parecer, al poco tiempo de casados surgieron entre los cónyuges determinadas desavenencias que databan de los años 1958 y 1959. Se siguió, como consecuencia de ellas, una causa canónica de separación, y el Tribunal eclesiástico dictó en ella sentencia, en 9 de enero de 1962, concediendo a la esposa la separación por tiempo indefinido por causa de sevicias y al marido la separación perpetua por causa de adulterio y la indefinida por causa de sevicias.

Firme la mencionada sentencia, solicitó el marido ante el Juzgado de Primera Instancia la separación de bienes de los cónyuges, como trámite previo a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, casi un año después, promovió un incidente de previo y especial pronunciamiento, solicitando en él que se dictara sentencia declarando que el matrimonio se había contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes y que, por consiguiente, no había existido nunca sociedad de gananciales, ni había que proceder a la disolución de la misma. Esta demanda incidental no prosperó por inadecuación del procedimiento y el marido reiteró su pretensión en autos de juicio declarativo de mayor cuantía.

La tesis del marido consistía fundamentalmente en sostener que el matrimonio se había contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 y 50 del Código civil, de acuerdo con la redacción que ambos tenían con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958. Así lo había entendido él, según decía, desde hacía tiempo, pues con ocasión de la compra ante notario, en el año 1959, de unos pisos, en la escritura pública había hecho constar la existencia del régimen de separación de bienes por falta del consejo paterno en el matrimonio, lo cual se acreditó con una certificación del notario eclesiástico visada por el provisor. Todo ello bastó para que la adquisición fuera inscrita como bien privativo del marido en el Registro de la Propiedad. Alegaba finalmente el marido que la solicitud de liquidación y disolución de la sociedad de gananciales, presentada en 1962, obedecía a un error, que no le era imputable a él. La esposa, en cambio, sostenía la existencia de sociedad de gananciales y alegaba, además, que el marido lo tenía reconocido así. Pedía, por ello, que se desestimara la demanda y formulaba, además, reconvencción reclamando alimentos a cargo del caudal común, en tanto se procedía a la liquidación del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando, en cambio, la reconvencción. La Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia apelada, desestimó la demanda y acogió parcialmente la reconvencción, condenando al marido a entregar a la mujer 15.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos, a cargo del caudal común en tanto se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Interpuso recurso de casación el marido. El motivo primero del recurso alegaba la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba. A juicio del recurrente, la primera copia de la escritura pública de compra de pisos y la certificación del Registro de la Propiedad acreditaban que, por lo menos desde 1959, el marido había entendido contraído el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Los tres motivos restantes alegaban infracción de ley por violación, entre otros preceptos, de los artículos 3.º, 54, 50 y 143 del Código civil.

2.—LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y como fundamento de su fallo consignó los siguientes considerandos:

1.º La sentencia recurrida, reconociendo que el matrimonio de los que aquí contienden se celebró el día 28 de septiembre de 1956, sin haber solicitado el marido el consejo paterno, y que, por tanto, se incurrió en la sanción impuesta por la legislación civil vigente en aquel en-

tonces, de entenderse contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, al propio tiempo, declara probado que lo contrajeron con el firme propósito de que se rigiera por el régimen legal de gananciales, y que de hecho así lo han venido haciendo, antes y después de la Ley de 24 de abril de 1958, sin haber establecido la separación de bienes que se solicita por el esposo con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, afirmación fáctica que se ataca en el primer motivo del recurso, articulado por la vía del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, sosteniéndose en el mismo que el régimen patrimonial del matrimonio, observado de hecho por los cónyuges, ha sido el de separación de bienes, y, para demostrarlo se aducen, como documentos auténticos, la escritura pública y certificaciones del Registro de la Propiedad obrantes a los folios 75 y siguientes y 107 y siguientes de los autos, según las cuales, el actor, al adquirir dos pisos en esta capital, mediante sendas escrituras públicas otorgadas el 26 de septiembre de 1959, hizo constar en las mismas que se había casado con la hoy recurrida «bajo régimen de separación absoluta de bienes en virtud de los artículos 45 y 50 del Código civil en su anterior redacción», y habiendo acreditado que en el expediente matrimonial no constaba que hubiese solicitado el consejo paterno, logró que esas transmisiones se inscribieran a su nombre en el Registro de la Propiedad, motivo que debe ser desestimado, toda vez que esas probanzas no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, pues siendo expresión y reflejo de una actuación unilateral del propio actor, llevada a cabo después de surgidas las desavenencias matrimoniales, y a espaldas de su mujer, en cuyo perjuicio pretende utilizarlas, no patentizan por sí que la Audiencia se haya equivocado al establecer la afirmación fáctica combatida, a la cual llega en virtud de las declaraciones presentadas por el demandante ante la Inspección del Impuesto sobre la Renta, y del escrito por el que inicia la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua, en el que expresamente solicita la liquidación de la sociedad de gananciales, solicitud que ratifica en escrito posterior, al pedir que se requiera a la demandada para que presente las bases de la liquidación que estime oportunas, escritos ambos que llevan fecha del año 1962.

2.º El artículo 45, número primero, y 50, número primero, del Código civil, en su anterior redacción, sancionaban al que contrajere matrimonio sin haber solicitado el consejo paterno, sometiendo a los contrayentes al régimen de absoluta separación de bienes, por lo que no cabe duda que si dicha sanción se cumplió, estableciendo los casados su régimen matrimonial de bienes en concordancia y acatamiento con lo dispuesto en el mandato legal, ese régimen de separación de bienes ha de ser el del matrimonio, pero si, como aquí acontece, el que de hecho establecieron y han venido observando los cónyuges, incluso con pos-

terioridad a la vigencia de la Ley de 24 de abril de 1958, ha sido el legal de gananciales, y se pide la aplicación de la sanción prevenida en la legislación anterior estando ya vigente la nueva legislación que ha suprimido dicha sanción, entonces, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera del Código civil, se ha de aplicar dicha ley, pues si, en el supuesto de que la falta esté sancionada en dos legislaciones, se aplicará la legislación más benigna, del mismo modo y por idéntica razón se ha de aplicar en el caso aquí controvertido la citada Ley de 24 de abril de 1958, pero es que, además, aun en la hipótesis de que este fundamento no fuese válido, se llegaría a la misma conclusión desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda y reiterada en el recurso, pues a ello obliga la buena fe, esto es, las normas que la lealtad a la propia conducta y el sentido de justicia natural imponen, la cual es principio general en nuestro sistema jurídico, recogido en diferentes artículos del Código civil, especialmente en la esfera matrimonial en su artículo 69 y en la contractual en el 1258, a cuyas reglas se ha de acomodar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, reglas abiertamente vulneradas por el actor y hoy recurrente, que, siendo el culpable de la infracción, pide que sea sancionada, cuando la sanción ha sido suprimida, y en perjuicio de su mujer, que no cometió la falta, y a quien ni siquiera reprocha que la hubiese conocido, por todo lo cual procede rechazar los motivos segundo y tercero.

3.º Por cuanto queda razonado, acordada judicialmente la separación de bienes en ejecución de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua a efectos civiles, es visto que la Sala sentenciadora aplica correctamente el artículo 1430 del Código civil al acoger, si bien en cuantía inferior a la reclamada, la petición de alimentos deducida en vía reconventional por la mujer al amparo del mencionado precepto legal, sin que, por otra parte, la circunstancia de no haberse formado aún el inventario, pese a haber sido señalados a tal fin por el juez los días 1 de febrero y 17 de abril de 1963, debido al recurso y demandas interpuestas por el hoy recurrente, obste a la procedencia de aquella decisión, cuando, cual aquí acontece, consta la existencia de una masa común de bienes de consideración y que tales alimentos son un adelanto de los frutos y rentas, a deducir del haber del alimentista, decayendo en su consecuencia el cuarto y último motivo del recurso.

3.—EL PROPOSITO O VOLUNTAD NEGOCIAL TACITA CONTRA LEGEM: SILENCIO Y ERROR JURIS

Esta sentencia de 4 de mayo de 1970 ofrece algunos singulares perfiles, que la hacen digna de alguna reflexión y de algún comentario. En definitiva, en ella un régimen económico-matrimonial—la sociedad de

gananciales—se superpone a otro—el de separación de bienes—que debería haber resultado de una estricta y automática aplicación de las normas legales, en razón a que el primero lo habían establecido y venido aplicando de hecho los cónyuges. Efectivamente, la aplicación coordinada en los artículos 45 y 50 del Código civil, según la redacción que dichos preceptos poseían con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958, conducía al régimen de separación de bienes (1). De acuerdo con el artículo 45, 1.º, el matrimonio estaba prohibido al mayor de edad que no hubiera solicitado el consejo de las personas a quienes correspondía otorgarlo, y según el artículo 50, cuando, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casaren las personas comprendidas en él, el matrimonio es válido, pero se entiende contraído con absoluta separación de bienes. Ello no obstante, como decíamos, en el caso del pleito, se superpone el régimen de sociedad de gananciales y la superposición obedece—por lo menos, *prima facie*—al hecho de que los cónyuges lo habían establecido así y al hecho de que en la práctica era este régimen el que habían venido observando. Esta fundamentación jurídica de la decisión, a la que en el pleito se llega, no deja de suscitarle al comentarista alguna perplejidad. Ante todo, cabe preguntarse qué valor puede poseer una voluntad de los cónyuges de establecer un determinado régimen económico-matrimonial que no se vierta a través de los cauces formales exigidos por el ordenamiento jurídico y que, además, no posea otro carácter que el puramente tácito. Porque lo cierto es que la «voluntad negocial» de establecimiento de un régimen económico-matrimonial debe, por lo general, encauzarse a través de una escritura pública (cfr. art. 1321 C. c.), de tal manera que una «voluntad negocial» carente de solemnidad no llega a encontrar un cauce idóneo de eficacia jurídica (2). Además, una voluntad negocial simplemente tácita, es decir, manifestada *per facta concludentia*, tendría que ser posterior al matrimonio, pues estos hechos «concluyentes» sólo después del matrimonio tendrían sentido como tales. Y de algún modo supondrían

(1) La doctrina de esta sentencia se funda en la redacción de los artículos 45 y 50 del Código civil, anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, y contempla un supuesto de hecho—matrimonio de un mayor de edad sin solicitar el consejo paterno—hoy desaparecido de la ley. Aparte, sin embargo, su interés histórico y el que pueda poseer para una investigación de los mecanismos de razonamiento y de decisión, tal doctrina puede todavía proyectar hacia el futuro alguna eficacia en relación con los matrimonios prohibidos por el actual texto del artículo 45.

(2) LACRUZ BERDEJO habla de un «efecto real» de los regímenes patrimoniales. El régimen matrimonial—dice este autor—produce sus consecuencias de pleno derecho en el momento de la celebración del matrimonio. Cuando se trata de un régimen pactado en capítulos, esta eficacia especialísima de las normas estatutarias contenidas en ellos ha de atribuirse a su papel sustitutivo de las normas legales. Juegan así tales estipulaciones—concluye el autor citado—el papel de una norma delegada (LACRUZ, José Luis, y ALBALADEJO, Manuel: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963, pág. 248).

una modificación tácita del régimen legal originario, lo cual parece contrario al sistema del artículo 1322, que, en otras ocasiones, tan rígidamente ha aplicado nuestra jurisprudencia (3). Debemos confesar, pues, que una voluntad negocial no manifestada formalmente o una voluntad meramente tácita no son razón suficiente para superponer un régimen económico-matrimonial a otro legalmente establecido.

Existe todavía en este punto otro problema. Esta hipotética voluntad negocial—de la que hablamos—tendría que haber sido constitutiva de un negocio jurídico *contra legem*. Y un negocio *contra legem* tendría que ser ineficaz. Una estipulación establecida en capitulaciones matrimoniales, que supusiera una negocial implantación del régimen de gananciales, no hubiera sido eficaz frente a una separación de bienes legalmente imperativa. Todo ello parece denotar que la superposición del régimen de gananciales sobre la separación de bienes dimanante del juego de los artículos 45 y 50 del Código civil, no puede encontrar su fundamento en una real o presunta voluntad de las partes, ni tampoco en un comportamiento concluyente de las mismas, y que el fundamento real y más profundo de la decisión que comentamos hay que buscarlo por otro camino.

4.—LA IDEA DEL «REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL DE HECHO»

En la sentencia que fue objeto del recurso y en la sentencia de casación asoma de algún modo la idea de que existe una vinculación de las partes al régimen de gananciales, porque éste había sido el observado *de hecho* por los cónyuges. Convendrá en este comentario que consideremos como firme y como válida esta afirmación y que prescindamos de la posible equivocidad que parecen haber presentado los actos de los litigantes. El marido unas veces parece haber considerado el matrimonio como sometido al régimen de gananciales (v. gr., al hacer las declaraciones o someterse a las inspecciones de la contribución general sobre la renta o al demandar judicialmente la disolución y liquidación de la sociedad), mientras que otras veces había afirmado la existencia de un régimen de separación, como ocurrió cuando, sin duda mejor asesorado, al comprar notarialmente unos pisos, lo señaló así y consiguió

(3) La sentencia de 18 de noviembre de 1964 llegó a considerar incluso la regla de la inmodificabilidad de los pactos nupciales como un precepto de «orden público», para impedir la modificación convencional posterior a la adquisición de una vecindad civil distinta de la originaria.

(4) Aun cuando en la antigua doctrina existía la creencia de que el régimen matrimonial legal se adopta por los conyuges en virtud de un contrato tácito (vid. LACRUZ, ob. cit., pág. 247), esta tendencia puede hoy considerarse como plenamente superada. Por otra parte, la voluntad tácita serviría para implantar el régimen *legal*, pero no un régimen distinto del que en el caso en cuestión exige la ley.

que los bienes adquiridos se inscribieran en el Registro como bienes privativos. Prescindiendo de ello, como decía, la pregunta que hay que hacerse es si cabe hablar de un «régimen económico-matrimonial de hecho» y qué sentido y qué alcance puede poseer esta figura (5). A primera vista al menos, la idea de un «régimen económico-matrimonial de hecho» parece recordar a las llamadas «relaciones contractuales fácticas» (*faktische Vertragsverhältnisse*) (6). En ellas se entiende formada o nacida una relación contractual, aun sin que se produzcan las necesarias declaraciones de voluntad negocial, con tal que se haya adoptado por las partes una «conducta social típica» o cuando una relación contractual se ha mantenido sobre la base de un contrato inicial que debe *a posteriori* considerarse como nulo (p. ej., relación de sociedad de hecho, relación de trabajo de hecho), cuya existencia no puede borrarse a partir de una declaración de nulidad. Basta esta leve y esquemática enunciación para apercibirse de que la problemática de las relaciones contractuales de hecho nada tiene que ver con el problema planteado en el pleito que decide la sentencia que comentamos. No hay en él ni rastro de esa «conducta social típica» como fuente generadora de relaciones contractuales. Tampoco se da el supuesto de un contrato nulo del que ha derivado una situación fáctica. Además, aunque así fuera, la invalidez de unos capítulos arrastraría la ineficacia del régimen capitular y la aplicación del régimen legal supletorio.

Cabría pensar que este régimen «observado de hecho» produce sus efectos como una especie de «régimen putativo». Esta solución tampoco está exenta de inconvenientes. La posible eficacia de un régimen económico-matrimonial como régimen putativo carece de todo apoyo legal. Su base tendría que encontrarse en la protección otorgada a un error (*error communem facit ius*), que aquí tendría que ser un error *iuris*, en este caso muy difícilmente deslindable de la ignorancia de la ley, que no es excusa de su cumplimiento. La actuación de un hipotético «régimen putativo» tendría, además, que ponerse en conexión con la buena fe. La posible incidencia de la idea de buena fe en esta sentencia será examinada más adelante.

5.—EL CARACTER SANCIONADOR O PUNITIVO DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO CIVIL Y LA ACTUACION DE LA SANCION O PENALIDAD CIVIL

El considerando segundo de la sentencia que comentamos afirma el carácter sancionador o punitivo del artículo 50 del Código civil. En él se

(5) La figura de un «régimen económico-matrimonial de hecho» no parece tener antecedentes doctrinales. Cfr. por todos CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1.º, 7.ª ed., págs. 159 y sigs. La doctrina había distinguido únicamente entre un sistema contractual o capitular y un sistema legal.

«sancionaba—dice el T. E.—al que contrajera matrimonio sin haber solicitado el consejo paterno, sometiendo a los contrayentes al régimen de absoluta separación de los bienes». La tesis es clásica y ha sido reiteradamente expuesta por la doctrina. Al comentar el artículo 50, decía MANRESA (7) que no puede el Código dejar estériles sus prescripciones, sino que ante la violación del precepto por él establecido, debe procurar el castigo y el remedio. En el artículo 50, afirma el comentarista citado, el Código establece una «pena civil, que, si en algún caso puede ser calificada como superior a la infracción, «está con esta última en notoria analogía y viene a constituir una base de garantía para el contrayente de buena fe». Constituyen estas líneas una clara exposición de la idea rectora que presidió, al parecer, la redacción del Código civil en este punto. Hay que estimar, sin embargo, que no es internamente coherente. En la hipótesis en que el comentarista—y, cabe suponer, el redactor del Código—se colocan, la norma actúa en planos y en direcciones diversas. Es una penalidad civil, pero es al mismo tiempo una medida de protección de intereses. Se procuran «el castigo y el remedio». Hay un infractor y un culpable, pero hay también un inocente, pues se habla de un «contrayente de buena fe». ¿Cómo puede explicarse todo esto? Si el artículo 50 es una sanción, parece que tiene que alcanzar por igual a ambos cónyuges y ambos tienen que ser culpables: uno será un infractor directo—el que no obtuvo la licencia o no demandó el consejo—y el otro será un cómplice o un infractor culpable de su propia omisión. Sin embargo, parece cierto que, en alguna medida, en el artículo 50 está latiendo una carga de «remedio» y una base de «garantía para el contrayente de buena fe».

Desde otro punto de vista cabe observar también que para que en rigor sea posible hablar de una «penalidad civil» es menester que con ella se produzca una privación de derechos o en general o de ventajas o de bienes. Ello es cierto, obviamente, en el estereotipo que el legislador parece que imaginó. ¿Cuál es este estereotipo? MANRESA lo explica bastante claramente (8): «Que un hábil seductor se apodere por medio de matrimonio del caudal de su víctima, lo malbarate y destroce, pagando con el capital de la mujer el menosprecio y deshonor de la misma, distrayendo cuanto constituye el porvenir de sus hijos en provecho de gentes extrañas, con general escándalo y sin esperanza de remedio.»

La generalización del estereotipo no funciona, sin embargo, debidamente. La norma priva de derechos o de ventajas económicas al contrayente escaso de fortuna en beneficio del que es más adinerado. Pre-

(6) Sobre las llamadas relaciones contractuales de hecho véase SIEBERT (Wolfgang) en «Rev. Crit. Der. Inmob», 1970, pág. 277, y, entre otros, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, en «Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil». Madrid, 1967.

(7) MANRESA: *Comentarios al Código civil*, t. I. Madrid, 1924, páginas 308 y sigs.

(8) MANRESA, ob. y loc. cit., pág. 310.

supone, pues, un desequilibrio económico entre los contrayentes y hace, además, coincidir la malicia digna de sanción con la escasez de bienes o, dicho castizamente, que el pobre es siempre un malvado cazadotes que «se casa por el interés». Curiosamente, el infractor directo, que es aquel que no ha obtenido la licencia o que no ha recabado el consejo, lejos de ser castigado, resulta favorecido. Ocurre así porque se le estima como la víctima de un engaño o de una seducción, lo que sólo es completamente coherente en el caso de joven rica que se casa con un hábil seductor interesado únicamente en sus bienes. Cuando falta alguno de estos elementos—joven rica, hábil seductor e interés en los bienes—, la pintura no acaba de lograrse y la idea de la sanción o de la penalidad civil se difumina. En nuestro caso, la supuesta víctima había sido el marido rico, que había contraído matrimonio—¿seducido?—con señorita pobre.

En otro terreno, debe uno preguntarse en qué medida la exclusión del sistema de gananciales constituye una genuina «penalidad». En el cuadro pintado por MANRESA, el hábil seductor se apodera del caudal de su víctima y lo malbarata y destroza. Este resultado me parece que olvida el régimen de los bienes parafernales (cfr. arts. 1382 y sigs.), donde la disponibilidad de los bienes no corresponde nunca al marido. Y si se alude con ello a una posible presión extrajurídica del marido sobre la mujer, es de temer que la separación de bienes no remedie nada. Quiero decir que la única consecuencia jurídica que la aplicación del artículo 50 del Código civil lleva aparejada es mucho más modesta que la solución del melodrama. La desventaja que se sigue de la aplicación del artículo 50 del Código civil es una exclusión de la participación en las ganancias producidas con el trabajo o con los bienes del otro cónyuge. En la medida en que estos bienes o este trabajo sean la más importante fuente de ingresos de la pareja, la «desventaja» existe. Sin embargo, el sistema de gananciales implica también una «concesión» de participación al otro cónyuge y una limitación de la propia libertad, por donde la instauración de un régimen de separación puede llegar a ser ventajosa, al menos para uno de los casados. Con todo ello quiero decir simplemente que el carácter sancionador o punitivo del artículo 50 del Código civil, cierto en teoría para algunos casos y no ajeno sin duda del espíritu del legislador, dista mucho de ser una regla de valor absoluto y que, por ende, su aplicación indiscriminada y dogmática, sin las necesarias matizaciones, puede concluir a unos resultados que de alguna manera son disonantes.

Admitamos, sin embargo, a efectos del razonamiento ulterior, el carácter punitivo del artículo 50 del Código civil. Queda todavía por resolver otra cuestión, que es importante y que en el razonamiento de la sentencia comentada parece haber jugado un gran papel: lo que hemos llamado antes el mecanismo de actuación de la sanción. La cuestión puede plantearse así: supuesto un matrimonio en el que uno de los contrayentes, menor de edad, se ha casado sin licencia, o antes de la

reforma de 1958 sin haber recabado el consejo el que fuera mayor, el régimen de separación de bienes estatuido por el artículo 50 del Código civil, ¿funciona de una manera automática o existe simplemente un derecho o una facultad dirigidos a obtener que se declare así? La sanción, ¿opera *ex lege* o tiene su aplicación que ser demandada? La sentencia que comentamos, opta claramente por la segunda de las variantes apuntadas. El considerando segundo distingue con nitidez dos hipótesis. Una es que la sanción se haya voluntariamente cumplido «estableciendo los casados su régimen matrimonial de bienes en concordancia y en acatamiento de lo dispuesto en el mandato legal». La segunda hipótesis, que el Tribunal Supremo distingue de la anterior, es que con posterioridad al matrimonio «se *pida* la aplicación de la sanción prevenida en la legislación». En un orden práctico acaso la tesis indicada fuera la más útil. La mezcla de sanción y de remedio o medida de protección de intereses se flexibiliza indudablemente dejando un cierto margen de actuación al arbitrio de los interesados. Una interpretación semejante tropieza, sin embargo, con un buen número de dificultades en su camino. Ante todo, la letra de la ley. El Código lo que dice es que «se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes». La expresión literal no es, probablemente, todo lo nítida que sería de desear, pero lo que no dice en modo alguno es que se disponga de un derecho, de una facultad o de una acción para demandar la separación o para pedir la aplicación de la sanción. El «se entenderá» del artículo 50 parece una fórmula lingüística indirecta utilizada para indicar una consecuencia jurídica que se produce *ipso iure* u *ope legis*, y así lo ha interpretado unánimemente la doctrina, cuando habla de una «separación forzosa» o de una «separación legal» (9). Desde un punto de vista gramatical esta solución puede apoyarse en la letra misma de la Ley, si la expresión lingüística «se entenderá» es considerada como una *fictio iuris* o como una presunción *iuris et de iure*, que no puede ser impugnada, ni atacada. Me parece que para interpretar la expresión lingüística «se entenderá» como una simple presunción *iuris tantum*, la base legal es más bien escasa. ¿Cuál podría ser la prueba en contrario utilizada para destruir la presunción? En principio, tendría que ser una eficaz voluntad negocial manifestada en capítulos matrimoniales, a menos que la presunción no se considere como presunción de un régimen jurídico, sino como una presunción de la existencia de una voluntad en favor de tal régimen, caso en el cual la prueba en contrario podría ser cualquier prueba demostrativa de la inexistencia de la voluntad presumida.

Pero volviendo al punto de partida, la tesis según la cual el artículo 50 no condena automáticamente, sino que se limita a conceder las

(9) CASTÁN lo llama «sistema legal excepcional», y dice que se trata de un régimen «no supletorio, sino forzoso», pues lo impone la ley aun contra la voluntad de las partes (ob. y loc. cit., pág. 176).

facultades necesarias para que la sanción sea impuesta, tropieza con dificultades superiores y más arduas que las derivadas de una simple interpretación gramatical del texto. Son dificultades de orden lógico y sistemático suscitadas por la necesidad de ajustar un mecanismo semejante con el resto del sistema. En puridad, una facultad de demandar la aplicación de una sanción consistente en un régimen de separación de bienes sólo podría ser entendida como facultad de configuración o como derecho potestativo, cuyo ejercicio proyecta respecto de la situación configurada una eficacia que por hipótesis tiene que ser constitutiva. Crea el estado de separación. De este modo, siempre que semejante acción o derecho se ejercite en un momento posterior a la celebración del matrimonio, supondrá una modificación del régimen inicial. Además, este derecho potestativo o de configuración, ¿está sometido a un plazo de caducidad o dura todo lo que dure el matrimonio? Entendido como facultad de demandar la aplicación de una sanción, no cabe duda de que la solución tiene que ser la primera. Tiene que haber un plazo y un plazo en cierto modo perentorio, pues no sólo los cónyuges, sino también los terceros tienen un legítimo interés en una pronta clarificación de la situación. El problema sería arduo también en materia de legitimación activa. Si se trata de una facultad de demandar la aplicación de una sanción, parece claro que la legitimación activa corresponde al perjudicado con el hecho ilícito que se sanciona y la legitimación pasiva al infractor. Parece inadmisibles que el propio infractor demande que se le imponga la sanción para beneficiarse con ella. Un resultado semejante el derecho no lo puede tolerar (*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*). Sólo si el infractor directo de la ley fue la víctima de un engaño o de una seducción, una actitud semejante tendría sentido. Pero en tal caso lo que estamos sancionando no es la infracción formal de la falta de licencia o de la falta de solicitud del consejo, cuanto a la infracción sustancial cometida con el engaño o la seducción.

La tesis que entiende el artículo 50 del Código civil como aplicable a instancia de parte no parece, pues, admisible. No hay un derecho potestativo dirigido a la aplicación de la sanción, ni una acción de naturaleza constitutiva. Toda acción que en este punto se ejercite es siempre una acción declarativa y no tiene otra finalidad que constatar una situación ya existente con anterioridad. La consideración de la acción como acción declarativa abre, sin embargo, nuevos interrogantes. Esta acción, ¿es simplemente declarativa o la declaración judicial, aunque sea por supuesto retroactiva, aparece como necesaria dada la proyección *erga omnes* que puede tener el estado que resulta declarado? Cabría pensar que la circunstancia que es origen de la consecuencia jurídica debatida reclama la segunda solución, por tratarse de un hecho que es oculto y la mayor parte de las veces ignorado por los terceros. Puede ser fácilmente ignorado también al menos por uno de los cónyuges e incluso por los dos si el infractor actuó en virtud de un error *juris*. Sin

embargo, creo que no debemos engañarnos. Una acción declarativa de ejercicio necesario es en rigor una acción constitutiva cuya eficacia se produce retroactivamente.

La consecuencia del análisis que hemos tratado de llevar a cabo en las líneas anteriores es bastante desconsoladora. El tradicional carácter punitivo del artículo 50 del Código civil dista mucho de ser algo más que un tópico, que, si bien en ocasiones parece fundado, no es susceptible de una dogmática generalización. El ajuste de la aplicación de la norma con el resto del sistema produce unas dificultades prácticas de muy difícil superación y denota las contradicciones y la interna falta de coherencia de la misma. Una sanción del matrimonio irregularmente celebrado debería haberse buscado, como históricamente se buscó, por otros caminos (11).

6.—EL CARACTER PUNITIVO DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO CIVIL Y EL PROBLEMA DE DERECHO TRANSITORIO

La cuestión del carácter punitivo o sancionador del artículo 50 del Código civil se liga en la sentencia que comentamos con una cuestión de derecho transitorio. El matrimonio del actor y de la demandada se había celebrado en el año 1956. Poco después, la Ley de 24 de abril de 1958 suprimía la exigencia de recabar el consejo en los matrimonios de mayores de edad. La demanda origen del pleito, pidiendo que se declarara el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, es de 1962 ó 1963. Este juego de circunstancias hace aplicable a juicio del Tribunal Supremo la disposición transitoria tercera del Código civil, y por esta razón la demanda debía, en su opinión, ser desestimada. Este punto requiere también algún comentario.

Ante todo, hay que observar que la hipótesis debatida—suponiendo el carácter sancionador del artículo 50—no se ajusta enteramente al texto de la D. T. 3.^a Esta última prevé dos supuestos: a) Hecho no sancionado en la Ley anterior y sancionado, en cambio, en la Ley posterior. b) Hecho sancionado en ambas legislaciones, si bien en la posterior con una mayor benevolencia.

(10) Históricamente, las sanciones a los hijos o hijas que casaban sin el consentimiento de los padres consistían o bien en penas pecuniarias o bien en la desheredación o en la privación de las legítimas: ver MANRESA, ob. y loc. cit., pág. 309. Sobre el tema ampliamente GUTIÉRREZ: *Códigos*, t. I. Madrid, 1862, págs. 225 y sigs. En el Proyecto de 1851, la exigencia era únicamente del consentimiento para el hijo menor de veintiún años y para la hija menor de veinte (art. 51), y la sanción consistía en la posibilidad de desheredación (art. 672). GOYENA, que recuerda la exigencia del «consejo» en el Código civil francés, señaló que en nuestro Derecho la Ley recopilada, que lo establecía, había sido derogada por una Pragmática de 1803.

Fuera del texto queda, en cambio, la hipótesis, que sería la nuestra, de un hecho sancionado por la legislación anterior, que queda desprovisto de sanción en la nueva legislación. Desde el punto de vista del Código civil, tal hipótesis constituye una laguna legal, aunque en aras de la *eadem ratio decidendi* pueda admitirse que el criterio de la mayor benevolencia permite entender que, tras la puesta en vigor de la nueva legislación, tal hecho no será ya sancionado. Ahora bien: estos esquemas y estas pautas, extraordinariamente simplificados, provocan en un caso de la complejidad del nuestro algunas dificultades.

Ante todo, la D. T. 3.^a contempla un cambio en la legislación sancionadora de unos hechos cuya sanción no se ha producido todavía. La aplicación de la sanción es un hecho futuro en el momento del cambio legislativo («se aplicará», dice el inciso final de la D. T. 3.^a). He aquí porqué una puntualización sobre el mecanismo de aplicación de la sanción tenía tanta importancia. Todas las objeciones antes apuntadas en torno a la facultad de demandar la aplicación de la sanción pueden ahora ser reproducidas. Y si la idea de sanción aplicable a instancia de parte se excluye, la puesta en juego de la D. T. 3.^a pierde una gran parte de su fuerza.

La D. T. 3.^a no contempla, rigurosamente, sanciones ya aplicadas cuando es puesta en vigor la legislación más benévola. *Quid iuris?* ¿Se perpetúa la sanción, o se reajusta para conformarla a la nueva legislación? Si la sanción había sido ya aplicada y cumplida, parece claro que no hay retroactividad de la nueva Ley. Si la sanción está todavía pendiente de cumplimiento, el reajuste en línea de principio parece lo más equitativo. ¿Es, sin embargo, aplicable esta idea a una sanción tan peculiar como el establecimiento de un régimen económico-conyugal que es, sobre todo, una disciplina normativa de las relaciones entre los casados y de ellos con terceras personas? Por último, aunque la legislación más benévola permita el levantamiento de la sanción, ¿actúa esta exoneración con efecto retroactivo y, por consiguiente, el nuevo régimen matrimonial instaurado por el cambio legislativo regula todas las situaciones anteriores a tal cambio? Las dificultades para aplicar la D. T. 3.^a son, como se ve, muy difíciles de superar. La puesta en juego de la norma es, además, internamente contradictoria con el sentido que al artículo 50 ha dado la propia sentencia. Pues lo cierto es que si existe un derecho o una facultad para demandar la aplicación de la sanción, este derecho, como derecho adquirido, queda incólume tras el cambio legislativo con la extensión y en los términos con que lo reconocía la legislación precedente, según la D. T. 4.^a

Por último, no debe dejar de observarse que si se admite con el Tribunal Supremo la distinción entre los casados que cumplen voluntariamente la sanción estableciendo el régimen ordenado por el mandato legal, en concordancia y acatamiento con lo dispuesto en el mismo, y aquellos otros que no han cumplido voluntariamente la norma, se produce una extraña paradoja que beneficia a estos últimos. Los prime-

ros, en acatamiento del mandato legal, establecieron un régimen económico: por obedientes, el cambio legislativo no les afecta. Los segundos son contumaces: el cambio legislativo les afecta y la sanción queda levantada.

Me da la impresión de que todo razonamiento que se haga en el plano de la D. T. 3.^a está viciado de origen. El artículo 50 del Código civil no es una norma genuinamente punitiva y, por ello, la D. T. 3.^a no puede regir las cuestiones de derecho transitorio. En el campo en el que nos movemos, la única disposición transitoria cuya aplicación satisface es la primera. Un régimen económico conyugal es un derecho o, si se prefiere, un conjunto de derechos y de obligaciones. Por ello, en cuanto nacido de unos hechos colocados bajo la legislación anterior, queda sometido a ella, aunque la legislación posterior regule de otro modo el hecho constitutivo o determinante del mismo.

7.—EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE: LA BUENA FE COMO LIMITE DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

El último de los puntos o razones que sirve al Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación del actor es el relativo al principio general de buena fe. El razonamiento del Tribunal Supremo se desenvuelve, poco más o menos, a través de los siguientes tramos: 1) Existe en nuestro sistema jurídico un principio general de buena fe. 2) El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones deben ajustarse a los dictados de la buena fe. 3) El actor ha vulnerado esta regla y, por ello, su demanda debe ser desestimada. 4) Contraviene la buena fe, porque siendo culpable de la infracción pide él mismo que sea sancionada, cuando la sanción ha sido ya suprimida, y lo hace, además, en perjuicio de su mujer, que no cometió la falta y a quien no puede tampoco reprochársele que conociera su existencia.

Frente a esta serie de afirmaciones, el comentario puede moverse en distintos planos. La afirmación primera y básica—la existencia de un principio general de buena fe—es plausible. No representa una radical novedad, pues la jurisprudencia lo había ya entendido así (12). Sin embargo, ahora adquiere unas características de vigor y de rotundidad que merecen ser destacadas. La existencia de este principio general se induce de concretos textos legales, como son, señaladamente, los artícu-

(11) La sentencia de 23 de noviembre de 1962 señaló que en el artículo 1258 aparece la idea de buena fe como criterio de ejecución de los contratos y ligó con dicha idea la «alteración de la base del negocio» y el «restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones».

los 69 y 1258 del Código civil. Es verdad que estos textos hacen aplicaciones concretas de la idea, pero por eso mismo permiten establecer una *ratio* general (13).

El principio general de buena fe, del que dimana un deber de comportarse de acuerdo con el criterio general de buena fe, incide en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, que se han, dice el Tribunal Supremo, de «acomodar» a ella. Esta «acomodación» entraña, sin duda, una limitación del ejercicio de los derechos y un criterio de ejecución del comportamiento o de la prestación que es debida en virtud de una obligación. En el primer aspecto, la buena fe puede hacer inadmisibles, total o parcialmente, el acto de ejercicio de un derecho. En el segundo caso, la buena fe es una pauta para configurar en toda su amplitud el comportamiento o prestación debidos (14). ¿En cuál de estos dos planos—ejercicio de un derecho, cumplimiento de una obligación—se produce en nuestro caso la incidencia del mandato de proceder de acuerdo con la buena fe? *Prima facie*, parece que es en el primero de ellos, toda vez que el pleito termina con una desestimación de la demanda y el argumento se invoca precisamente para fundamentar esta desestimación. Además, ninguna obligación jurídica estaba en juego en el pleito. ¿Qué derecho es este, cuyo ejercicio queda limitado o se torna inadmisibles en virtud de la buena fe? Las variantes podrían ser tres:

a) Partiendo de la idea de que el artículo 50 del Código civil establece una sanción o una penalidad civil, el derecho a que aludimos sería el derecho a exigir la imposición de la sanción. Esta parece que es la línea de pensamiento que sigue el Tribunal Supremo cuando sitúa la contravención de la buena fe en el hecho de pedir el actor que sea sancionada la falta. Ahora bien: este modo de pensar no está exento de objeciones. Ante todo, como ya vimos con anterioridad, no es claro que la sanción derivada del artículo 50 del Código civil—admitiendo que sea tal sanción—posea el carácter de una sanción facultativa. Además, porque, aunque esa configuración se admitiera, tal derecho no correspondería nunca al propio sancionado. La demanda, situadas las cosas en este terreno, no caería porque el ejercicio de un derecho se torna inadmisibles al contravenir la buena fe, sino porque el actor no sería titular de ningún derecho.

b) Podríamos partir de la idea de que el derecho que queda limitado en virtud de la contravención a la buena fe que se ha producido, no es lo que para entendernos podríamos llamar el derecho de índole sustantiva, sino simplemente la acción o derecho de naturaleza

(12) Vid. en general DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe*. Barcelona. 1965.

(13) Sobre este punto cfr. LARENZ: *Derecho de obligaciones* (tr. cast.). Madrid, 1958, vol. I, pág. 150.

procesal, considerado como el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento. Ahora bien: de ser así, la limitación del derecho determinada por la contravención de la buena fe tendría que haber conducido a una abstención por parte de los órganos jurisdiccionales. Quizá en su más profunda raíz este era el sentido de la vieja regla, según la cual «*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*». Aquel que alega su propia torpeza, su propia culpa o su propia falta «no es oído» (15). La sentencia que comentamos desarrolla un razonamiento que parece estar claramente emparentado con esta vieja máxima, nunca bien estudiada. Ocurre, sin embargo, que la alegación de la propia torpeza no justifica nunca la abstención del tribunal, que sería denegación de justicia (arts. 6.º C. c. y 375 C. p.). El pleito termina con una desestimación de la demanda y con una absolución de la parte demandada que adquiere carácter definitivo a virtud del juego de la cosa juzgada.

c) Me inclino por ello a pensar que el derecho que queda eliminado en aras de la buena fe es el derecho del marido a obtener una disolución del consorcio matrimonial ajustada a los cánones del régimen de separación de bienes. En definitiva, este es el derecho que el marido ejercitaba y esta es la pretensión que naufraga. Ahora bien: para que este derecho se elimine en aras de la buena fe es menester admitir que el marido en rigor *tenía ese derecho* y era titular de él. Personalmente así lo creo y, por ello, me inclino a pensar que aquí se encuentra la *ratio decidendi* de la sentencia. Hay que constatar, sin embargo, que el planteamiento de las cosas en este terreno es contradictorio con el resto de las premisas, pues, como decía, para entender limitado el ejercicio del derecho en aras de la buena fe es preciso admitir que el derecho existía y que el actor era titular de él, lo que, en el caso de especie, equivale a decir que el matrimonio se había contraído en régimen de separación de bienes y que el marido tenía derecho a liquidar la sociedad conyugal de acuerdo con la disciplina de tal régimen.

Para concluir este ya largo comentario conviene abordar un último tema. ¿Cuál ha sido la contravención de la buena fe que conduce al resultado descrito? En la sentencia comentada el estándar de la buena fe se pone en conexión con varias ideas: 1) La «lealtad a la propia conducta». 2) El hecho de que el actor, «siendo el culpable de la infracción», sea quien «pide que sea sancionada». 3) El hecho de que esta pretensión se produzca en «perjuicio de su mujer», a quien ni siquiera se le reprocha participación alguna en la infracción.

La primera de las ideas apuntadas—la lealtad a la propia conducta—parece que puede reconducirse a las últimas formulaciones de la doctrina de los propios actos entendida como una vinculación dima-

(14) Sobre el tema, GIRAUDET: *Essai sur la maxime «Nemo auditur propriam turpitudinem»*. Dijon, 1923.

nante del deber, impuesto por la buena fe (16), de coherencia del propio comportamiento. En nuestro caso esta coherencia o esta lealtad vendrían impuestas por el sentido de los anteriores actos de respeto del régimen de gananciales, que ahora, por tal razón, tendría que ser observado. Sin embargo, para que el deber de coherencia imponga una vinculación a los propios actos es menester que el sentido objetivo de éstos haya suscitado en un tercero una razonable y fundada confianza sobre la base de la cual este tercero ha establecido su propia situación jurídica. Ninguna de estas notas aparece en la sentencia comentada.

La segunda idea—inadmisibilidad de que el culpable de una infracción pida, en su propio beneficio, que sea sancionada—se liga, como antes decía, con el viejo brocardo que impide que alguien alegue su propia torpeza, que es, probablemente, la raíz última de la sentencia.

Por último, la idea de perjuicio de la mujer y la de falta de culpabilidad de ésta, aunque aludidas, quedan sin matizar. Su conexión con el problema de la buena fe no es, además, inmediata.

La buena fe es un estándar de conducta, muchas veces aludido en nuestros textos legales, que lo emplean fundamentalmente como un instrumento de protección: la *fides* jurídicamente es confianza y a través de esta idea trata la ley de conseguir que no sean defraudadas las expectativas que razonablemente uno debía poseer. Por tanto, para medir una contravención de la buena fe es preciso decidir si en la otra parte se podía razonablemente haber suscitado una confianza o una expectativa a su vez merecedora de protección. En nuestro caso esto equivale a decir que con el recurso a la buena fe lo que se protege es la confianza de la mujer demandada en una situación aparente o razonablemente fundada, capaz de suscitar unas expectativas dignas de protección. Este camino vuelve a estar erizado de obstáculos, pues así como en el pleito parecen haberse analizado únicamente los actos y el comportamiento del marido, nada o casi nada sabemos del reflejo o del impacto de tales actos en la esfera de la mujer, para determinar en qué medida existieron aquellas expectativas y en qué medida merecían protección. La demandada andaba escasa de medios de fortuna—pedía alimentos y le fueron concedidos—, por lo que quizá esta escasez de medios haya podido ser un factor determinante de una sentencia, como ésta, tan difícil de reducir a esquemas conceptuales. ¿Hubiera sido la misma la respuesta si, sin modificar para nada el planteamiento jurídico, los estados de fortuna de los cónyuges hubieran sido los inversos? ¿Y si, simplemente, se hubiesen encontrado equilibrados?

LUIS DíEZ-PICAZO

(15) DíEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1962.