

MATRIMONIOS SUCESIVOS Y MATRIMONIO PUTATIVO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. (APROPÓSITO DE LA STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1999)

MARTA REQUEJO ISIDRO

Dereito internacional privado

Universidade de Santiago de Compostela

1. Con fecha de 25 de noviembre de 1999, el TS¹ ha pronunciado una sentencia de invalidez de donación de un bien perteneciente a una sociedad de gananciales no liquidada, de la que formaría parte el donante: la ausencia de liquidación impide a los partícipes en la sociedad llevar a cabo actos de disposición sobre los bienes de la misma; o, propiamente hablando, estos actos son nulos. El pronunciamiento del TS reproduce de forma prácticamente idéntica la decisión adoptada por la Audiencia, decisión que fue objeto de comentario por nosotros mismos en su momento², y al que efectuaremos las oportunas remisiones.

Los hechos del supuesto, que encierra un elemento de internacionalidad desencadenante de las cuestiones que centrarán nuestra atención, son resumidos por el TS del siguiente modo: A) el 10 de marzo de 1924 contrajeron matrimonio en Montevideo (Uruguay) D. Elías L.L. y D^a Luisa S.R. ante las autoridades civiles uruguayas, sin que conste que en el mismo participara autoridad consular española, a pesar de que ambos contrayentes tenían esta nacionalidad. El matrimonio fue disuelto por sentencia de divorcio dictada por el juez departamental uruguayo el 17 de noviembre de 1931, sin que tampoco quedara constancia de este evento ante autoridad o registro español. B) de dicho matrimonio nació un único hijo (parte recurrida) el 4 de octubre de 1924. C) La madre (D^a Luisa) falleció sin testamento el 13 de mayo de 1951, siendo su hijo declarado único heredero abintestato el 7 de diciembre de 1987. D) D. Elías contrajo nuevo matrimonio en España el 24 de abril de 1944

¹ *La Ley*, núm. 5010, de 10 de marzo de 2000.

² *Vid. Revista Xurídica Galega*, nº 8, 1994, pp. 253-264 (a partir de ahora, *Revista Xurídica Galega*).

con la ahora recurrente, D^a Concepción; del matrimonio nació una hija, que también es parte recurrente. E) D. Elías falleció en 1985, dejando como testamento el otorgado ante Notario el 16 de mayo de 1984. F) En dicho instrumento ratificaba la donación de finca rústica efectuada a favor de su esposa.

2. A juicio de la Audiencia y del TS, el enlace contraído en 1924 adolece de un defecto de forma que lo convierte en nulo; ello no obstante, en virtud de la buen fe concurrente en ambos cónyuges, el matrimonio ha producido efectos de tipo económico, en concreto los propios de una sociedad de gananciales (en la que se integraría la finca objeto de discusión); dado que tal sociedad no había sido liquidada cuando se efectuó la donación de un bien de la misma, tal donación es nula. Reconstruyendo las preguntas que responden estas conclusiones, nos encontramos: en primer lugar, la relativa a la validez o invalidez del enlace de 1924, planteándose también la alternativa de su simple inexistencia³, y en relación con la misma, la de que D. Elías y D^a Luisa hubieran mantenido una convivencia de hecho *more uxorio*. En segundo lugar, apreciado el defecto de forma en la celebración del matrimonio, la posibilidad de que el mismo haya desarrollado, pese a todo, algún efecto, lo que nos sitúa en la órbita del matrimonio putativo. Afirmado el matrimonio putativo, ha de determinarse en tercer lugar el alcance material y temporal de sus efectos. La Audiencia y TS responden a estas cuestiones de manera sustancialmente idéntica, si bien se producen algunas discrepancias que, aun cuando no alteren el resultado final (la invalidez de la donación), sí merecen algún comentario⁴.

3. En el tratamiento del supuesto, la Audiencia y el TS han tomado adecuadamente en consideración del hecho de que la celebración del matrimonio tuvo lugar en el extranjero, y que la vida en común de la pareja se desarrolló también allí. Resultado de este dato es la necesidad de que intervenga el sistema de Dipr. del juez del foro, con la peculiaridad, para este caso, de que el transcurso del tiempo ha determinado modificaciones en el mismo: en los valores que lo sustentan, y detrás de ellos, en el tenor de las normas positivas. Se produce, en consecuencia, un fenómeno de “sucesión en el tiempo” de las reglas de Dipr., que se acompaña esta vez, además, de la modificación del Derecho sustancial —el español— designado a través de ellas. Ante esta situación, en ausencia de reglas especiales sobre retroactividad en la materia la Audiencia optó por la aplicación del Derecho vigente en aquel momento, o *tempus regit actum*: ello, tanto a la hora de juzgar la validez del enlace civil de 1924, como para determinar la norma de conflicto y el régimen aplicable a los efectos patrimoniales aparejados a la unión.

³ Nos permitimos un pequeño comentario al léxico del TS, que comienza diciendo que “prescindiendo de la deletérea distinción existente entre actos jurídicos inexistentes y nulos (...)”. Suponemos que el TS quería decir “etérea”, siendo “deletérea” sinónimo de “tóxico” o “venenoso”.

⁴ *Vid. infra*, nº 5.

4. Como consecuencia de aplicar la legislación derogada, la Audiencia estimó nulo por defecto de forma el matrimonio de D. Elías y D^a Luisa, que fue contraído en forma civil, y no canónica, y sin intervención de la representación consular española. El TS alcanza la misma solución, pero en su fundamentación sigue sólo parcialmente al tribunal de apelación: efectivamente, el TS basa la consecuencia de nulidad en la legislación vigente al tiempo de la celebración, y en la confirmación que de ella realizan los actuales arts. 49.1 y 51 Cc. La errónea comprensión del primero de los preceptos, cuyo último párrafo autoriza el matrimonio de españoles en la forma local extranjera, permite al TS eludir la opción entre la normativa anterior y la vigente: entre la retroactividad, y la irretroactividad.

La solución a la que llega el Tribunal de casación –y antes que él, la Audiencia de La Coruña– produce una primera impresión de sorpresa, en tanto que difiere de la opinión generalizada en la doctrina y en otros precedentes acerca del problema temporal en Dopr. en lo relativo a la validez de los enlaces matrimoniales contraídos bajo el imperio de la regulación anterior⁵. Con la promulgación de Constitución española en 1978, esta opinión tiende a separarse de la regla *tempus regit actum*, solución general común para los cambios de Derecho material, derivada del imperativo de seguridad jurídica⁶: en su lugar se propugna la retroactividad de los valores por la vía del recurso a los “problemas generales” (actualidad del orden público, actualidad de la calificación), al “valor inmediato” de los arts. 14 y 16 de la CE, o a consideraciones propias de la disciplina de Dopr., que, a fin de responder a las necesidades específicas de las relaciones reguladas, exige una mayor flexibilidad de las soluciones⁷. Esta tendencia que habría desembocado la valoración opuesta del acto de 1924 se ve corroborada por otra serie de consideraciones que expusimos en nuestro comentario de 1994: la probable imposibilidad fáctica de llevar a cabo en el extranjero la celebración en las formas requeridas por la ley española de los contrayentes (situación para la cual el propio TS ha sancionado la validez del enlace⁸), y las dudas doctrina-

⁵ Vid. una breve descripción de la misma, desde 1870 en adelante, en *Revista Xurídica Galega*, p. 260.

⁶ Vid., acerca del problema del tiempo en el Dopr., con carácter general, A. Ortiz Arce de la Fuente, “El Derecho internacional privado y sus problemas de validez temporal”, en M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, parte primera, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, pp. 131-165; J.C. Fernández Rozas, “Sucesión de normas y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, en *Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1349-1372, y referencias que cita; debe tenerse presente que con frecuencia se tratarán conjuntamente los problemas de sucesión en el tiempo de normas de conflicto, conflicto internacional transitorio, y conflicto móvil. La aplicación de las normas de Dopr. derogado a las situaciones iniciadas y terminadas antes de la reforma, y el reparto entre la nueva y la antigua normativa para las situaciones nacidas y vivas bajo aquella, y que perviven bajo la actual, es acogida expresamente en la LSDIP, art. 196. La irretroactividad es también la solución del art. 72 de la Legge di Riforma del Diritto Internazionale Privato italiana (al menos, para las situaciones completamente agotadas bajo la normativa anterior).

⁷ Vid. *Revista Xurídica Galega*, pp. 259-261; con posterioridad, vid. la *Sent. de la Aud. Prov. de Baleares, de 19 de junio de 1996*, reproducida parcialmente en *REDI*, 1997 (1), pp. 249-250.

⁸ Vid., en *Revista Xurídica Galega*, la jurisprudencia citada en npp. n° 94.

les y jurisprudenciales, contemporáneas a la vigencia de los arts. 100 y 101 Cc, acerca de su verdadero alcance y, por lo tanto, acerca de la obligatoriedad de contraer en la forma civil consular. Dudas que habrían podido justificar hoy una interpretación de tales menos severa por parte de la Audiencia, así como en casación⁹.

Lo anterior no empece, sin embargo, que nuestra valoración de la solución “matrimonio nulo” sea aprobatoria¹⁰, atendiendo a los datos del supuesto, y con apoyo precisamente en la flexibilidad que se predica para el problema temporal en Dipr. Entendemos que el juicio de nulidad, cuya consecuencias más gravosas quedan aquí paliadas a través del instituto del matrimonio putativo, se explica en el presente caso a partir de la consideración de sus particularidades propias: esto es, de que la Audiencia y TS deben enfrentarse de un solo golpe, como cuestión global, previa y condicionante de otra cuestión principal (la titularidad de un bien adquirido por el esposo durante el matrimonio), a la secuencia matrimonio de 1924-divorcio de 1931-nuevo matrimonio de 1944-fallecimiento de la primera mujer en 1951. En estas circunstancias, la preferencia por aplicar una normativa u otra (la anterior o la vigente) pasa por valorar las consecuencias de decidir de un modo u otro: en este sentido, sucede que considerar al primer enlace como válido obligaría a resolver la peliaguda cuestión de la trascendencia del divorcio, no ya sobre los efectos patrimoniales del matrimonio putativo¹¹, sino como causa de disolución de un matrimonio válido, cuyo fin conlleva naturalmente el del régimen económico de la pareja (al margen de la liquidación). Debería, pues, determinarse si con el divorcio en Uruguay se terminó el matrimonio de 1924, y con él, la sociedad de gananciales: en caso de respuesta negativa, por motivos sustanciales o formales¹², las consecuencias imaginables pueden llegar al absurdo de tener a D. Elías por incurso en bigamia durante el período comprendido entre su segundo matri-

⁹ Vid, en *Revista Xurídica Galega*, pp. 258-259.

¹⁰ Lo que no excluye que también pudiera haberse aprobado otra: nuestros Tribunales (y sobre todo, la Audiencia) resuelven aquí una situación de una forma económica y clara, pero otras soluciones podrían hacerse también acreedoras de esos adjetivos.

¹¹ La Audiencia de La Coruña (de la que se separa luego el TS) consideró el divorcio pronunciado en Uruguay como punto final de los efectos patrimoniales del matrimonio putativo entre los cónyuges de buena fe, por cesar es tal momento “el hecho que propició en España la consideración de aquel matrimonio como nulo...que no era otro que el matrimonio celebrado en Uruguay...que otorgó la necesaria apariencia de validez de un matrimonio conseguida a través de una forma de celebración *legal*”. Aunque es probable que hubiera podido llegar a esta solución incluso aun cuando hubiera considerado válido el primer matrimonio (vid. la *STS de 13 de marzo de 1969*, RJA, marg. 1276), su preferencia por la opuesta tiene el valor de eludir otras eventuales dificultades, como la relacionada con la capacidad de D. Elías para contraer el segundo matrimonio (vid. texto).

¹² No es difícil admitir que a través del recurso a nociones como la actualidad del orden público, la pregunta sobre el reconocimiento del divorcio de 1931 pudiera recibir hoy una respuesta positiva. Cuestión distinta es la de salvar los problemas vinculados a la exigencia de procedimiento de *exequátur*, que, como es sabido, se impone cuando la decisión de divorcio afecta a nacionales españoles. Sobre las dudas acerca del alcance de esa exigencia, vid. texto.

monio y el fallecimiento de su primera esposa, y la no menos compleja situación de la superposición de dos regímenes matrimoniales durante el mismo lapso de tiempo. La realidad de estas consecuencias está vinculada a la discusión sobre el alcance de la exigencia de exequátur: así, por ejemplo, señalan J.D. González Campos y P. Abarca Junco que “(Un nacional español) no podrá ser condenado por bigamo por nuestros Tribunales si ha contraído nuevo matrimonio tras una sentencia de divorcio dictada en el extranjero aún cuando dicho matrimonio se haya celebrado sin haber obtenido previamente el exequátur de la sentencia extranjera que declaró el divorcio”¹³; y ya hace años se reconocía la distinción entre “efectos primarios” (el de recuperación de la aptitud para contraer nuevo matrimonio¹⁴) de la sentencia de divorcio, y “efectos secundarios” (como la recuperación de la nacionalidad española de la mujer casada con extranjero, o la legitimidad de los hijos del matrimonio posterior¹⁵), que no precisarían del reconocimiento. Asumida esta distinción, el problema radica en calificar cada efecto pretendido como primario o secundario: así, por lo que a nosotros interesa, mientras que ya la *STS de 13 de marzo de 1969* reconoce el divorcio obtenido en La Habana por súbditos españoles al único efecto de la separación de bienes, se ha afirmado doctrinalmente en 1998 la necesidad de exequatur de una sentencia norteamericana de divorcio, para tener por disuelta la sociedad de bienes del matrimonio y que el juez español accediera a la división de fincas comunes¹⁶.

5. Aprobada, pues, por los motivos señalados la opción por la declaración de nulidad del enlace celebrado en 1924, debe decirse todavía que en tanto que esta aprobación está vin-

¹³ J.D. González Campos, P. Abarca Junco, “Comentario al art. 107 Cc”, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Cc*, coord. J.L. Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1994, Civitas, Madrid, pp. 1331-1358, esp. p. 1355.

¹⁴ Vid. P. Abarca Junco, “Divorcio y separación en el derecho civil internacional”, en M. Aguilar Navarro, *Derecho civil internacional*, vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1973, esp. pp. 135-138, y decisiones que cita. Vid, sin embargo, J.D. González Campos, en “Nota” a la *Res. de la DGRN de 28 de enero de 1981* y a la *Res. DGRN de 2 de noviembre de 1981*, *REDI*, 1982, pp. 521-523, para quien, si lo que se pretende no es la inscripción de la decisión de divorcio, sino la autorización de un segundo matrimonio civil, la decisión extranjera de divorcio debería ser tenida como prueba suficiente de la capacidad del contratante español. La doctrina asentada de la DGRN es la denegación de la inscripción de los matrimonios contraídos en segundo lugar, señalando la subsistencia, cuando menos, formalmente, del impedimento de ligamen: vid. la *Res. DGRN, de 4 de marzo de 1988*, *REDI*, 1989, p. 322; la *Res. DGRN, de 1 de julio de 1989*, *REDI*, 1990, p. 628; la *Res. DGRN, de 5 de octubre de 1990*, *REDI*, 1991, pp. 530-531; o la *Res. DGRN, de 29 de octubre de 1994*, *REDI*, 1996, pp. 354-355; vid. también I. García Velasco, “Nota” a la *Res. DGRN, de 31 de marzo de 1987*, *REDI*, 1988, pp. 231-240, esp. p. 240, a propósito de la suspensión de la inscripción como solución más satisfactoria que la denegación, por implicar la segunda un juicio de valor proclive a la nulidad del matrimonio.

¹⁵ P. Abarca Junco, *loc. ult. cit.* Cabría añadir, en opinión de M.L. Trinidad García, “Nota” a la *Res. DGRN, de 7 de abril de 1987*, *REDI*, 1988 (1), pp. 212-214, la petición de la fe de estado de divorciada; también, el reconocimiento de decisiones directamente vinculadas a la de divorcio, como son las de alimentos, y las de guarda, custodia o visita.

¹⁶ *STS de 13 de marzo de 1969*, RJA, marg. 1276, frente a R. Rueda Valdivia, “Nota” a la *Sent. de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 5 de marzo de 1997*, *REDI*, 1998, pp. 288-291, esp. p. 291.

culada al intento de eludir el planteamiento (incluso en términos de posibilidad) de las dificultades descritas en el párrafo anterior, sólo alcanza a la Sentencia de la Audiencia, pero no puede extenderse a la del TS. Efectivamente, el TS se separa de la decisión precedente, y no la retoma en lo que concierne a los efectos del divorcio sobre la duración del matrimonio putativo: de forma expresa se remite el TS a los arts. 72 y 1417 Cc de entonces, de donde se sigue una innecesaria situación de superposición de regímenes matrimoniales (el resultante del primer matrimonio -putativo- y el del segundo matrimonio -válido-). Ni siquiera considera el TS como fecha final de la primera sociedad la del segundo enlace de D. Elías (1944), sino que la entiende prolongada hasta el fallecimiento de la primera esposa (1951). Por lo que también en este punto debe ser considerada la decisión de casación menos perfecta que la de la de Audiencia¹⁷.

6. El segundo de los aspectos que merece comentario en la *STS de 25 de noviembre de 1999* es el relativo al instituto del matrimonio putativo: tanto más, cuanto que en la jurisprudencia española recaída hasta el momento sobre el mismo ha sido una constante la aplicación de la ley española, sin que fuera posible identificar su título de aplicación, de tal forma que puede considerarse que se operaba una simple reconducción del problema a la *lex fori*, o directamente, que se ignoraba por completo el planteamiento conflictual¹⁸; a ello debe añadirse la singularidad de algunos aspectos en la respuesta que aporta para el caso el Tribunal de casación¹⁹.

7. En el ordenamiento material español, el matrimonio putativo se regula en el art. 79 Cc, y sirve a amparar al o a los cónyuges que, habiendo contraído un enlace nulo, eran de buena fe, lo que se suele entender como ignorancia del vicio; y con buena fe o sin ella, protege a los hijos de la pareja; se establece de este modo una excepción al principio según el cual “quod nullum est nullum producit effectum”²⁰. Desde el punto de vista de nuestra disciplina, la problemática de la institución se agrupa en torno a tres cuestiones: cuál es la ley

¹⁷ Vid. *supra*, nº 3, sobre la comprensión del art. 49 Cc por parte del TS.

¹⁸ Pueden consultarse la *STS de 18 de diciembre de 1981*, RJA, marg. 5273; la *STS de 7 de marzo de 1972*, RJA, marg. 1415; la *STS de 12 de junio de 1969*, RJA, marg. 3423; la *STS de 2 de noviembre de 1965*, RJA, marg. 4847; o la *STS de 29 de mayo de 1962*, RJA, marg. 2613. A la crítica señalada en el texto escapa, si acaso, la decisión citada en primer lugar, cuyo tenor podría permitir establecer la aplicación de la ley española en tanto que ley de la nulidad a la pregunta sobre si hay o no matrimonio putativo, y su extensión a la cuestión de los efectos: vid. J.D. González Campos, en “Nota” a la *STS de 18 de diciembre de 1981*, *REDI*, 1982, pp. 514-519.

¹⁹ Vid. *infra*, nº 9.

²⁰ Vid. en la doctrina civilista, J.B. Jordano Barea, “El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial”, *ADC*, 1961, pp. 343-392; J.M. Lete del Río, “Art. 79”, en *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro I Código Civil, prec.*, 1ª ed. 1982, pp. 491-494, y 2ª ed., 1994, pp. 776-787 (citado J.M. Lete del Río, 1994); M.C. Gete Alonso Calera, “Art. 79”, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 416-427; o C.M. Entrena Klett, *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, 1984, pp. 477-483.

aplicable a la subsistencia de efectos residuales del matrimonio anulado (por lo tanto, si cabe calificar el enlace como putativo); cuál es la que determina estos efectos; y cuál es el rol de la ley del foro en la materia. Dejando de momento a un lado esta última cuestión²¹, una revisión de lo que sucede en la doctrina española, así como en la extranjera y en la práctica en vigor más allá de nuestras fronteras²², pone de manifiesto la polarización de la práctica totalidad de las respuestas según dos tesis contrapuestas: la tesis unitaria y la tesis pluralista. De conformidad con la primera, sólo un ordenamiento puede ser competente para llevar a cabo la calificación del matrimonio nulo como putativo, correspondiéndole también regir la cuestión de los efectos; este ordenamiento es la ley aplicable a las condiciones de validez del enlace, en tanto que rectora también de su nulidad²³. La opción contraria, o tesis pluralista, atribuye a cada una de las leyes aplicables a los potenciales efectos del matrimonio de haber sido éste válido la decisión sobre cuáles son las consecuencias de la declaración de invalidez (pronunciada de conformidad con la ley aplicable a la validez), incluida la calificación del enlace como putativo: de manera que puede suceder que sea considerado como tal por el ordenamiento aplicable a unos efectos, y no por el aplicable a otros²⁴.

²¹ Vid. *infra*, nº 9.

²² Vid. J.D. González Campos, “El matrimonio en el Derecho civil internacional”, en M. Aguilar Navarro, *Derecho civil internacional*, vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1973, *esp.* pp. 93-95; J.D. González Campos, P. Abarca Junco, “Comentario al art. 107 Cc”, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Cc, prec.*, 1ª ed., 1982, pp. 907-931, *esp.* p. 921, y 2ª ed., 1994, *esp.* p. 1335; J.A. Carrillo Salcedo, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1983, pp. 1-51, *esp.* p. 26; M.L. Trinidad García, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, 1994, pp. 175-176 (citado M.L. Trinidad García, 1994); R. Arroyo Montero, voz “Nulidad del matrimonio”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, pp. 4482-4484; J.D. González Campos, en *Derecho internacional privado*, Parte especial, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 318-319 (citado J.D. González Campos, 1996); J. Mª Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 185-189; P. Blanco Morales Limones, en *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, pp. 116-120; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999, p. 440. Sobre la práctica española y la ausencia de pronunciamiento, *vid. supra*, npp. nº . Para un resumen de doctrina extranjera con referencias de jurisprudencia, *vid.* G. De La Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullité*, Dalloz, París, 1967; L. Pålsson, “Marriage and divorce”, *IECL*, cap. 16, 1978; C. Gornati di Ciuceis, “Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido”, *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1985, pp. 507-528; S. M. Cretney, *Family Law*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1997, *esp.* pp. 19-38.

²³ Esta es la tesis que sostienen J.D. González Campos, P. Abarca Junco, “Comentario al art. 107 Cc”, 1ª ed., p. 921, y 2ª ed., p. 1335, reiterada por el primero en “Nota” a la *STS de 18 de diciembre de 1981, prec.*, *esp.* p. 516, y en J.D. González Campos, 1996, p. 319, mientras que la segunda se separa en *Derecho internacional privado*, vol. II, UNED, Madrid, 1998 (1ª reimpr., junio 1999), pp. 108-109 (citada P. Abarca Junco, UNED). Partidaria de esta tesis es también M.L. Trinidad García, 1994, p. 176.

²⁴ Esta es la postura de R. Arroyo Montero, *loc. cit.*, p. 483; J. Mª Espinar Vicente, *op. cit.*, p. 187; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 440.

La preferencia de cada autor consultado por una u otra de las perspectivas descritas es, a nuestro modo de ver, un reflejo de su toma de postura acerca de la naturaleza jurídica y el fundamento del matrimonio putativo, y resulta en particular de su disposición para resaltar en él uno de estos dos rasgos: bien la tendencial equiparación que realiza entre los enlaces válidos y los nulos; bien su configuración como instituto autónomo e independiente, atributivo de un *status* personal que, como tal, es indivisible y exige un juicio único sobre el carácter putativo del enlace. Efectivamente, para quienes se inclinan por la tesis pluralista, es argumento determinante el de que los efectos producidos a lo largo de la “vida” del matrimonio que luego es declarado nulo “no pueden ser otros distintos que los que se produjeron con base en la ley que regía los efectos del matrimonio cuando este aparentaba serlo”, de donde se deriva que “la ley aplicable a los efectos producidos por un matrimonio putativo es la ley que regía los efectos del matrimonio aparente hasta el momento de declararse su ineficacia”²⁵; en el mismo orden de cosas, se dice que la tesis unitaria puede desembocar en el absurdo de que, por la vía de aplicar una ley distinta a la correspondiente a los efectos si el matrimonio hubiera sido válido, se produzca un reconocimiento de más efectos que los habría tenido el matrimonio eficaz²⁶. Por el contrario, prefieren la tesis unitaria quienes propugnan el respeto a la unidad del instituto, y la necesidad de una valoración única del carácter putativo de una unión: debe decirse, sin embargo, que en tanto que esta tesis entiende aplicable al juicio sobre el matrimonio putativo la misma ley que se ocupa de la nulidad²⁷, y esta puede ser más de una (tantas como aplicables a la validez), puede desembocar en la aplicación de un cúmulo de leyes, obligando a definir un criterio que justifique la opción por una de ellas cuando sean discrepantes en lo relativo a la calificación del enlace²⁸.

8. A nuestro juicio, la valoración de cualquiera de las tesis descritas, o de cualquier otra, debe hacerse desde una doble perspectiva: por una parte, la que corresponde a nuestra propia disciplina, lo que significa que se deben buscar reglas adecuadas a los imperativos de seguridad jurídica, justicia y operatividad propios del Dipr, evitando preventivamente o minimizando las dificultades inherentes a su puesta en práctica; ha de tratarse, en definitiva, de una solución que proteja las expectativas de las partes, y al tiempo, eluda un fraccionamiento excesivo de la institución considerada. Por otro lado, es inevitable la exigencia de una armoniosa integración de la solución elegida con el resto del sistema al que per-

²⁵ J. M^a Espinar Vicente, *op. cit.*, p. 187.

²⁶ C. Gornati di Ciuceis, *loc. cit.*, p. 513.

²⁷ *Vid.* párrafo anterior.

²⁸ Hay dos tendencias en este sentido: la que niega al enlace el beneficio del matrimonio putativo si ello se deriva de alguna de las leyes en concurso, como corolario del principio según el cual la validez depende del respeto de todas y cada una de las leyes aplicables a los distintos requisitos; y la que prefiere la ley más liberal entre ellas, esto es, la que resulte más favorable al mantenimiento de ciertos efectos. *Vid.* al respecto L. Pålsson, *loc. cit.*, pp. 163-164, o C. Gornati di Ciuceis, *loc. cit.*, pp. 517-518, con más referencias.

tenece (en nuestro caso, el español), lo que implica un solución respetuosa con las características que tal sistema defina como esenciales en el instituto considerado, y sobre todo, con las que sean irrenunciables. El análisis del ordenamiento español revela que son elementos definitorios del instituto del matrimonio putativo los que siguen: como fundamento, la protección de la apariencia por razones que exceden lo económico y tocan a lo moral²⁹; a ello se añade la insistencia en separar el matrimonio putativo de otras figuras como la convivencia *more uxorio*, a través de la atribución al interviniente de buena fe de la situación personal de “excónyuge”³⁰, y el reconocimiento de que “el matrimonio nulo contraído de buena fe crea una situación de estado firme”³¹. Se constata además una evolución histórica del instituto hasta convertirlo en un mecanismo de disolución de las diferencias entre las uniones válidas y las que son nulas³², pero que al tiempo es susceptible de producir efectos de diverso alcance subjetivo y objetivo, denotando una elasticidad que no cabe ignorar al examinar la cuestión de la ley aplicable: se entiende hoy mayoritariamente que hay matrimonio putativo cuando concurren la apariencia de matrimonio y la declaración de nulidad³³; a partir de ahí, el elemento “buena fe” es determinante de la extensión de los efectos entre ciertos sujetos, aunque no otros; y otros datos podrán concurrir con ella en esa función (por ejemplo, los derechos sucesorios del cónyuge superviviente vienen condicionadas por la fecha de fallecimiento del otro en relación con la de la sentencia; la naturaleza misma de determinados efectos, como la vecindad, permite que se conserven más allá de la declaración de nulidad, mientras que otros se extinguen a partir de ella³⁴).

En nuestra opinión, del conjunto de lo anterior se desprende, a la hora de determinar la ley aplicable, una doble exigencia que convierte en igualmente insatisfactorias las tesis unitaria y pluralista: por una parte, es necesario que un único ordenamiento lleve a cabo el juicio sobre el carácter putativo del matrimonio; pero una vez establecido este juicio, la tendencial asimilación entre los enlaces válidos y los nulos conduce a un reparto de la cuestión de los efectos entre los ordenamientos que aplicables de haber sido válido el enlace.

²⁹ J.B. Jordano Barea, *loc. cit.*, p. 379, y otras referencias en npp. n° 131.

³⁰ J.M. Lete del Río, 1994, p. 783.

³¹ *Vid.* el propio TS, que insiste en la diferencia con las uniones de hecho, distintas “en cuanto a su origen y estimación sociológica”.

³² Originalmente, el matrimonio putativo solamente favorecía a la prole; su evolución ha llevado a la comprensión del cónyuge o los cónyuges de buena fe, al tiempo que, con motivo de la progresiva equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, se desvanece el primer sentido de la institución.

³³ Frente a la opinión minoritaria que integra en la definición el presupuesto de la buena fe: así, C. Entrena Klett, *op. cit.*, p 479.

³⁴ J.M. Lete del Río, 1994, pp. 783-784.

9. A la luz de las consideraciones expuestas, puede decirse en cambio que la *STS de 25 de abril* alcanza un resultado correcto³⁵. El pronunciamiento del TS se separa de las tesis unitaria y pluralista, adoptando una postura que toma elementos de ambas y da satisfacción a los argumentos en la base de una y otra. Para ello opera un examen del instituto en tres tramos: el primero cubre la pregunta sobre la nulidad o validez del matrimonio; el segundo, su consideración como putativo; y el tercero, la cuestión de sus efectos; a cada uno de ellos atribuye una solución distinta en cuanto a ley aplicable³⁶. El TS disocia de entrada la ley aplicable a la declaración de nulidad, que sigue correspondiendo a la ley o leyes aplicables a los requisitos de validez, y el juicio sobre si el matrimonio es o no putativo, para el que resulta competente la ley del foro; en este caso, a través de la afirmación según la cual la buena fe, que se presume, desencadena necesariamente efectos civiles entre los cónyuges, y en todo caso, para los hijos. Se satisface de este modo la exigencia de que el juicio sobre el carácter del matrimonio sea único, que ponían en entredicho tanto la tesis pluralista como la unitaria, situándose el Tribunal de casación en la línea de los autores que reconocen en el matrimonio putativo un contenido ineludible, o de orden público³⁷.

En segundo lugar, el TS separa también la ley aplicable al juicio sobre el carácter putativo del enlace, que además va a decidir los efectos producidos por él (patrimoniales, sobre los hijos, etc), así como su alcance (trascendencia de la buena fe), y la ley aplicable a la disciplina de las consecuencias, que es la misma que regiría los efectos del matrimonio de haber sido este válido: si de acuerdo con la ley indicada en primer lugar el matrimonio nulo es considerado putativo, y en virtud de ello esta misma ley le reconocería algún efecto –por ejemplo, de tipo patrimonial-, la segunda ley será consultada para establecer su concreción –por ejemplo, una sociedad de gananciales-, correspondiendo otra vez al primer ordenamiento la tarea de elegir, dentro de las prescripciones relativas a la sociedad de gananciales según la segunda ley, aquellas compatibles con su concepción del matrimonio putativo³⁸. De esta

³⁵ Nos gustaría poder decir correcto, y concluyente desde el punto de vista de la técnica empleada, que se expone en el texto, y que supone atribuir un importante rol a la ley del foro. Sin embargo, como exponemos en la npp. que sigue, somos conscientes de que se puede discutir nuestra opinión de que el TS aplica la ley del foro; por otra parte, no es posible establecer a la luz de este pronunciamiento el alcance del recurso a la misma.

³⁶ Aunque vuelve a producirse aquí el fenómeno, al que aludíamos en el nº 6 y npp. nº , de que la ley aplicable resulte ser en todo caso la española, a diferencia de lo que sucedía en las decisiones allí citadas sí hay en la *STS de 25 de noviembre de 1999* referencias al título que justifica la aplicación del ordenamiento español. A través de la cita que hace el TS de los arts. 100 y 101.4 Cc, por una parte, y del art. 9 Cc, por otra, queda claramente establecida la escisión entre ley de la nulidad y ley de los efectos. Menos evidente (y por tanto, más discutible) es que el TS separe también la primera, y la ley que efectúa la calificación de “putatividad”, aunque creemos que así debe deducirse, precisamente, de que no se busque apoyo en precepto alguno, como dando por sentado que, ante la concurrencia del elemento “buena fe”, esta calificación sólo puede ser una (la del foro).

³⁷ Vid. M.L. Trinidad García, 1994, p. 176-177; P. Abarca Junco, *UNED*, pp. 108-109.

³⁸ De esta manera de actuar del TS no hemos encontrado ninguna manifestación en nuestra doctrina (salvo, tal vez, J.D. González Campos, 1996, p. 319, donde hace referencia a “soluciones que tratan de combinar las orientaciones anteriores” -refiriéndose, entendemos, a la unitaria y la pluralista). Sí, en cambio, aparece reflejada en decisiones extranjeras, y ha recibido el apoyo de algún autor: vid. C. Gornati de Ciuceis, *loc. cit.*, pp. 518-524.

manera, se satisface la finalidad del instituto de equiparar en lo posible una unión válida y otra nula. Queda, sin embargo, una duda que afecta al aspecto de selección de los efectos del matrimonio putativo, ya no resulta claro si esta se lleva a cabo entre los atribuidos por el ordenamiento que sería aplicable a estos efectos *para el matrimonio putativo, o por los que este mismo ordenamiento establece para un enlace válido*³⁹. Esta última opción habría sido la más coherente con las expectativas que hubieran podido crearse las partes durante la duración de su “matrimonio” a propósito de las implicaciones personales o patrimoniales del mismo (no sólo se respeta su previsión sobre el sistema jurídico global aplicable, sino también, sobre concretas consecuencias de una unión que era tenida por válida). La contraria, en cambio, tiene la desventaja de incrementar los posibles desajustes inherentes a toda operación de *dépéçage* (así, si el ordenamiento aplicable a título de ley de los efectos desconoce el instituto del matrimonio putativo, lo condiciona a presupuestos distintos o a los mismos, pero comprendidos de distinto modo, o le atribuye unas consecuencias distintas a la ley que efectúa el juicio de “putatividad”, e incompatibles con esta); además, duplica la barrera al reconocimiento de efectos a un matrimonio nulo⁴⁰.

NOTA.- La presente publicación ha sido realizada en el marco del Proyecto XUGA 20201A97 de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia, titulado “Persoa, familia e sucesións na problemática xurídica da emigración galega”.

³⁹ *Vid.* en cambio, C. Gornati de Ciuceis, *loc. cit.*, p. 523.

⁴⁰ Los tendrá si se los atribuye la ley que establece su carácter putativo, y (cumulativamente) además se los reconoce la ley que los disciplina. Aunque es verosímil que en caso de que ésta no lo hiciera, se aplicarían los pertinentes correctivos, de conformidad con las concepciones vigentes en el foro.