



Roj: **STSJ BAL 778/1998 - ECLI:ES:TSJBAL:1998:778**

Id Cendoj: **07040310011998100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/1998**

Nº de Recurso: **1/1998**

Nº de Resolución: **1/1998**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL PERERA MEZQUIDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE BALEARES

Sala de lo Civil y Penal

Rollo nº 1/98

Recurso de Casación

SENTENCIA Nº 1/1.998

Excmo. Sr. Presidente:

D. ANGEL REIGOSA REIGOSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO J. MUÑOZ JIMÉNEZ

D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA

En la ciudad de Palma de Mallorca a tres de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

VISTO por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, integrada por los Magistrados expresados al margen, el RECURSO DE CASACION contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Rollo nº 7/87), como consecuencia de los autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía nº 329/95, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº UNO de Palma de Mallorca, sobre declaración de nulidad de escritura de préstamo con garantía hipotecaria; cuyo recurso de casación (Rollo nº 1/98) ha sido interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Rosselló, en nombre y representación del "BANCO DE SANTANDER, S.A.", bajo la dirección del Letrado D. JOSE M^a LAFUENTE BALLE, en el que son parte recurrida la actora apelada D^a. Soledad, representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis- Salvador Pascual Antich, bajo la dirección letrada de D. MANUEL POMAR CABRIO, y D. Plácido, no personado ante esta Sala, el cual en su día había sido declarado en rebeldía, y en cuya situación continúa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº UNO de los de Palma de Mallorca fueron vistos los autos Juicio Declarativo de Menor Cuantía nº 329/95 instados por el Procurador de los Tribunales D. Luis-Salador Pascual Antich en representación de D^a Soledad contra D. Plácido, en rebeldía, y contra el "BANCO DE SANTANDER, S.A." representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Rosselló.

La demanda instauradora de dicha litis expresaba en síntesis los siguientes hechos:



- a) La actora 04 Soledad contrajo matrimonio con el demandado D. Plácido en 1.976, estableciendo ambos su domicilio conyugal, a partir de 1.986, en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 , lugar Costa de en Blanes, término de Calviá (Baleares).
- b) En 1.993, el referido demandado, con el fin de garantizar un préstamo que le concedió el Banco de Santander, gravó dicha vivienda con una hipoteca en favor de la referida entidad bancaria, sin intervención, autorización ni consentimiento de la esposa actora.
- c) El aludido banco tenía conocimiento de que la finca hipotecada era la vivienda habitual del codemandado Sr. Plácido y de su familia.
- d) En 1.994, ante el incumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el prestatario, el referido Banco de Santander procedió a ejecutar la hipoteca, a través de un juicio especial del artº 131 LH , procedimiento que se siguió ante el Juzgado nº 2 de los de Palma (autos 1.035/94).

En base a tales hechos, y con invocación específica y exclusiva, como fundamento de Derecho, del artículo 1.320 del Código Civil , la referida demanda terminaba interesando que se dictara Sentencia "declarando nula la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por los demandados ante el Notario de esta Ciudad, D. Gonzalo López-Fando el día 3 de Agosto de 1.993, y consecuentemente se declare la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y de cuantos demás asientos de la misma traigan causa, declarando igualmente la nulidad del procedimiento de sumario hipotecario seguido bajo el nº 1035/94 por motivo de la nulidad del título que lo amparaba."

SEGUNDO.- Dicha demanda fue contestada y negada por el "BANCO DE SANTANDER, S.A.". Mientras, el también demandado D. Plácido fue declarado en rebeldía mediante resolución de fecha uno de Septiembre de 1.995.

Tras practicarse las pruebas propuestas y admitidas y formularse por las partes litigantes sus respectivos escritos de resumen de pruebas, el referido Juzgado dictó Sentencia en fecha 6 de Mayo de 1.996 , cuya parte dispositiva dice así: "F

FALLO: fue estimando como estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Luis Salvador Pascual Antich, en representación de Doña Soledad , contra Don Plácido , en rebeldía, y contra el "Banco de Santander, S.A.", representado por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Socias Rosselló, debo declarar y declaro la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre los codemandados a 3 de Agosto de 1993 ante el Notario Don Gonzalo López Fando, la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y consiguientes asientos, y la nulidad de las actuaciones del procedimiento sumario hipotecario que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia nº DOS de esta capital bajo el nº 1035/1994 ; con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas en esta instancia".

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso por la demandada "BANCO DE SANTANDER, S.A." recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos; y, sustanciada la alzada, la Sección 4º (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó Sentencia (Rollo nº 7/97) con fecha cuatro de Febrero de mil novecientos noventa y ocho , cuyo Fallo es del tenor siguiente:

"FALLAMOS: QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador don Miguel Socias Rosselló, en nombre y representación de la entidad Banco de Santander, S.A., contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 1.996, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Palma , en los autos de juicio de menor cuantía de los que trae causa el presente rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos. Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante".

CUARTO.- Previa constitución del correspondiente depósito, el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socas Rosselló, en nombre y representación del "BANCO DE SANTANDER S.A.", formalizó RECURSO DE CASACION ante esta Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia de Baleares, a tenor de lo establecido en el artículo 73.1 a) de la L.O. 6/1.985 de 1 de Julio , del Poder judicial fundado en los siguientes MOTIVOS:

1º) Infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la vigente Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares en relación con los arts. 13 y 14 del Código Civil y art. 91.1 del Reglamento Hipotecario . ,

2º) Infracción de los artículos 1320 y demás concordantes del Código Civil .

Dicho recurrente terminó suplicando a esta SALA que "habiendo por presentado este escrito y los documentos que se acompañan, con sus copias, lo admita, me tenga por personado y parte en la representación que ostento, disponiendo que se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones; tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación preparado contra la Sentencia dictada en fecha por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma en el procedimiento del que dimana; se sirva admitir a trámite el recurso, y en su día,



y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia estimando el recurso interpuesto y casando la resolución recurrida, con todos los pronunciamientos favorables, y de acuerdo con el suplico de la contestación a la demanda formalizado en su día, y en su caso, con lo postulado en el motivo segundo del presente recurso".

QUINTO.- Habiéndose tenido por interpuesto el recurso, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.709 L.E.C ., habiendo sido evacuado el trámite mediante informe del Excmo. Sr. Fiscal-Jefe de este Tribunal Superior de Justicia, cuyo tenor es el siguiente:

"Que procede desestimar el recurso de casación interpuesto, por las siguientes consideraciones:

1º.- En cuarto a la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil , por las razones expuestas en la sentencia recurrida, cuyos fundamentos se Don por reproducidos por economía procesal.

2º.- La nulidad de la hipoteca no lleva aparejada, en el caso que nos ocupa, la nulidad del préstamo; pero, dada el carácter constitutivo de la escritura en este gravamen, procede acordar la nulidad de ésta, como hace la sentencia de apelación, confirmando la sentencia dictada en la primera instancia".

SEXTO.- Por su parte, la representación procesal de D^a Soledad impugnó también el recurso, mediante escrito de fecha 19 de Junio, alegando los motivos que estimó pertinentes e interesando que por esta SALA se dicte resolución confirmando en todas sus partes la sentencia del Tribunal "a quo".

SEPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 1.711 L.E.C ., se señaló vista pública para el día 15 de Julio de 1998, en cuya fecha ha tenido lugar; habiendo informado ante esta SALA, para defender el recurso, el letrado D. JOSE M^a LAFUENTE BALLE; y, para impugnarlo, el Ministerio Fiscal representado por el ILMO. SR. D. LADISLAO ROIG BUSTOS, Teniente Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia, y el Letrado D. MANUEL POMAR CABRIO.

Ha sido PONENTE el Ilmo. Sr. D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA, Magistrado de esta SALA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa que motiva el presente recurso está asentada sobre los siguientes antecedentes, que es necesario consignar, antes de aludir a los motivos planteados:

1.- El matrimonio contraído por D. Plácido y D^a Soledad se rige, en los aspectos referentes a su régimen económico conyugal, por las normas de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Ello por aplicación de los artículos 9.2 y 13.1 del Código Civil , en relación con el artículo 1 de la aludida Compilación Balear ; y según, además, tienen concordado las partes litigantes.

2.- Ni antes ni durante su matrimonio, dichos cónyuges convinieron capitulaciones matrimoniales, para estipular (como así podían hacerlo) un régimen económico conyugal distinto del vigente legalmente en la isla de Mallorca en defecto de pacto, régimen que es el de separación de bienes.

3- La vivienda objeto de autos -sita en la CALLE000 nº NUM000 de la villa de Calviá-, en la que ambos esposos convivían, había sido adquirida por el marido D. Plácido , en virtud de escritura de adjudicación; y a su nombre aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de Calviá.

4.- El referido marido hipotecó la aludida vivienda en garantía de un préstamo a él concedido por el Banco de Santander; y, ante el incumplimiento de las obligaciones económicas de dicho préstamo, el referido Banco planteó contra la vivienda referida un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria al amparo del artículo 131 L.H .

5.- Con posterioridad a la celebración de la tercera subasta en el referido procedimiento especial del artº 131 L.H , (y ya adjudicada la finca al Banco de Santander) la esposa D^a Soledad interpuso la demanda instauradora de la presente litis, interesando -en base, exclusivamente, a la aplicación del art 1.320 del Código Civil - la declaración de nulidad de la antes referida escritura de préstamo hipotecario, así como la nulidad de la inscripción de dicha hipoteca en el Registro de la Propiedad, al igual que la del procedimiento sumario hipotecario seguido a instancias del Banco de Santander: Demanda que fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia Nº UNO de los de Palma de Mallorca, por apreciar que el artº 1.320 C.C . es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho Balear al constituir una regla primaria de aplicación prioritaria, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y del interés familiar, así como por los demás razonamientos que se expresan en la sentencia.

6º.- La Sección Cuarta (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, habiendo visto en grado de apelación los autos de referencia, dictó sentencia desestimando el recurso planteado y confirmando la dictada por el Juzgado "a quo". Ello en base, sustancialmente, a las cinco razones que (además de las



invocadas por el Juzgado de instancia) se desgranar en el texto de dicha sentencia: Razones que son las que, muy resumidamente, se expresan a continuación:

- a) El art. 1320 C.C. es una norma que trasciende el ámbito puramente patrimonial y en la que se plasma el carácter transpersonalista del Derecho de Familia, ya que mediante la misma se trata de salvaguardar el domicilio familiar y el interés del conjunto de la familia... Por ello es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca. Se cita en apoyo de tal tesis el artº 39.1 de la Constitución Española .
- b) El artículo 1.320 C.C. , por integrar el llamado "régimen económico matrimonial primario", no es incompatible con el régimen de separación de bienes contemplado en el Código Civil "cuyas líneas axiales -se añaden- no difieren del sistema de separación de bienes contemplado en la Compilación Balear".
- c) De no entenderse aplicable en Mallorca el art. 1.320 C.C. , quedaría obstaculizada la efectividad de lo que dispone el art. 70 C.C. en orden a la fijación del domicilio conyugal, "como exigencia derivada del derecho a la igualdad" garantizado por el artº 14 C.E. y por el artº 66 C.C. .
- d) Se daría la paradoja -de no aplicarse el artº 1.320 C.C. - de que estaría menos protegido el cónyuge no titular de la vivienda familiar en situación de convivencia matrimonial normal que lo que lo está el cónyuge a quien en caso de separación, divorcio o nulidad, se le atribuye el uso de la vivienda conyugal. (Ex artículos 90 y siguientes C.C.)
- e) Carece de relevancia el dato de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Compilación Balear fuese rechazada la inclusión en el texto que se reformaba de una norma de contenido idéntico a la del art. 1.320 C.C. , norma que había figurado en el Proyecto.

SEGUNDO.- Un enfoque certero de la cuestión planteada requiere, de entrada, examinar el "thema decidendi", no en la simple perspectiva de la aplicabilidad o inaplicabilidad en la isla de Mallorca de un determinado precepto del Código Civil (en este caso el artº 1.320 C.C.), sino en la más amplia panorámica de determinar cuál es la normativa aplicable en Mallorca a una determinada institución o relación jurídica (en este caso, el régimen económico de un matrimonio), de acuerdo con la legalidad vigente.

En tal perspectiva, adquiere enseguida especial protagonismo la realidad de lo que es y lo que significa el Derecho Civil de Mallorca, y en general los Derechos Civiles especiales que coexisten con el denominado Derecho Común en diversas regiones de España: En este aspecto, está ya totalmente aclarado que tales Derechos especiales-llamados también forales- no representan normas de carácter excepcional dentro de un régimen de Derecho Común, ni responden a situaciones privilegiadas o particularistas -como algún sector de la doctrina, p ej. De Castro, pretendió considerarlas- sino que constituyen un Derecho propio, independiente del sistema del Código Civil, el cual por tanto no representa frente a ellas un principio general, sino algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio.

Así lo dejó definitivamente sentado el legislador de 1.974 (superando la construcción de los redactores del primer Código Civil de 1.888), al remodelar el Título Preliminar de dicho Código Civil partiendo de la equivalencia e igualdad de rango de los plurales ordenamientos civiles coexistentes: Y así se refleja, efectivamente, en el propio epígrafe del Capítulo V del aludido Título Preliminar ("Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio Nacional"), así como en el artículo 13, párrafo del mismo Código Civil al afirmarse el "pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes"; y agregarse que el Código Civil regirá como derecho supletorio "en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales".

En el mismo sentido se pronuncia la "Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares" promulgada por Ley de 19 de Abril de 1.961 y modificada -tras la entrada en vigor de la Constitución- por la Ley de 8/1990 de 6 de Septiembre , cuando en la Exposición de Motivos de esta última disposición se afirma rotundamente que "los Derechos Civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código Civil, sino sencillamente un Derecho distinto: Son el Derecho Común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales". Razón por la cual, muy consecuentemente, en el primero de los artículos del Texto Refundido de dicha Compilación (aprobado por D. L. 79/1990 de 6 de Septiembre) se afirma y proclama la preferencia absoluta del Derecho Civil propio de las Islas Baleares con respecto al Código Civil y demás leyes estatales, en el territorio de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

Igualmente, con acierto, la antes citada Ley 8/1990 del Parlament Balear eliminó el vocablo "especial" con el que la Compilación de 1.961 adjetivaba el Derecho Civil de Baleares y lo contraponía al llamado Derecho Civil Común. Contraposición que era totalmente inexacta, por cuanto tan común o tan especial (como se prefiera) es en Baleares la aplicación del Derecho que le es propio como en los antiguos reinos de Castilla y León la aplicación del Código Civil.



Proyectando ahora sobre el caso concreto que nos ocupa las anteriores precisiones, es obligado, de entrada, para razonar dentro de la exigible ortodoxia, verificar o constatar, primeramente, si el Derecho Civil de Mallorca ofrece, o no, una regulación del régimen económico conyugal para los matrimonios sometidos al Derecho Balear; así como si tal regulación es, o no, plena, completa y coherente. Y, en segundo lugar, si la concreta cuestión litigiosa planteada tiene adecuada solución dentro de tal normativa, o si, por el contrario -por la singularidad, especificidad o novedad del caso de autos- resulta preciso acudir, para colmar una laguna, vacío o imprecisión del texto de la Compilación, a las normas supletorias señaladas en la misma. Una tercera cuestión, en esta última hipótesis, sería la de constatar si existe, o no, costumbre o principio informador del Derecho Balear que regularé el caso, ya que éstos- la costumbre y los principios informadores baleares- constituyen el Derecho supletorio aplicable en primer lugar (art. 1, apartados segundo y tercero de la Compilación) en defecto de la Ley; mientras que el Código Civil -es necesario destacarlo- está relegado al último lugar-, como Derecho supletorio (según resulta claramente del recién citado artículo 1 de la Compilación).

TERCERO.- El estudio del Título I del Libro I de la "Compilación de Derecho Civil de Baleares" (en la redacción dada al mismo por la Ley del Parlamento Balear 8/1990 de 28 de Junio) permite concluir que dicho Título contiene una regulación completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca: una regulación que, dejando a salvo el derecho y la libertad de los cónyuges para pactar, antes o después de la celebración del matrimonio, el régimen económico que más les conviniera, se asienta y fundamenta, para los demás, en el sistema de absoluta separación de bienes, con las concretas consecuencias que del mismo se derivan, que están debidamente reguladas y matizadas en el texto de la Compilación.

En este último aspecto vale la pena resaltar, además, que tal régimen económico conyugal, "piedra fundamental de la construcción jurídica del hogar mallorquín" (en expresión de Claudio), ha sido objeto a lo largo de la historia de Mallorca de un perfeccionamiento progresivo, que ha conllevado la supresión de instituciones obsoletas o injustas (como, por ejemplo, la presunción muciana, la cuarta marital y la Ley "Hac Edictali", instituciones eliminadas por los compiladores de 1.961); y ha tenido hitos de progresividad no sólo en el Styl 11 de las Ordinacions de Mossen Arnal d'Erill de 1.344 (en relación con la posibilidad de la mujer mallorquina de afianzar a su marido renunciando al Senadoconsulto Veleyano), sino, sobre todo, ya en nuestros tiempos, a través de la ya citada Ley 8/1990 de 28 de Junio , aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares: Ley a través de la cual, respetándose el arraigo del sistema de separación absoluta de bienes en la conciencia jurídica y en las costumbres del pueblo mallorquín, se retocaron o modificaron una serie de preceptos de la anterior Compilación de 1.961, para adecuarlos a los principios de la nueva Constitución Española y para adaptarlos a la realidad social actual y a las necesidades del momento presente. Así, se introdujeron modificaciones tendentes a una mayor protección de la familia, se reguló el modo de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, se abrió la posibilidad de que la autoridad judicial adopte medidas encaminadas a conseguir mayor rentabilidad del patrimonio del cónyuge que no genere recursos, se recogió el principio de que los cónyuges puedan celebrar entre sí toda clase de contratos, y se suprimió la presunción de copropiedad de los bienes no privativos, limitándola solamente a los bienes integrantes del ajuar doméstico.

Se consiguió, pues, a través de esta reforma, una regulación, además de completa y sin fisuras, actualizada, - y ello tiene relevancia en relación con lo que se expresará más adelante- Una regulación que aúna la tradición jurídica de la isla con la progresividad de los tiempos modernos y que tiene como eje axial, como ya se ha dicho, el principio de separación absoluta de bienes de los esposos, con la consiguiente capacidad de cada uno de ellos para realizar por sí solo (art. 3 de la Compilación) cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus propios bienes, si bien ello con la obligación de atender al levantamiento de las cargas del matrimonio de conformidad con lo que establece el art. 4º de la misma .

Hay que concluir, pues, en relación con las cuestiones planteadas en el anterior fundamento de Derecho (y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá), que, ante la existencia de una Ley -la Compilación de Derecho Civil de Baleares- que es la aplicable al supuesto fáctico planteado, cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta: Ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse "en defecto de la Ley", art. 13 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente ya que el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso.

El artículo 1.7 del Código Civil , al disponer que "los Jueces y Tribunales tiene el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido" marca los parámetros dentro de los que esta SALA debe necesariamente pronunciarse; y, consecuentemente, determina que, en el



presente caso, de entrada, deba rechazarse rotundamente la aplicabilidad al supuesto de autos del Código Civil, por las razones que quedan expresadas.

Con lo anteriormente expuesto, entiende esta SALA que queda suficientemente desbrozado el camino para poder abordar, a continuación, el estudio de los MOTIVOS DE CASACION planteados por la parte recurrente.

CUARTO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de ley de la Enjuiciamiento Civil, el MOTIVO PRIMERO de los formulados alega infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la vigente Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, en relación con los artículos 13 y 14 del Código Civil y artículo 91 del Reglamento Hipotecario, -sosteniendo que la sentencia recurrida infringe frontalmente la Compilación Balear al hacer aplicación del artículo 1.320 del C.C. al supuesto de autos.

El motivo debe ser estimado; y, consecuentemente, debe ser casada y anulada la sentencia recurrida,

Ello en base aun razonamiento elemental que, enlazando plenamente con las consideraciones anteriormente ya expuestas, se concreta en los puntos siguientes:

a) La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares es norma absolutamente preferente y exclusiva respecto al Código Civil, el cual -forzoso es repetirlo- sólo es aplicable en Baleares en aquellas materias que no están reguladas por la Compilación; y, respecto a las reguladas, sólo con carácter supletorio, en los términos ya expuestos.

b) Tal principio tiene como excepción o salvedad -por imperativo del art. 13.1 del C.C. - "las disposiciones del Título Preliminar... del Código Civil y las del Título IV del Libro I del mismo, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial". Pero... forzoso es destacar enseguida que el artículo 1.320 C.C. es ajeno a dichas normas "de aplicación general y directa", y que por ello el aludido art. 13.1 C.C. no aporta cobertura alguna para su aplicabilidad (ni directa, ni supletoria) en Mallorca.

c) En Mallorca rige el sistema regulado y contenido en los artículos 3, 4 y 5 de la vigente Compilación de Derecho Civil de Baleares: Un sistema de separación de bienes, que es muy anterior a la publicación del Código Civil, -cuyas raíces se encuentran en el Derecho Romano justinianeo y en el musulmán- y que, además, está profundamente imbricado en la tradición jurídica de la isla.

d) Dicho sistema no puede quedar desnaturalizado por la aplicación, a título de Derecho supletorio, de una norma, como la del artículo 1.320 C.C que es extraña al mismo.

Y ello, aunque ese artículo 1.320 no sea incompatible con el régimen de separación de bienes regulado por el Código Civil, y, a su vez, tal régimen no difiera del sistema de separación contemplado en la Compilación Balear-como destaca la sentencia recurrida, para argumentar o razonar la aplicabilidad de dicho precepto-

No es admisible al respecto tal argumentación, por cuanto en ella se antepone la conclusión al razonamiento: Se repara, de entrada, en efecto, en la compatibilidad o incompatibilidad de tal artículo con el ordenamiento civil balear; sin, antes, haber constatado lo que verdaderamente interesa y es prioritario: Si existe, o no existe, una laguna o vacío a colmar que justifique el recurso a un derecho supletorio; por cuanto, si tal laguna o vacío no existen -y éste es precisamente el caso que nos ocupa-, no hay razón alguna para pensar en Derechos supletorios, ni por tanto para plantearse aquella compatibilidad o incompatibilidad. Carece, pues, por ello, de toda virtualidad la argumentación de referencia.

e) Por todo lo cual, al haberse aplicado a un matrimonio sujeto al Derecho Civil de Mallorca, el artículo 1.320 del Código Civil (aunque lo haya sido vía derecho supletorio), y no el régimen propio de estas islas, se han infringido, por falta de aplicación, los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, (además de haberse infringido por aplicación indebida el referido artículo 1.320 C.C.); lo que determina, repetimos, la procedencia de la estimación del presente motivo.

QUINTO.- La tesis de la inaplicabilidad del artículo 1.320 C.C. a los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca- eje central del fundamento de Derecho anterior y desencadenante de la estimación del motivo-, queda contrastada y reforzada, por vía colateral o indirecta, si se contemplan las incidencias acaecidas en el Derecho catalán, en relación precisamente con el tan citado artículo 1.320 del Código Civil x con un precepto reglamentario: el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario.

La primitiva Compilación de Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1960 de 21 de julio), en sus artículos 7 y 11, regulaba el régimen de separación de bienes de los cónyuges sujetos al Derecho catalán y sus facultades de disposición, sin alusión alguna a la necesidad de asentimiento de ambos esposos para la disposición de la vivienda familiar.

En 1.982, tras haberse producido la reforma del Código Civil que introdujo -entre otras novedades- el actual artículo 1.320 C.C. (Ley 11/1.981), el Gobierno Central procedió a dictar el R.D. 3215/1.982 sobre reforma del



Reglamento Hipotecario, con la finalidad de adaptar, con carácter inmediato y urgente, el citado Reglamento a la reforma del Código Civil. Entre los numerosos artículos que fueron modificados figuró el artículo 91.1 de dicho Reglamento, al que se dio la siguiente nueva redacción: "1. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifieste así

Siendo el Reglamento Hipotecario aplicable en todo el territorio nacional (pues la "ordenación de los registros" es de competencia estatal: artículo 149.1, 8º C.E.) dicho nuevo artículo 91.1 R.H. (que trasladaba al campo registral lo preceptuado en el reformado art. 1.320 C. C.) automáticamente suponía-y supuso- la extensión de su aplicación en Cataluña.

La reacción del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya no se hizo esperar: Y así, el 27 de enero de 1.983 la Generalitat formuló ante el Gobierno de la Ilación un requerimiento de incompetencia. Requerimiento que fue aceptado por dicho Gobierno Central, y que trajo como consecuencia una nueva modificación del citado artº 91.1 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción, según el R.D. 2388/1984 del 10 de Octubre pasó a ser la siguiente (que es la vigente en la actualidad) "Cuanto la Ley, aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

Supuso, pues, este R.D. 2388/1984 un reconocimiento expreso por parte del Gobierno Central de que el artículo 1.320 del Código Civil no es de aplicación general a todo el territorio nacional, sino que solamente lo es "cuando sea aplicable"; o, lo que es lo mismo, que no lo es en los territorios de Derecho propio que no exijan expresamente el consentimiento de ambos cónyuges para los actos dispositivos de referencia.

Las aludidas sucesivas modificaciones del citado art. 91 R.H. -que nada tienen de anecdóticas- así lo evidencian inequívocamente.

Posteriormente, la Generalitat de Catalunya, mediante Ley 13/1984 de 20 de Marzo, adaptó su Compilación a 1 os principios constitucionales, publicando el Texto Refundido de la misma por D. L. 1/1.984 de 19 de Julio, en cuyo Texto se mantuvo el régimen de separación de bienes, en defecto de pacto, con reconocimiento a cada cónyuge de la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios (art 7), sin recoger, por tanto, el contenido a doctrina que establece el artículo 1.320 del Código Civil.

Y... sólo bastantes años después, concretamente en 1.993, mediante Ley 8/1.993 de 30 de Septiembre, el Parlamento de Catalunya decidió cambiar de criterio, y estimó oportuno introducir en su Compilación una norma de contenido idéntico a la del tan repetido artículo 1.320 del C.C., incorporándola al efecto en su artículo 9º.

Esta vigente, pues, hoy, en Catalunya la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre "la vivienda habitual necesaria para la vida familiar" (o, en su defecto, la exigencia de la autorización judicial: Pero rige tal norma-casi no importa recalcarlo-, no por aplicación del Código Civil, sino porque una Ley del Parlament de Catalunya así lo ha acordado.

Con todo ello, pues, se evidencia aunque sea indirectamente, la solidez y corrección de la tesis expuesta en el fundamento de Derecho anterior; y, por otro lado, se abre paso a la contemplación de lo sucedido en Mallorca, que- como expondremos luego en el fundamento SEPTIMO- ha discurrido, hasta el presente, por senderos distintos a los de Catalunya.

SEXO.- 1.- Supuesto cuanto queda anteriormente dicho, cabe indagar, en otra perspectiva-y con finalidad fundamentalmente dialéctica-, la posible existencia de otros cauces o derroteros a través de los que pudiera tener virtualidad en Mallorca una norma de contenido similar a la del debatido artículo 1.320 del Código Civil. Perspectiva ésta que tiene especial interés desde el punto y el momento en que la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso alude, en apoyo de la tesis de su aplicabilidad, a principios de orden constitucional, cuales son, por un lado, el principio de protección de la familia contenido en el art. 39 C.E. y el principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer en orden al matrimonio del art. 32 C.E.

Tal planteamiento aboca enseguida a una cuestión, de matiz constitucional, que (aunque no ha sido abordada por las partes en momento alguno) merece aquí una referencia: ¿Hasta qué punto la Constitución Española exige una norma como la establecida por el art. 1.320 C.C.? Y..., consecuentemente, ¿hasta qué punto el art. 3.1 de la Compilación Balear podría ser inconstitucional por omisión, al no exigir el consentimiento del cónyuge para actos dispositivos sobre la vivienda familiar?



Tal cuestión tiene, al criterio de esta SALA, una clara y sencilla solución: Una solución que se concreta recordando que la protección jurídica, económica y social de la familia, como principio rector de la política social y económica (art. 39 C. E .) puede darse de muchas maneras, y que ni dicho art. 39, ni el 32, ni ningún otro precepto imponen una medida concreta al efecto. Ello aparte de que el art. 53.3 de la propia C.E . establece claramente que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero (del que forma parte el art. 39 C.E .) informará la legislación positiva ", pero " sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Por otro lado, es patente, que, respecto a la llamada "vivienda familiar", el cónyuge no titular ostenta un simple "interés jurídicamente protegido" (-recuérdese, si respecto, la doctrina del T. C. diferenciando los conceptos de "derecho" e "interés jurídicamente protegido"-), cuya protección en base a los indicados principios constitucionales, implicaría el relegamiento y la preterición de otros, valores e incluso derechos" constitucionalmente protegidos, como es concretamente el derecho de propiedad (arte 33 C.E .) al que se hará objeto de una nueva limitación.

Hay que concluir, pues, que ninguna sombra de inconstitucionalidad puede proyectarse sobre la regulación contenida en los artículos 3, 4 y 5 de la Compilación Balear , y que de los preceptos constitucionales invocados no fluye en modo alguno la necesidad de exigir el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda habitual familiar.

2.- Desde otro ángulo, y en otra perspectiva distinta, debe aludirse seguidamente a la "paradoja" que, según la sentencia recurrida, se daría en el ámbito del Derecho balear, de no admitirse la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil , al estar menos protegido el cónyuge no titular de la casa familiar durante la convivencia normal del matrimonio que el consorte a quien una sentencia de separación, nulidad o divorcio le atribuya el uso de la vivienda familiar. (Ex artículos 90 y siguientes C.C)

Aunque la paradoja pueda ser cierta, ella no justifica, a juicio de esta SALA, que deban hacerse extensivas a los supuestos de normal convivencia conyugal unas normas establecidas precisamente para casos de patología matrimonial-separación, nulidad, divorcio-; por la misma razón que las personas sanas no son sometidas, en previsión de que lleguen a estar enfermas, al mismo régimen o terapia al que se sujeta a las que de hecho enferman. Obsérvese, en esta misma línea, que las normas de los artículos 90 y siguientes del Código Civil están establecidas para supuestos anormales de tensión y desconfianza entre los cónyuges (o ex-cónyuges), que requieren medidas especiales y, concretamente, una sentencia judicial. De modo, pues, que el origen de la asignación de la vivienda conyugal no está en el régimen económico matrimonial sino precisamente en la sentencia que así lo acuerda.

Por lo demás, y como argumento definitivo, debe tenerse en cuenta que es la Ley -y no un Tribunal de Justicia- el que dicta y ordena los cauces a través de los que luego se han de resolver las situaciones y los conflictos; y que a los términos de dicha Ley (sean éstos más o menos acertados) todos debemos atenernos.

3.- Tampoco la posible ineffectividad del artículo 70 del Código Civil , si no se blinda su cumplimiento a través de una norma del corte de la del artículo 1.320 del Código Civil , justifica la exigencia o aplicabilidad de tal norma en Mallorca.

Porque -aparte de que en el caso de- autos, obviamente, no concurrió maniobra alguna del marido al respecto- es patente que si torticeramente se produjera una actuación de tal sino, el mismo Código Civil, en su artículo 6.4 y en su artículo 7.2 , brinda, a través de la acción en fraude de ley y de la doctrina sobre el abuso de derecho, una solución adecuada para corregir judicialmente tan ilegítima actuación, salvaguardando de este modo el interés familiar.

4.- La Sentencia del T.S. de 31 de Diciembre de 1.994 (citada en la sentencia recurrida), ciertamente, mantiene que el artículo 1.320 del Código Civil es "de aplicabilidad general con independencia del régimen patrimonial del matrimonio". Mas, a juicio de esta SALA, tal afirmación debe entenderse referida, a los regímenes matrimoniales regulados por el Código Civil, no, a los que están sometidos a legislaciones extrañas al mismo, como es el caso que nos ocupa. Ello aparte de que otra sentencia muy reciente del mismo Tribunal Supremo, la de fecha 19 de Noviembre de 1.997 , mantiene tesis contraria a aquélla, sosteniendo textualmente que "no es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes; en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro", si bien, ciertamente tal pronunciamiento está referido al artículo 1.322 del mismo Código Civil .

5.- Por último, y de otro lado, debe destacarse, corroborando -desde otra óptica- cuanto queda ya dicho, que el texto de la Compilación Balear, y concretamente su artículo 4.1 , (establecedor de la afección de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares), en modo alguno constituye soporte adecuado para



estimar que en Mallorca deba exigirse el asentimiento del cónyuge no titular en la realización de actos de disposición sobre la vivienda familiar.

Ello, en primer lugar, por cuanto el concepto de "cargas familiares" se circunscribe a los gastos originados por el sostenimiento de los miembros de la familia, esposos e hijos, y la educación de éstos, acomodados a los usos y circunstancias de la familia: Es decir, gastos destinados al consumo o cuyo objeto primordial sea el disfrute por parte de la familia, pero no las operaciones destinadas a la inversión.

Y, en segundo lugar, porque, de haberse así querido por el legislador, se hubiese plasmado en el artículo 4 de la misma Compilación, en el que, por remisión del art. 3.2, último inciso, se contienen las excepciones o salvedades a la regla general a principio de libre disponibilidad de los cónyuges sobre sus bienes.

SEPTIMO.- Al hilo de lo que acaba de expresarse, hay que aludir, finalmente, al "iter legislativo" (o quizás mejor, al "iter parlamentario") de la actual normativa del Texto Refundido de la Compilación de 1.990, el cual aporta una luz decisiva al respecto.

En efecto, al acometerse hacia 1.990 la reforma de la primitiva Compilación Balear de 1.961, para adaptarla a la Constitución y a los tiempos modernos, la Comisión de Juristas encargada de elaborar el Proyecto-integrada por cualificados y prestigiosos profesionales del Derecho- tuvo muy presente la cuestión debatida en este Juicio, hasta el punto de que incluyó en su Proyecto un artículo de contenido casi idéntico al del artículo 1.320 del Código Civil.

Pero... es lo cierto que, más tarde, como consecuencia del debate parlamentario del Proyecto de Ley, el Parlament de les Illes Balears -en quien está encarnada la potestad legislativa y que representa al pueblo de las islas Baleares (art. 19 del Estatuto de Autonomía)- decidió eliminar del texto debatido la referida reforma, por cuanto su inclusión o aceptación-se llegó a decir- "equivaldría a insertar una cura extraña al sistema de separación matrimonial vigente en Bares a falta de capitulaciones". (Y de ello, por cierto, deja constancia expresa la Audiencia Provincial de Palma, en su sentencia, al transcribir la frase que acabamos de entrecomillar). Véase, por lo demás, "Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears" número 93, págs. 7.099 y siguientes.

Hubo, pues, un rechazo expreso de parte del Parlament Balear a la inclusión de una norma restrictiva del "ius disponendi" del cónyuge titular de la vivienda familiar: Un rechazo expreso que disipa cualquier duda que pudiese plantearse al respecto sobre cuál es el tenor de nuestra Compilación en relación con la cuestión, tanto desde la óptica de la "mens legislatoris", como según el criterio (hoy dominante) de la "mens legis" Un rechazo que obliga a esta SALA, cuya misión es la de aplicar la ley, (art. 117 Constitución y art. 2 L.O.P.J.) a atenerse al texto de la Compilación y a no suplantar al Parlament en su función legislativa-exclusiva y excluyente- dando virtualidad a una norma inexistente, por muy acertada y justa que ésta pudiese estimarse.

Han transcurrido dieciocho años desde la reforma del Código Civil de 1.981 introductora del art. 1.320 del Código Civil, y en nuestra isla se ha mantenido sin modificación alguna el régimen de separación de bienes en los términos expresados en los artículos de la Compilación. Lo que acredita su plena vigencia, y hacen buenas las palabras, ya centenarias, de D. Pedro Ripoll y Palou, Vocal de la Comisión General de Codificación del Reino, que en su conocida "Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de las Baleares, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de Febrero de 1.880 " decía: "Los bienes de los casados revisten en este país un carácter asimismo excepcional (sic) tan encarnado en nuestras costumbres que la introducción de nuevas leyes respecto de ellas produciría lamentablemente conflicto".

..... "La completa separación de patrimonios entre el marido y la muger (sic) ha producido naturalmente una verdadera independencia en la adquisición de los bienes y esta circunstancia presta tal carácter y tal distintivo a la familia que sería difícil en su actual organización que pudiese acomodarse a otro sistema".

Por lo demás, no desconoce esta Sala 1ª posibilidad (o quizás la conveniencia), "de lege ferenda", de que, en el futuro, mediante una Ley del Parlament Balear, pudiera incorporarse al texto de la Compilación Balear- siguiendo la pauta de la Compilación de Catalunya- una norma del tenor del art. 1.320 del Código Civil. Pero mientras ello no ocurra (si es que llegare a ocurrir), es insoslayable que el artículo 1.320 del C.C. y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín, como pudieran serlo las normas existentes en el derecho alemán o el derecho inglés reguladoras de la cuestión planteada. Y por ello, obviamente, son inaplicables.

OCTAVO.- El SEGUNDO MOTIVO de casación está interpuesto al amparo del ordinal 4º del art. 169.2 L.E.C., con carácter subsidiario. En él se denuncia la infracción del artículo 1.320 y demás concordantes del Código Civil, sosteniéndose que, en el peor de los casos, podría anularse la constitución de la hipoteca pero no la operación de préstamo concertada entre las partes.



Dada la estimación del PRIMER MOTIVO, y con él la del presente recurso, huelga el estudio de este segundo motivo.

Respecto a la imposición de COSTAS, en atención a lo dispuesto por el artº 1.715 de la L.E.C ., y dadas las circunstancias concurrentes, procede no hacer especial imposición de costas de las causadas en este recurso extraordinario y ni en las dos instancias.

Por todo lo expuesto, EN NOMBRE DEL REY,

FALLAMOS

Que con estimación del presente recurso interpuesto por el Procurador D. Miguel Socias Rosselló, en nombre y representación del "BANCO DE SANTANDER, S.A.", casamos anulamos totalmente la sentencia recurrida de fecha 4 de Febrero de 1.988 dictada por la Sección Carta (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el procedimiento al que este recurso se refiere, y desestimamos consecuentemente la demanda instauradora de la litis. Sin imposición de costas de ninguna de las dos instancias, ni de las del presente recurso extraordinario.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese a la Audiencia Provincial (Sección 4º -Plan de Apoyo-) la correspondiente certificación de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior sentencia por el ILMO. SR. D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA, Ponente que ha sido en el trámite de estos autos, estando celebrando audiencia pública esta SALA en el día de hoy; de lo que como Secretario doy fe.