

de hecho así lo han venido haciendo antes y después de la Ley de 24 de abril de 1958. Para demostrar el error de tales afirmaciones se aducen como documentos auténticos escritura pública y certificaciones del Registro de la propiedad, según las cuales el actor, al adquirir dos pisos, hizo constar en la escritura que se había casado "bajo el régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de los arts. 45 y 50 Cc. en su anterior redacción", y habiendo acreditado que en el expediente matrimonial no constaba que se hubiese solicitado el consejo paterno, logró que dichas transmisiones se inscribieran a su nombre en el Registro de la Propiedad.

2.º y 3.º (probablemente). Violación de los arts. 45 y 50, núm. 1.º, Código civil en su anterior redacción.

4.º Aplicación indebida del art. 1.430 Cc.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Excelentísimo señor don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta.

CONSIDERANDOS.—(2) *El motivo primero 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 de 1962.*

(3) *El art. 45, núm. 1.º y 50, núm. 1.º del Cc., en su anterior redacción, sancionaba al que contrajera matrimonio sin haber solicitado el consentimiento 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 posterioridad a la vigencia de la Ley de 24 abril 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 3.ª del Cc., 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 ese 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, recogida en diferentes artículos del Cc., especialmente en la esfera matrimonial en su art. 69 y en la contractual en el 1.258, 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.

(4) Por cuanto queda razonado, y 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 art. 1.430 del Cc., al acoger, si bien en cuantía inferior a la reclamada, la petición de alimentos deducida en vía reconvenicional 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 febrero y 17 abril 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.

COMENTARIO: 1. La Sentencia, que es la primera y probablemente también la última dictada por el Tribunal Supremo en materia de "consejo" paterno, es equitativa en cuanto solución del caso concreto, pues rechaza la pretensión del marido que trata de privar arteramente a su mujer de su participación en los gananciales, y probablemente todo civilista —puede suponerse que mucho más los legos en Derecho— encontrará justo el fallo.

Esto no obstante, ha de subrayarse que algunos de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo son muy criticables, y los demás, o no absolutamente convincentes, o poco claros.

Puede pensarse que la consideración que más fuertemente ha movido al Tribunal, pero que ha quedado inexpressada y por tanto incontralada e incontrolable, reside en la falta de justificación de la normativa del Código sobre la materia. Como dice el profesor DE CASTRO en un trabajo básico sobre este tema (*El matrimonio de los hijos*, ADC., 1954, páginas 35-60): "El grupo de artículos numerados del 45 al 50 del Código es uno de los menos afortunados de nuestro primer texto legal; y tanto por su contenido injustificado como por su desdichada formulación técnica" (pág. 52); debiendo añadirse que gran parte de las incongruencias y dislates que DE CASTRO enumera como prueba de este juicio se

han mantenido tras la reforma de 1958. Es cierto que esta reforma ha cercenado aquellos aspectos que se ofrecían más claramente a la crítica, como el consejo paterno para el matrimonio de los mayores de edad, la falta de todo recurso ante la negativa de licencia o consejo, y la sanción del antiguo núm. 2.º del art. 50; pero ha dejado subsistentes otros muchos no menos criticables, algunos de los cuales veremos en este comentario.

2. Convendrá exponer en síntesis cuál era la legislación vigente en 1956, fecha en que se celebró el matrimonio. Según el art. 45 en su anterior versión, está prohibido el matrimonio al mayor de edad que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgarlo, que son las señaladas en el art. 47 derogado, según el cual: "Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre, y en su defecto a la madre. Si no lo obtuvieren o fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición". Si los obligados a pedir consejo se casaren infringiendo la prohibición legal, su matrimonio será válido, pero se aplicarán las sanciones establecidas en el art. 50, cuya regla 1.ª —que es la que aquí nos interesa— ha permanecido inmodificada, aunque referida hoy sólo a los menores que se casen sin licencia y a los demás casos del actual art. 45, y que impone sustancialmente el régimen de separación de bienes.

La crítica a esta disciplina del consejo paterno era general en la doctrina (*Vid.* citas en DE CASTRO, *loc. cit.*, pág. 55 núm. 70) y la institución misma era más imitación de modelos extranjeros decimonónicos —especialmente franceses— que expresión de la tradición jurídica española. Desaparecido definitivamente el requisito del consejo por la Ley de 24 de abril de 1958, pues "suprimir esta exigencia era algo que reclamaba claramente el Concordato y que demandaba también el ejemplo de la legislación extranjera", según expresa la Exposición de Motivos que precede a aquella Ley, es fácil comprender que el Tribunal Supremo, juzgando en 1970, trate por todos los medios de evitar la aplicación de las sanciones vigentes en 1956 para el caso de incumplimiento de aquel requisito. Pero, como ya he adelantado, los argumentos que utiliza no son todos igualmente aceptables. Veamos estos argumentos.

3. El primer argumento, establecido por la Audiencia y no contradicho por el Tribunal Supremo, se basa en considerar que, a pesar de haber incurrido en la sanción del art. 50 Cc., los cónyuges contrajeron el matrimonio "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". De ello quiere deducirse que la disciplina aplicable a las relaciones económicas entre los cónyuges era la propia de la sociedad legal de gananciales; deducción que es claramente un disparate.

Los cónyuges que han incurrido en la sanción de la regla primera del art. 50 Cc., no pueden evitar dicha sanción otorgado formalmente capitulaciones que establezcan un régimen distinto al de separación: mucho

menos podrán establecer este régimen distinto por su sola voluntad posterior al matrimonio y no expresada en capítulos, por muy firme que sea su propósito en este sentido, pues a ello se opondrá, primero, la misma naturaleza de sanción que hay que reconocer, de acuerdo con la Ley, al régimen de separación que se les impone; segundo, la exigencia general de forma pública para la validez de los capítulos; y tercero, que en todo caso, las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio.

El principio fundamental a retener, eludido por el Tribunal, es que el régimen de separación del art. 50 Cc. se impone a los que se casan con infracción del art. 45 Cc., desde el momento mismo del matrimonio, como régimen legal necesario que excluye la posibilidad de cualquier otro, cualquiera que sea la voluntad de los cónyuges, sin necesidad de declaración judicial ni constatación oficial alguna, como efecto inmediato de la ley. Que el régimen de separación se establece como efecto automático de la ley en el momento en que se contrae el matrimonio viene confirmado por el art. 1.432 Cc., que en la edición reformada del Código recibe un último inciso dedicado precisamente a exceptuar este caso del régimen de todos los demás, excluyendo expresamente para el mismo la necesidad de declaración judicial. En consecuencia la demanda de que se declare que el régimen aplicable es éste de separación no entraña ejercicio de un derecho subjetivo, ni tiende a producir cambio jurídico alguno, y la sentencia que recaiga será meramente declarativa. Cualquier interesado, en cualquier momento, puede pretender que los Tribunales hagan tal declaración. Más aún, no sólo a instancia de interesado, sino incluso de oficio, admite hoy el Reglamento del Registro Civil que pueda hacerse en dicho Registro indicación de la infracción del art. 45 Cc., acreditando simplemente la falta de licencia, a los efectos de que los terceros no queden protegidos por su creencia de buena fe en estar regido el matrimonio por las normas de la sociedad de gananciales (art. 265 Reglamento Reg. Civ.). Ninguna relevancia tiene pues que el esposo haya interpuesto la demanda muchos años más tarde, como no la tiene en absoluto el propósito o conducta de los cónyuges con respecto al régimen de sus bienes.

Es claro en consecuencia que la argumentación del Tribunal *a quo* era absolutamente errónea; ahora bien, el recurrente siguió una táctica no menos disparatada atacando estas manifestaciones por la vía del error de hecho. Así planteado el motivo del recurso, obra correctamente el Tribunal Supremo al rechazarlo en su Considerando primero, de modo que en una consideración estrictamente formal nada puede oponerse al mismo, aunque quizá hubiera sido deseable que el Tribunal hubiera hecho la salvedad de que, si bien no casa por el motivo primero, ello debe entenderse cualquiera que fuera su juicio sobre la consistencia del razonamiento empleado por el Tribunal *a quo*. Pero no sólo no hace esta salvedad, sino que recoge el mismo vicioso razonamiento en el inicio del Considerando segundo, haciendo valer que los cónyuges no acataron el mandato legal que establece el régimen de separación, sino que de hecho establecieron

y han venido observando el régimen legal de gananciales, con lo que incurren en el mismo error de la Audiencia.

4. El Tribunal Supremo, en el mismo Considerando segundo, establece otras dos líneas discursivas, relativa una a los límites temporales de aplicación de las normas (problema de la posible retroactividad) y la otra centrada en la invocación de un principio general de buena fe.

La argumentación del Tribunal Supremo en cuanto al problema de Derecho transitorio podría explicitarse del siguiente modo: la disposición transitoria 3.^a, párr. 2.^o, del Cc. establece que cuando la falta consistente en ejecutar un acto prohibido esté penada por el Código y por la legislación anterior "se aplicará la disposición más benigna". Este criterio debe aplicarse en todo problema de Derecho intertemporal, y, por tanto, también cuando se trata de conflicto entre el Código civil y otra ley posterior. El conjunto de los arts. 45, 47 y 50 Cc. establecían una pena civil para el caso de matrimonio del mayor de edad sin petición de consejo, que ha sido suprimida por la L. de 24 de abril de 1958, la cual ley es por tanto más benigna. Luego debe aplicarse esta ley posterior, y en consecuencia no imponerse sanción a los matrimonios celebrados sin consejo con anterioridad a 1958.

Tal argumentación parece concluyente, aunque la aplicación de sus resultados no deja de plantear algunos problemas importantes. Me fijaré aquí brevemente en dos aspectos de la cuestión:

a) *El régimen de separación impuesto por el art. 50-1.^o Cc. como sanción o penalidad civil.*—No puede dudarse que, en el sistema del Código civil, la norma del párr. 1.^o del art. 50 quiere ser una penalidad impuesta a ambos cónyuges para el caso de haber infringido uno de ellos las prohibiciones del art. 45. Así ha sido considerada siempre por la doctrina —aunque haya criticado su existencia—. Tampoco hay duda de que contraer matrimonio sin el consejo paterno era una "falta penada por la legislación anterior" en el sentido y con las consecuencias señaladas por el párr. últ. de la disp. trans. 3.^a; lo corrobora, aunque no sería necesario, la Exposición de Motivos de la edición definitiva del Código civil, la cual, en su párrafo 34, al explicar la norma transitoria tercera, aclara que los matrimonios contraídos antes de la promulgación del Código sin la licencia o consejo de quien corresponda no producirán la "penalidad civil o pérdida de derechos" establecidos en el nuevo Código. Por lo mismo —podemos concluir—, suprimido ahora el consejo paterno, se aplicará igualmente la disposición transitoria 3.^a en su párr. últ. que establece la retroactividad.

Otra cosa es que doctrinalmente resulte difícil configurar y más aún justificar como sanción civil la imposición de un régimen matrimonial de separación. Parece como si el legislador considerase el régimen de separación como el más molesto de los regímenes económico-matrimoniales posibles, o en todo caso que la comunicación de ganancias en un beneficio, casi un privilegio, al que no pueden aspirar los hijos desobedientes o irrespetuosos. No deja de ser curioso que se considere sancionatorio el mismo régimen —ligeras variantes aparte— del que se

sienten muy orgullosos los catalanes y por el que han luchado no poco. La doctrina ha criticado siempre esta sanción del Código civil (V. por todos CASTÁN, V, 1, pág. 347), que, sin embargo, se ha conservado tras la reforma de 1958 para los que contraen matrimonio a pesar de las prohibiciones del art. 45 reformado.

DE CASTRO comparte este criterio generalizado por lo que respecta a los mayores casados sin consejo paterno, pero, según sus palabras, la sanción "se justifica en parte respecto a los hijos menores casados sin el debido consentimiento; la razón se puede encontrar en que el régimen de gananciales se establece con carácter dispositivo a falta de capitulaciones matrimoniales (art. 1.315); al no poder hacerse estas capitulaciones sin la concurrencia de las personas que han de dar el consentimiento (art. 1.318), se impondría el régimen de gananciales, lo que pudiera resultar contrario a la voluntad y al interés de los contrayentes; en fin, el régimen de separación no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio y tiene ciertas ventajas, especialmente cuando es sospechosa la conducta del marido. Aunque quizá resulte demasiado severa, impidiendo en todo caso que los cónyuges puedan acogerse al régimen de los gananciales".

Por mi parte no me parecen nada convincentes las razones del profesor DE CASTRO: la sanción es igualmente injustificada para el caso de falta de consejo como para el de falta de licencia (supuesta la exigencia legal de ambos requisitos, el primero de los cuales es ciertamente menos justificable que el segundo), porque es la naturaleza misma de las consecuencias, es decir, la imposición de un régimen de separación, la que las hace incompatibles con toda finalidad sancionadora, cualquiera que sea la falta a que se aplique; la referencia a la voluntad e interés de los contrayentes está fuera de lugar, ya que el art. 50 Cc. no trata de cumplir su presunta voluntad ni de servir sus intereses, sino precisamente de sancionar a los cónyuges imponiéndoles una regulación que se supone desfavorable. Las ventajas que a los cónyuges puedan derivar, aparte de contrarias a la finalidad sancionadora de la norma, son aleatorias, se producirán según los casos lo mismo a favor del inocente que del culpable (si no lo son ambos) y más normalmente a favor del marido, ya que el efecto práctico fundamental será privar a la mujer de la mitad de las ganancias hechas por el marido, sin ni siquiera quedar por ello libre de la licencia marital en la gestión de su patrimonio propio; por último, no se entiende qué quiere decir que el régimen de separación "no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio": quizá se refiera el profesor DE CASTRO, en una consideración *iure condendo*, a la propuesta de reforma legislativa que presenta al final del mismo trabajo, en el sentido de admitir que los cónyuges puedan con posterioridad al matrimonio acogerse al régimen de gananciales bajo ciertas condiciones; lo cual, fuera o no conveniente, no ha pasado a ser ley.

Por todo ello me sumo a la opinión crítica común, que considera injustificada y perturbadora la norma 1.^a del art. 50 Cc., tanto antes de

la reforma de 1958 como después de la misma. Más abajo veremos todavía nuevos aspectos criticables de tal norma.

b) *Alcance de la retroactividad exigida por el párr. 2.º de la disposición trans. 3.ª, y problemas que comporta su aplicación en este caso.*— La retroactividad de la norma sancionadora más favorable es regla que procede del Derecho penal, en cuya doctrina ha recibido su elaboración. Sucede además que los civilistas, al comentar las disposiciones transitorias, suelen limitarse al enfrentarse con este tema a remitirse en bloque a la doctrina de los penalistas. Pero las sanciones civiles son de muy distinta naturaleza que las penales, y en particular nunca se presentará en el Derecho penal una sanción que tenga las características de la del art. 50-1.º Cc., de efectos automáticos, no necesitada de declaración judicial, y consistente en la aplicación de una determinada disciplina jurídico-privada a buena parte de la actividad patrimonial del sancionado. Por ello convendría que los civilistas nos fijáramos con mayor interés en las consecuencias que la disp. 3.ª párr. 2.º de las transitorias puede producir en diferentes campos del Derecho civil: piénsese por ejemplo en la supresión de la privación de la patria potestad a las viudas que casaren nuevamente obrada por la Ley de 24 de abril de 1958, o en lo que supondría la supresión de la pena accesoria de interdicción civil para ciertos delitos, o su regulación más benigna. En el caso de la Sentencia que comentamos, parece que habrá que considerar a todos los efectos que el matrimonio, desde su celebración en 1956, ha estado sometido a las normas de la sociedad legal de gananciales, y ello sin necesidad de declaración judicial alguna, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos hasta el 24 de abril de 1958 por los terceros; es decir, la retroacción se produce en forma similar a la señalada por el art. 26 de la Comp. aragonesa para el caso de pacto al efecto en capitulaciones. En la disciplina del Código civil, este supuesto supone una quiebra del principio de inmutabilidad de los regímenes matrimoniales, ya que con la entrada en vigor de la L. 24 abril 1958 no sólo se produjo un cambio en el régimen económico de todos los matrimonios anteriores contraídos sin consejo paterno, sino un cambio con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio.

5. El tema de la retroactividad de la ley penal más favorable, bastante complejo según hemos visto, tiene sin embargo menos alcance práctico que el argumento a continuación establecido por el Tribunal Supremo en el mismo Considerando, ya que éste último llevaría a predicar análoga solución —rechazo de la pretensión de aplicación del artículo 50 Cc. por quien cometió la falta— en todos los casos del artículo 45 Cc. actual, es decir, el del menor de edad casado sin licencia, la viuda en los trescientos días y el tutor casado con la pupila antes del rendimiento de cuentas.

Este argumento es en el fondo muy defendible. En efecto, es contradictorio que quien ha cometido la falta pretenda tiempo después se aplique la sanción legal para deducir de ella provecho propio, con daño del otro cónyuge que quizá ignoraba la falta. Esta contradicción la

denuncia por ejemplo Díez PICAZO (en sus "*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*", II, pág. 292) al comentar la Sentencia de 23 de octubre de 1907, en la que el Tribunal Supremo, no obstante esto, acoge en definitiva la pretensión de la viuda que casó infringiendo el art. 45 Cc. de que se declarara que el régimen de su matrimonio era el de separación. (En aquel caso, además, la viuda tenía 74 años, con lo que la *ratio* del art. 45 parecía excluir sin más su aplicación.) Probablemente en aquel caso aceptó la pretensión de la viuda porque le pareció equitativo: por lo mismo que ahora rechaza la del marido, aunque para ello tenga que sentar un principio diferente. Las razones que aquí alega el Tribunal Supremo relativas a un principio general de buena fe, caracterizado como "las normas que la lealtad a la propia conducta y el sentido de justicia natural imponen", principio que se dice está recogido en nuestro Código civil especialmente en la esfera matrimonial en su art. 69 y en la contractual en el 1.258, sin ser rechazables, parecen, sin embargo, demasiado imprecisas y de consecuencias inseguras. Quizá pueda llegarse al resultado que parece correcto —negación de acción a quien, siendo el único culpable, pretende beneficiarse con la sanción— a través de un argumento algo más técnico y controlable, basado en el principio tradicional "*nemo audiatur turpitudinem suam allegans*". Puede considerarse que, en el Código civil, este principio es el que informa los arts. 1.305 y 1.306 del mismo sobre las consecuencias de la nulidad de los contratos por causa ilícita, y en particular la regla 2.^a de este último, según la cual cuando el hecho que constituye la causa torpe no sea delito ni falta y la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiese ofrecido (Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 251). Esta regla podría formularse del modo siguiente: los contratos con causa ilícita están sancionados con nulidad; pero el culpable de esta sanción no puede hacerla valer para traer de la misma ningún beneficio. Siendo esto así, la regla podría generalizarse a todos los casos en que el ordenamiento impone una sanción civil por una falta, de modo que se niegue siempre la acción para la imposición de la sanción al culpable de la misma, y en particular al caso de la sentencia que nos ocupa, observando simplemente que, siendo el marido el único culpable de un hecho al que el Código civil señala la sanción de aplicar a su matrimonio el régimen de separación de bienes, no puede admitirse que este marido culpable consiga la tutela judicial en su pretensión de beneficiarse con la sanción impuesta a su falta. Con la aplicación al caso del principio "*nemo audiatur*" en el sentido aquí expuesto se logra el mismo resultado a que llega el Tribunal Supremo, pero creo que de forma menos peligrosa por la mayor precisión de los límites de aplicabilidad del principio.

6. Para terminar, unas breves consideraciones sobre la concesión de alimentos a la mujer *ex* art. 1.430 Cc. (Considerando tercero.) La regulación que el Código presenta de la liquidación de la sociedad de gananciales está pensada para el caso de muerte de uno de los cónyuges. Ello plantea algunas dificultades de adaptación para todos los demás

supuestos determinados por los arts. 1.417 y 1.433, en especial para el de disolución como consecuencia de separación personal (Vid., p. ej., artículo 1.420 sobre la adjudicación del lecho y otros efectos al cónyuge sobreviviente, o el art. 1.427 sobre vestido de luto para la viuda), pero los arts. 1.418 a 1.431 han de considerarse en principio aplicables también a este caso, por ser los únicos que el Código dedica a la liquidación (Vid. además arts. 1.417-3.º y 1.440), si bien en la medida en que sean armonizables con los preceptos expresamente dictados para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges separados judicialmente, es decir, fundamentalmente los arts. 73 y 1.434 y ss., ya de por sí difíciles de armonizar.

No es esta la ocasión de exponer el sistema o *modus vivendi* económico de los cónyuges separados, pero sí de señalar algunos aspectos relativos a la Sentencia comentada:

a) En este caso parece ser el marido quien tenía la posesión y administración de todos los gananciales, y esto bastantes años después de la sentencia de separación; pero no siempre será así, entre otras razones porque el Juez ha podido atribuir a la mujer la administración de todos o parte de los gananciales dentro de las medidas coetáneas a la tramitación del proceso de separación personal (art. 68, regla 4.ª, párr. 5.º); en este caso podría ser el marido el favorecido por los alimentos.

b) De todos modos, las normas de liquidación dictadas por el Código se adaptan mal a la situación de cónyuges separados, ya que no es conveniente dejar en manos de uno de ellos, normalmente el marido, sin atender a la inocencia o culpabilidad declaradas, la administración provisional de la masa ganancial. Resulta más adecuada la norma específica de la Compilación aragonesa, según la cual: "Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, le corresponderá al único cónyuge inocente o de buena fe. No habiendo cónyuge inocente o siéndolo ambos, el Juez, apreciadas las circunstancias, resolverá sobre la administración" (art. 54. Vid. también art. 53, *Uno*, por lo que respecta a los alimentos que sobre la masa puede deducir el viudo).

c) En cuanto a la aplicación del art. 1.430 Cc., de una parte el tenor literal de éste y probablemente sus antecedentes históricos la excluirían en el caso de separación; pero de otra puede pensarse que su *ratio* alcanza a todos los casos en que, pendiente la liquidación, uno de los cónyuges no ha percibido todavía su haber. (Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, tomo XXII, 1905, pág. 467, que se pronuncia por su aplicación en todo caso, con la invocación, en mi opinión desacertada, del art. 1.434: éste supone que la liquidación se ha producido ya, y además está limitado —aunque esto no pudo saberlo MUCIUS— por la regla Quinta del art. 73, según la interpretación jurisprudencial). Es verdaderamente difícil dilucidar si los alimentos *ex* art. 1.430 son compatibles con los que la mujer puede tener concedidos *ex* art. 68-5.º, o los que puede pedir *ex* ar-

título 1.434. Una última observación: esta Sentencia es la primera, salvo error por mi parte, en que el Tribunal Supremo concede alimentos *ex artículo 1.430* en caso de disolución de la sociedad de gananciales por causa de sentencia de separación personal; en todas las decisiones que conozco en que se aplica o se discute sobre la aplicación del art. 1.430 se partía del supuesto de muerte de un cónyuge. (Ss. 28 mayo 1896, 24 junio 1898, 30 enero 1907, 8 enero 1948, 7 julio 1948, 11 octubre 1951 y 26 enero 1961).

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza

N O T A

(1) S. 3 junio 1966 (Aranzadi, núm. 2.875). *José Bernardo de la L. L. c. Rosario A. V.*

El hecho de tratarse de una Sentencia recaída entre las mismas partes y con el mismo tema litigioso, y el interés intrínseco de las cuestiones procesales planteadas, aconsejan transcribir lo más importante de sus Considerandos. Fue Ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

En el Considerando primero se rechaza que el cauce del art. 1.695 Lec. sea aplicable al supuesto debatido, pues el trámite llamado de ejecución a efectos civiles de una sentencia firme de separación matrimonial dictada por un Tribunal Eclesiástico no es un "procedimiento de ejecución de sentencias" en su sentido propio, que es aquel en que se utiliza en el citado art. 1.695 Lec.

Transcribo a continuación los Considerandos Dos a Quatro, en que se razona la improcedencia del procedimiento de incidentes para la declaración pretendida por el actor.

"Centrado el problema en los límites del recurso por infracción de ley del art. 1.692 de la Ley Procesal Civil, la cuestión que se debate en casación no es otra sino la de saber si el procedimiento seguido, es decir, el de un incidente de previo y especial pronunciamiento —de los regulados en los artículos 741 y siguientes de la ley rituarial— en el trámite de ejecución de una sentencia canónica, es o no el adecuado para decidir acerca de la existencia del régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales, cuestión que fue suscitada por el actual recurrente a lo largo de la tramitación, rectificando su primitiva solicitud —en base según afirmó, a un error padecido— de que se procediese a la liquidación de la referida sociedad y a la que se opuso la representación de la esposa, lo que obligaba al juzgador a decidir una contienda sobre dicho punto y le imposibilitaba limitarse exclusivamente —como estima el recurrente— a tomar unas determinadas medidas de orden patrimonial consiguientes a la disolución de la sociedad conyugal, por la sencilla razón de que desde el momento en que surge la disputa, no puede saberse con exactitud cuáles habrán de ser las que deban ser adoptadas".

"A estos efectos, conviene tener presente que la norma invocada por la sentencia recurrida en apoyo de la tesis contra la que se recurre, es la regla tercera del art. 483 de la L. E. Civ., según la que "se decidirá en juicio ordinario de mayor cuantía... 3) las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas", cuya procedencia aplicativa se impugna en el motivo primero del recurso —amparado en el núm. 1 del art. 1.692 de la Ley Procesal— por entender que dentro de dicha enumeración no figura, ni debe tampoco incluirse lo relativo al régimen matrimonial de bienes que, al carecer de una tramitación específica, tiene que estar comprendido en los supuestos contemplados en el art. 741 de la misma Ley, referente a los incidentes, olvidando sin embargo que la enu-

meración del núm. 3 del art. 483, no tiene carácter preclusivo, sino simplemente enunciativo, puesto que se habla de “las demás que versen sobre el estado y condición de las personas” dentro de las que forzosamente habrán de comprenderse las que atañen al matrimonio en cuanto no se trate de materias cuyo conocimiento haya sido expresamente atribuido a la jurisdicción canónica a virtud de la legislación concordatoria vigente en España en la actualidad”.

“A su vez y dentro del matrimonio, debe considerarse comprendido no sólo su aspecto personal estricto, sino también su consecuencia económica, cual es el régimen de bienes, porque éste carece de un valor y carácter patrimonial puro, a causa de su naturaleza familiar que le imprime el sello propio de todas las instituciones del Derecho de familia, a la persecución de cuyos fines queda vinculado, en este caso a través y en conjunción con el matrimonio del que es inseparable y del que viene a constituir un accesorio que nuestro C. c. destaca cuando en el art. 1.326 dice que: “todo lo que se estipula en las capitulaciones matrimoniales o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará sin efecto alguno en el caso de no contraerse”; características éstas que se agudizan en casos como el aquí contemplado en que se trata de un matrimonio que se dice contraído en contra de las exigencias del art. 45 del mismo Código —antes de la reforma efectuada el 24 de abril de 1958— que implicaba el régimen excepcional de sanción contenido en el art. 50 del propio Cuerpo legal, que afecta consiguientemente, a la condición del matrimonio contraído y a las personas que lo contrajeron, a causa de todo lo cual resulta absolutamente inadecuada la tramitación seguida, de simple incidente”.