

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXI ○ Marzo-Abril 1985 ○ Núm. 567

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	287
«La propiedad urbana: orientaciones actuales. Clasificación del suelo según la Ley del Suelo. Limitaciones en la propiedad del suelo por razones de ordenación urbana. La legislación de protección oficial. Limitaciones que impone», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA ...	321
«Configuración doctrinal de las adquisiciones <i>o non domino</i> », por MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ	343
«El derecho a completar la letra en blanco», por JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA	353

NOTAS:

«La renuncia de derechos en relación con los menores», por ANTONIO MORO SERRANO	381
«Legitimación de las certificaciones de los acuerdos de la Junta General (o Consejo). Artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil», por JOSÉ ANTONIO RUIZ RICO	395

JURISPRUDENCIA:

II. Jurisprudencia comentada:

«Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y de 28 de mayo de 1973)», por JOSÉ CERDÁ GIMENO	407
--	-----

III. Resoluciones y sentencias:

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1.º Jurisprudencia civil, por FRANCISCO CASTRO LUCINI, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ ...	479
2.º Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ...	526

III. Resoluciones del TEAC, por FRANCISCO-JOSÉ FLORÁN FAZIO.	531
--	-----

LIBROS:

«Muslims, Christians, and Jews in the Crusader Kingdom of Valencia. Societies in Symbiosis», de ROBERT I. BURNS, por MARIANO PESET	539
«La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción del contrato sacramento», de MANUEL GERPE GERPE. «La indisolubilidad del matrimonio en el derecho anglicano», de Rfos BOSSINI. «La convalidación del matrimonio civil», de CAMARERO SUÁREZ. «Comentario a tres monografías sobre el origen de la teoría del matrimonio civil», por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	542
«Derecho civil», de PASCUAL MARÍN PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	547
«Seminario sobre la reforma del derecho de familia», de JUAN ROCA JUAN	553
«Scritti in memoria di Domenico Barillaro», de publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	557
«Los derechos del hombre», de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	563

ESTUDIOS



La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad

(Segunda parte)

Vamos a estudiar en esta segunda parte los efectos del acuerdo de reparcelación y los supuestos abreviados de reparcelación.

II: EFECTOS DEL ACUERDO DE REPARCELACION Y SU EXAMEN DESDE LA PERSPECTIVA REGISTRAL

El apartado 1 del artículo 100 del Texto refundido de la Ley del Suelo se ocupa de estos efectos, estableciendo lo siguiente:

«El acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá los siguientes efectos:

- a) Cesión de derecho al municipio en que se actúe en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio del suelo o su afectación conforme a los usos previstos en el Plan.
- b) Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas.
- c) Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.»

Me ocuparé en primer lugar de la subrogación real, que es el efecto que plantea mayores problemas, y después de los otros dos.

A) EL EFECTO DE LA SUBROGACIÓN REAL

Acabamos de ver cómo lo señala el apartado *b)* del artículo 100 del Texto refundido de la Ley del Suelo, sin ninguna limitación.

Sin embargo, según el artículo 122 del Reglamento de Gestión Urbánística, caben dos posibilidades en este aspecto: la subrogación real y la adquisición originaria.

Según dicho precepto del Reglamento de Gestión, la subrogación real sólo tiene lugar cuando «quede *claramente* establecida la correspondencia entre unas y otras» (entre las antiguas y las nuevas fincas). Y añade lo siguiente: «Cuando no haya una *exacta* correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo.»

Aquí hay, en primer lugar, un problema de jerarquía normativa: ¿se ha excedido el Reglamento de Gestión respecto al Texto refundido de la Ley del Suelo? La pregunta es obligada, puesto que la Ley del Suelo habla *en todo caso* de subrogación real, y, en cambio, en el Reglamento de Gestión se prevén esas dos posibilidades contrapuestas: la subrogación real y la adquisición originaria; y establece concretamente que sólo hay subrogación real cuando exista «exacta correspondencia de fincas», exigiendo encima esa «exactitud» que puede ser difícil en la práctica y dar al traste en definitiva con el efecto fundamental de subrogación real que la Ley del Suelo establece claramente.

El fundamento de esta «desviación» reglamentaria podría intentarse encontrarlo siempre que se pretenda como una excepción de la regla general de subrogación real, pues en el propio Texto refundido de la Ley del Suelo hay algunos indicios que permiten sentar alguna excepción de la subrogación real. Así, en el artículo 99, 1, *a)*, se dice que «el derecho de los propietarios será *proporcional* a la superficie de las parcelas respectivas en el momento de la aprobación de delimitación del polígono», con lo que está reconociendo la regla general de subrogación real; pero en el apartado *e)* del citado artículo 99 se alude a la posibilidad de «diferencias de adjudicación», que «serán objeto de compensación económica entre los interesados, valorándose al precio medio de los solares resultantes». Por tanto, podría pensarse que, desde la perspectiva de la propia Ley del Suelo, tratándose de excesos de adjudicación, no cabe subrogación real, por no darse esa proporcionalidad, lo que confirmaría

a efectos fiscales el artículo 102, 1, de la misma Ley, a que antes se ha hecho referencia. No obstante, hay que reconocer que una cosa es admitir diferencias de adjudicación y otra diferente excluir en tal supuesto el efecto de la subrogación real, pues si no, se da prevalencia a lo accesorio sobre lo principal, máxime teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con supuestos de herencia con excesos de adjudicación, en que se destaca que el título adquisitivo debe considerarse que es el de herencia, a pesar de existir diferencias de adjudicación. Por otra parte, respecto a la diferencia entre permuta y compraventa en casos en que el precio es en parte una cosa y en parte dinero, el criterio a seguir es el mayor valor de la cosa o del precio. Ha de tenerse en cuenta que en las reparcelaciones no se prevén por regla general diferencias de adjudicación superiores al 15 por 100, lo que llevaría a la conclusión de que no por existir tales diferencias habría de desnaturalizarse el efecto normal de subrogación real previsto en la propia Ley.

De todos modos, podría seguirse el intento de argumentación en favor de la adquisición originaria en tales casos, apuntando que los titulares de derechos reales podrían salir beneficiados o perjudicados con la subrogación real, según los casos, pues sus derechos podrían llegar a recaer sobre finca totalmente diferente a la antigua, lo que supondría una extensión o disminución de derechos. Claro que frente a esto también podría decirse que tales titulares de derechos reales son parte en el expediente de reparcelación, cabiendo las compensaciones correspondientes a favor o en contra de los mismos.

También podría decirse que el apartado 2 del artículo 102 del Texto refundido de la Ley del Suelo se remite con carácter supletorio a la legislación de expropiación forzosa, lo que podría fundamentar la *extinción* de los derechos reales en tales supuestos, en lugar de producirse subrogación real, con lo que en definitiva se llegaría a la admisión de la adquisición originaria. De todos modos, esto habría que referirlo a los derechos que excepcionalmente fueran incompatibles con el planeamiento.

Creo que la solución del problema debería haber sido la de admitir el efecto de subrogación real en todo caso, conforme a la Ley, si bien solucionando el problema de los posibles excesos o defectos de adjudicación a través de los correspondientes mecanismos indemnizatorios entre los interesados. Así, por ejemplo, si como consecuencia de la nueva adjudicación los titulares de derechos reales pasan a recaer sobre fincas de un mayor valor, deberían contribuir todos ellos en el pago de la compensación correspondiente a quien corresponda. Y si la finca sobre la

que recaerán es de menor valor, a ellos también habría de ir a parar parte de la compensación pertinente.

Quizá todo esto le haya parecido demasiado complicado al Reglamento de Gestión y, por ello, haya optado por prescindir en esos supuestos del efecto de la subrogación real, si bien es cierto que entonces queda en entredicho de alguna manera la regla prevista en la Ley del Suelo acerca de la subrogación real sin distingos.

De todos modos, el Registrador de la Propiedad no parece pueda entrar a calificar este problema de jerarquía normativa en este caso en que no es unívoca la interpretación de una extralimitación del Reglamento de Gestión, cuya nulidad no se ha planteado, por lo que si en el título de reparcelación se configura una adquisición como «originaria» en lugar de tener como base la «subrogación real», a dicho título hay que estar. Lo que el Registrador de la Propiedad ha de exigir en tal supuesto es que se cumplan las garantías precisas en relación con los titulares registrales, sobre todo cuando en lugar de producirse la figura de la subrogación real se plantea una adquisición originaria de efectos muy diferentes. Esa es su función en este problema, y sobre ello volveremos más adelante, al hablar de la adquisición originaria en concreto.

En definitiva, después de este planteamiento inicial, procede distinguir los dos supuestos previstos reglamentariamente: el de la subrogación real y el de la titulación o adquisición originaria.⁴

El supuesto de subrogación real

Hemos visto que, según el Reglamento de Gestión Urbanística, para la subrogación real se requiere que haya exacta correspondencia entre la finca antigua y la nueva que se adjudica. La correspondencia se refiere a la equivalencia de valor entre una y otra finca, y no necesariamente a la «identidad» de la finca, pues entonces no estaríamos ante la «subrogación real», sino ante una «igualdad de finca», que sólo se da en los casos excepcionales previstos en los artículos 89, 90 y 92 del Reglamento de Gestión y en la reparcelación simplemente económica.

En cuanto al problema de si el Registrador debe calificar y exigir que en el título de reparcelación conste si existe o no esa correspondencia entre la finca antigua y la nueva, la solución ha de ser la afirmativa, pues el artículo 113, 1, b), del Reglamento de Gestión así lo exige expresamente, y además, según el artículo 122, 1; del mismo Reglamento, para que se dé la subrogación real ha de quedar «claramente establecida la correspondencia», por lo que, dadas las distintas consecuencias entre la subrogación real y la adquisición originaria, el acuerdo de reparcelación

debe señalar expresamente si existe o no tal correspondencia de fincas, y cuál sea esa correspondencia respecto a cada finca en el caso de que se dé efectivamente.

Por lo que se refiere a las manifestaciones de la subrogación real, a efectos de inscripción, las mismas se refieren al aspecto de la titularidad del dominio y a las cargas o derechos reales existentes.

Respecto a la titularidad de dominio, la subrogación real se manifiesta en la subsistencia y mantenimiento del mismo título de adquisición de la finca, a pesar del cambio de objeto, de tal manera que el título de propiedad de la nueva finca como consecuencia de la reparcelación será, en definitiva, el mismo que tuviese la antigua finca que ha sido reemplazada por la nueva. Si aquella finca fue adquirida por herencia, el título de la nueva finca será de herencia a todos los efectos. Y lo mismo ha de decirse respecto a cualquier otro título adquisitivo de la antigua finca. En la inscripción de la nueva finca ha de expresarse que la adjudicación se produce como consecuencia de la «reparcelación», pero el título adquisitivo de la finca es en sentido propiamente dicho el de la finca antigua de procedencia, y ello precisamente en virtud del mecanismo de la subrogación real en su manifestación de titularidad de dominio. Junto al «título inmediato» de reparcelación está el «título mediato» de la finca de procedencia.

En cuanto a la otra manifestación de la subrogación real, es decir, la referente a los derechos reales o cargas, la consecuencia es que, por efecto de la subrogación real, todos los derechos reales y situaciones jurídicas que existieran sobre las fincas antiguas se trasladan y recaen sobre las nuevas fincas, y ello tiene el consiguiente reflejo registral en el nuevo folio, recogiendo todos esos derechos reales, cargas y situaciones jurídicas que pesaban sobre las antiguas fincas sustituidas por las nuevas.

El problema de las cargas incompatibles dentro del ámbito de la subrogación real

Aunque la regla general dentro de la subrogación real es que las cargas se trasladen a las nuevas fincas, cabe por excepción que las cargas se pongan en entredicho de momento y, a pesar de todo, haber subrogación real debido a que la titularidad de dominio se mantiene idéntica, en los mismos términos que respecto a la finca antigua, y que la titularidad de otras cargas es objeto de traslado a la nueva finca. Por tanto, estamos en el ámbito de la subrogación real, y a pesar de ello puede darse esta especial situación de ciertas cargas que se mantienen en estado de interrogación.

La regla general es que las titularidades existentes sobre las fincas

antiguas quedan referidas sin solución de continuidad a las correlativas fincas resultantes que se adjudican en su mismo estado y condiciones (así, el artículo 122, número 2, del Reglamento de Gestión).

Pero la posibilidad de incompatibilidad de ciertas cargas con la nueva situación resulta del número 3 del artículo 101 del Texto refundido de la Ley del Suelo, que establece lo siguiente: «Si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes sobre las fincas nuevas, y en este último supuesto su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva en la cuantía en que la carga fuera justipreciada.»

En vista de este artículo, no puede hablarse de «extinción» de esas cargas desde el punto de vista registral, aunque en el artículo 122, 2, del Reglamento de Gestión se escape la frase de «sin perjuicio de la extinción de los derechos y cargas que resulten incompatibles con el planeamiento». Claro que luego veremos la posible interpretación de este párrafo del artículo 122, 2. La concordancia con el artículo 101, 3, del Texto refundido de la Ley del Suelo se manifiesta en el artículo 123 del Reglamento de Gestión, que en sus apartados 1 y 2 dice lo siguiente:

«1. En los casos de subrogación real, si existiesen derechos o cargas que se estimen incompatibles con el planeamiento, el acuerdo de reparcelación deberá declararlo así y fijar la indemnización correspondiente, sin perjuicio de lo que en su día resuelvan los Tribunales ordinarios al respecto.

2. En tales casos, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el asiento correspondiente y los interesados podrán acudir al Juzgado competente a los efectos prevenidos en el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo.»

Ahora veremos que registralmente no puede hablarse de «cancelación» (extinción registral de los derechos) mientras no se decrete así por el órgano correspondiente, pues de momento el Registrador se limita a hacer constar en el asiento la situación jurídica de previa declaración de incompatibilidad. Esto no puede olvidarse a la hora de interpretar esa especie de «mención» que ha de consignarse en el asiento.

Realmente, esta cuestión de las cargas incompatibles plantea numerosos problemas.

En primer lugar, hay que comparar la expresión del artículo 101, 3, de la Ley del Suelo, que alude a «*carga incompatible con la nueva situa-*

ción o característica de la finca», bastante amplia, con la que emplea el Reglamento de Gestión, al referirse solamente a las «*cargas incompatibles con el planeamiento*».

Dentro de la primera expresión, la de la Ley del Suelo, caben dos causas de incompatibilidad:

a) La incompatibilidad que podríamos denominar de carácter «civil», consistente en no poder trasladarse la carga a la nueva finca resultante por la naturaleza misma del derecho real en que consiste dicha carga. En este sentido de incompatibilidad resultante del Derecho civil, JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ cita los casos en que el derecho real se constituye en contemplación a un bien determinado y sólo a él, es decir, *uti singuli*, en los que la desaparición del objeto provocará su extinción (así, cita el usufructo sobre plantaciones concretas o sobre un monte; el derecho de habitación, aunque pienso yo que el ejemplo de este derecho no siempre será adecuado, salvo que el destino de la nueva finca no sea a habitación, sino a locales comerciales; el derecho de opción inscrito, cuando el bien que sustituye al aportado tiene unas características diferentes de aquel sobre el que se constituyó, como puede ocurrir si se unen varias parcelas en una sola de replazo que fuere indivisible).

b) La incompatibilidad por estrictas razones de planeamiento urbanístico, que podría configurarse como una incompatibilidad de tipo «administrativo» o «urbanístico», porque, en vez de referirse a la relación jurídica civil *inter partes*, como es la anterior, incide en la relación jurídica administrativa, o sea la existente entre la Administración y el administrado, por estar en juego el cumplimiento de la normativa del propio plan urbanístico.

Parece que deberían diferenciarse estos dos tipos de incompatibilidades, dada la distinta *ratio* y consecuencias de una y otra, aunque en la normativa existente no haya demasiada claridad en este aspecto.

La Ley del Suelo emplea una fórmula omnicomprendiva, que podía haberse desarrollado a escala reglamentaria, distinguiendo los dos supuestos, pero el Reglamento de Gestión no hace ningún desarrollo, sino que se limita a hablar de incompatibilidad derivada del «planeamiento».

Quizá haya base para interpretar que el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo se ha querido referir exclusivamente a la incompatibilidad que hemos denominado «civil», y que el artículo 123 del Reglamento de Gestión ha desarrollado, aludiendo a la denominación de *incompatibilidad derivada del «planeamiento»*, pero que, por referencia a los Tribunales ordinarios, tendría que ser la incompatibilidad por razones «civiles».

En cambio, el artículo 122, 2, del Reglamento de Gestión podría referirse a la incompatibilidad «urbanística» o «administrativa», pues alude

a la «extinción de los derechos y cargas que resulten incompatibles con el planeamiento», y esa «extinción» opera en virtud del acuerdo mismo de reparcelación (título administrativo), dado lo dispuesto en el artículo 125 del mismo Reglamento, según el cual «respecto de los derechos y cargas que deban extinguirse y de las plantaciones, obras, edificaciones, instalaciones y mejoras que deban destruirse, el acuerdo de reparcelación tendrá el mismo efecto que el acta de ocupación a efectos expropiatorios». Por otra parte, el fundamento de este último precepto se encuentra en la propia Ley del Suelo, pues el número 2 de su artículo 102 establece que «se aplicarán supletoriamente a la reparcelación las normas de la expropiación forzosa».

Si se acepta esta interpretación, tendríamos que en relación con la incompatibilidad «civil» el precepto aplicable sería el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo, desarrollado por el artículo 123 del Reglamento de Gestión; y en relación con la incompatibilidad «urbanística», los preceptos aplicables serían los artículos 122, 2, y 125 del citado Reglamento de Gestión.

Reconozco que no siempre será fácil distinguir entre una y otra incompatibilidad, pero los diferentes «intereses» en juego, *privados* en un caso (incompatibilidad civil) y *público-urbanísticos* en el otro (incompatibilidad administrativa), permitirán resolver la cuestión en cada caso concreto.

Una vez más, el Reglamento de Reparcelaciones ofrece soluciones valiosas en aspectos no del todo explicitados por el Reglamento de Gestión, y por ello hay que estimarlo aplicable con carácter supletorio también en relación con este problema de las clases de incompatibilidad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que los números 4 y 5 de dicho Reglamento de Reparcelaciones se refieren, respectivamente, a uno y otro supuesto de incompatibilidad. Así, el número 4, en relación con la incompatibilidad «civil», establece lo siguiente: «Los interesados podrán, conforme a lo dispuesto en el artículo 82, 4, de la Ley del Suelo (hoy, 101, núm. 3, del nuevo texto), acudir al Juzgado de Primera Instancia para que resuelva sobre la transformación de las cargas no susceptibles de subrogación real, valorándolas conforme a la Ley del Suelo para convertirlas en crédito garantizado con hipoteca sobre las nuevas fincas. En ningún caso se interrumpirá la tramitación del expediente, entendiéndose las actuaciones en lo pertinente con el Ministerio fiscal. Por igual procedimiento se resolverá, si no hubiere acuerdo, la distribución de los gravámenes entre las fincas de un mismo propietario.»

Y el número 5 del citado artículo 32 del Reglamento de Reparcelaciones, en relación con la «incompatibilidad urbanística», establece lo siguiente: «Las servidumbres prediales incompatibles con la nueva orde-

nación serán expropiadas, valorándose conforme a los preceptos generales, y su justiprecio se satisfará con cargo a los gastos del proyecto. Las inscritas en el Registro de la Propiedad se cancelarán en virtud del título de reparcelación, que a tal fin las mencionará expresamente. La valoración se realizará de oficio o a instancia de los interesados al efectuar la prevista en el artículo 10 de este Reglamento. En caso de desconocerse entonces su existencia podrá valorarse con posterioridad, sin detenerse para ello la tramitación.»

La aplicación del Reglamento de Reparcelaciones la referimos exclusivamente a la distinción de esos dos supuestos de incompatibilidad, no al detalle de regulación en uno y otro caso, en que actualmente hay que estar a la normativa vigente, pero puede aplicarse con carácter supletorio.

La interpretación aquí dada se confirma si se tiene en cuenta que el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo se refiere al «*Juzgado competente* para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad», con lo que parece que la competencia corresponde a la jurisdicción civil ordinaria, pues en lo contencioso-administrativo hay Salas y no Juzgados. El artículo 123 del Reglamento de Gestión lo aclara expresamente al referirse a los «tribunales ordinarios». Pero todo esto significa que la incompatibilidad de que se trata es la que he denominado «civil», pues no se explicaría que la incompatibilidad de carácter «administrativo-urbanístico» fuera resuelta por los Tribunales ordinarios.

Por tanto, en mi opinión, el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo y el 123 del Reglamento de Gestión se refieren exclusivamente a la incompatibilidad civil, tal como la he definido más arriba, siendo plenamente acertado que los Tribunales de la jurisdicción civil ordinaria sean los que tengan la última palabra en un asunto entre partes.

En cambio, respecto a la «incompatibilidad urbanística» o derivada del «planeamiento administrativo», en que es la propia Administración actuante la que tiene interés en decretar la incompatibilidad y en que la indemnización es fijada administrativamente «con arreglo a las normas que rigen la Ley de Expropiación Forzosa», no parece lógico que tengan que entender del asunto los Tribunales ordinarios, pues se trata de una materia contencioso-administrativa, al ser parte interesada la propia Administración urbanística.

Ante esta situación, JOSÉ LUIS LASO se extraña de que los «tribunales ordinarios» puedan volver a valorar la carga, cuando la indemnización es revisable ante lo contencioso-administrativo. Pero, en mi opinión, la cuestión se resuelve estableciendo esa distinción acerca de la clase de incompatibilidad, entendiendo que la actuación de los Tribunales ordinarios es procedente cuando se trata de incompatibilidad civil que afecta

únicamente a las partes de la relación jurídica real en cuestión, pero no cuando la incompatibilidad la decreta la Administración actuante, atendiendo exclusivamente al interés público derivado del planeamiento, pues entonces actúa no como simple «árbitro», sino con *imperium*, de modo similar a la expropiación forzosa (confróntese el citado artículo 125 del Reglamento de Gestión), siendo entonces la actuación administrativa revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Habría que interpretar, en definitiva, que la Ley del Suelo se ha querido referir en el artículo 101, 3, exclusivamente a la incompatibilidad civil —única que cabe plantear y resolver dentro del tema civil de la subrogación real—, y que el artículo 123 del Reglamento de Gestión, aunque alude impropiaamente a la incompatibilidad derivada del planeamiento, se refiere a la incompatibilidad civil del derecho real en cuestión, que le impide pasar a recaer sobre la finca resultante del planeamiento. Por eso, precisamente, se alude a los «Tribunales ordinarios» y a la figura de la «subrogación real».

La incompatibilidad administrativo-urbanística estaría regulada en los artículos 122, 2, y 125 del Reglamento de Gestión Urbanística y completada su regulación por el citado número 5 del artículo 32 del Reglamento de Reparcelaciones, de todos cuyos preceptos resulta que en estos casos lo que procede es la «extinción» de las cargas incompatibles en virtud de la indemnización correspondiente.

Y es que cuando la discrepancia es exclusivamente entre particulares —relación jurídica privada—, y la Administración actúa en el expediente de reparcelación como una especie de árbitro que configura el título inscribible, cabe acudir en definitiva a los Tribunales ordinarios para que resuelvan si procede o no la subrogación real de la carga y cuál es la valoración del derecho incompatible con la nueva situación. En cambio, cuando es la propia Administración la que declara incompatible la carga por razones exclusivamente urbanísticas, actúa con *ius imperium* y se produce una relación jurídica administrativa, por lo que los Tribunales competentes no deberían ser los de la jurisdicción ordinaria, sino la jurisdicción contencioso-administrativa, y la idea central a aplicar, la de la expropiación forzosa y no la subrogación real. En el primer caso (incompatibilidad civil) el expediente administrativo de reparcelación cumple con señalar provisionalmente la titularidad de la carga como incompatible (titularidad dudosa o posiblemente litigiosa). En el segundo caso, hay extinción de la carga por vía administrativa mediante la aplicación del mecanismo de la expropiación forzosa dentro de la reparcelación. No hay que olvidar que la reparcelación tiene en esencia un posible aspecto

expropiatorio, en ciertos supuestos (art. 101, 3, de la Ley del Suelo y artículo 125 del Reglamento de Gestión citado).

Constancia registral de la incompatibilidad de la carga

Una vez centrado el ámbito del problema, en el sentido de que el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo y el 123 del Reglamento de Gestión se refieren exclusivamente a esa incompatibilidad por razones «civiles», hay que tratar de explicar el sentido y alcance de la consignación registral a que aluden esos preceptos para tal supuesto.

Ante todo, hay que decir que la constancia registral hay que realizarla aunque se exprese en el acuerdo de reparcelación que el titular de la carga ha sido compensado en dinero, pues la última palabra la tienen, como es sabido, los Tribunales ordinarios. Unicamente, si consta el consentimiento del titular de la carga (art. 82 de la Ley Hipotecaria), podrá procederse a la cancelación de la misma. En otro caso, se consignará por el Registrador de la Propiedad esa declaración de incompatibilidad resultante del acuerdo de reparcelación, pero manteniendo la vigencia de la carga e incluso trasladándola al nuevo folio, si bien con esa especial matización.

Respecto a la naturaleza de tal constancia registral, creo que no tiene autonomía propia, sino que va unida a la subsistencia de la carga y a su traslado por subrogación real. Quiero decir que no puede independizarse de la propia carga. Eso sí, es un complemento de ella, en el sentido de puntualizar que, según el Registro, existe tal carga, pero que ha sido declarada incompatible por el acuerdo de reparcelación sin decretarse su cancelación.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ es el único autor que conozco que se haya ocupado de esta figura, y entiende que se trata de una constancia registral asimilable en sus efectos a una anotación de demanda del número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por lo que llega a la conclusión de que su plazo de duración, a efectos registrales, será de cuatro años, prorrogables en los términos del artículo 199 del Reglamento Hipotecario.

Aun considerando muy interesante esta aportación de JOSÉ LUIS LASO, no participo personalmente de tal interpretación, pues desde mi punto de vista la consignación registral de incompatibilidad es un complemento o aditamento de la carga registrada, la cual ha de quedar vigente en virtud de la subrogación real, sin que quepa aplicar la caducidad, pues, pasado el tiempo, la finca quedaría libre de esas cargas, con lo que sería de mejor condición el titular del dominio que el titular de la carga, y resulta que mientras los Tribunales ordinarios no decidan la cuestión deben quedar ambos titulares de la «relación discutida» en igual-

dad de planos. Además, si según los preceptos que prevén esa figura el Registrador «se limitará a hacerlo constar en el asiento correspondiente», se trata de una constancia incluida dentro del asiento definitivo de inscripción, respecto al cual no cabe aplicar la caducidad.

Aparte de hacer constar en el asiento la declaración administrativa de incompatibilidad, debe expresarse el justiprecio en que la carga haya sido tasada según la Administración actuante, pues luego puede ser convertida por decisión de los Tribunales ordinarios en una hipoteca en garantía de ese justiprecio (confróntese art. 123 del Reglamento de Gestión). Claro que los Tribunales ordinarios podrán justipreciar en su día la carga en un mayor o menor valor que el consignado administrativamente, con lo que, en definitiva, no dejará de ser de momento un dato informativo de la cuantía del valor, dado que lo importante para el tercero es saber que la carga todavía no está cancelada y que puede ser convertida en un derecho de crédito con garantía hipotecaria (aplicación aquí otra vez de la figura de la subrogación real), por un valor todavía no definitivo en el momento del acuerdo de reparcelación. Algo se resiente aquí el principio de especialidad, pero la imprecisión resulta de la propia situación jurídica existente, en que no cabe llegar a más, y el Registro de la Propiedad se tiene que limitar a recogerla tal cual es.

En definitiva, desde mi punto de vista, creo que estamos ante una *mención*, si bien prevista legalmente, por lo que no cabría aplicar a la misma la legislación hipotecaria existente sobre menciones cancelables. Se trata de una mención accesorio de un derecho real que por ella queda en entredicho de momento, pero que acompañará a dicho derecho mientras los Tribunales ordinarios no resuelvan la cuestión.

El caso especial de la adquisición originaria

Hasta ahora nos hemos ocupado del supuesto de subrogación real, que aunque en la Ley del Suelo es el único expresamente previsto (artículo 100, 1, b), ya hemos visto que en el Reglamento de Gestión Urbanística aparece contrapuesto a otra posibilidad, la de la adquisición originaria. Esta se produce cuando no haya exacta correspondencia entre las fincas antiguas y las nuevas resultantes de la reparcelación, y su fundamento, desde la perspectiva de la jerarquía de fuentes, es más que dudoso.

También se ha destacado con anterioridad que el Registrador de la Propiedad no parece que haya de entrar a calificar en este caso el problema de jerarquía normativa, pues el Reglamento de Gestión no ha sido declarado contra la Ley y tampoco es evidente que se produzca esa vulneración de la jerarquía. De todos modos, no hay por qué descartar esa

posible actuación en algún caso concreto, dada la libertad e independencia de la función calificadora.

No obstante, creo que la función del Registrador consistirá, en este caso de adquisición originaria resultante del acuerdo de reparcelación, en velar por las garantías de los titulares registrales de las fincas antiguas, que precisamente aquí han de pasar a un primer plano, incluso más que en el caso de la subrogación real, pues, si se configura la adquisición como originaria, resulta que, para los titulares del dominio, se prescinde de sus antecedentes, y para los titulares de derechos reales, se prescinde de los mismos totalmente, quedando extinguidos.

Precisamente en el estudio de esta cuestión de la adquisición originaria procede distinguir según se trate de la titularidad de dominio y de las titularidades de derechos reales, pues el efecto es diferente en uno y otro supuesto.

a) *La titularidad de dominio en la adquisición originaria*

Como la adquisición originaria es una adquisición *ex novo*, sin enlace con ningún titular anterior —a diferencia de la adquisición derivativa y de la subrogación real—, el efecto de tal adquisición es que se prescinde de toda la historia registral anterior. En este sentido se manifiesta el artículo 114 del Reglamento de Gestión Urbanística, pues dice que cuando no haya correspondencia con otras fincas anteriormente inscritas «*se practicará un asiento de primera inscripción*» (apartado d del artículo 114). No se alude, por tanto, para nada a las fincas antiguas, a diferencia de lo que sucede en el caso de que se aplique la subrogación real.

Esto significa que, tratándose de adquisición originaria, la consecuencia es muy grave para el titular registral, pues de ser quizá un tercero protegido por la fe pública registral, por ejemplo, puede pasar, por el mero hecho de declararse en la reparcelación que no existe «exacta correspondencia con su finca antigua, a ser un titular registral con nuevo título, título que sería originario, o sea el derivado de la propia reparcelación, lo cual no deja de ser insólito, dentro de esta figura.

Por eso, el Registrador de la Propiedad, aun teniendo que admitir la posibilidad de adquisición originaria, ha de exigir, cuando la misma se concrete en el acuerdo de reparcelación, que conste la notificación al titular registral sobre ese resultado, no debiendo considerar suficiente la tramitación normal del expediente de reparcelación, pues el resultado propiamente dicho de éste es la subrogación real y no la adquisición originaria. Ha de constar, por tanto, que se ha notificado al titular registral de fincas la configuración del título de la finca que se le adjudica como una adquisición originaria.

Otro problema que se plantea es el de si este «asiento de primera inscripción» es un asiento de inmatriculación o no. Aunque la inmatriculación es normalmente una primera inscripción, sabido es que hay casos de inscripciones primeras que no son de inmatriculación (agrupación, segregación, etc.) y viceversa (inscripción segunda del dominio útil o de una participación indivisa). Por ello, del hecho de que el legislador lo califique como «primera inscripción» no se deduce que se trate de un «asiento inmatriculador». Por otra parte, la contraposición entre «adquisición originaria»-«adquisición derivativa» nada presupone respecto a la inmatriculación, pues no porque se trate de adquisición originaria (*ex novo*) hay que imaginar necesariamente la inmatriculación. Ante todo, hay que recordar que hay «adquisiciones derivativas» que dan lugar a un importante supuesto de inmatriculación (el del art. 205 de la Ley Hipotecaria, por ejemplo); y que hay adquisiciones originarias que no siempre dan lugar a inmatriculación (ejemplo: bienes vacantes inscritos con anterioridad).

De entrada hay que decir que este caso de la «adquisición originaria» no se adapta al supuesto normal de inmatriculación, pues en ésta, según la legislación hipotecaria, es requisito previo la «falta de inscripción de la finca», mientras que en el presente caso partimos de que todas las fincas antiguas están inmatriculadas y, sin embargo, por falta de «exacta correspondencia» (no de previa inscripción), se produce la «adquisición originaria». Si alguna de las fincas antiguas no está inmatriculada, lo procedente es inmatricularla previamente, para lo cual el expediente de reparcelación constituye un medio adecuado, conforme a lo dispuesto en el número 8 del artículo 28 del Reglamento de Reparcelaciones. Parece más adecuado inmatricularla previamente, para que así quede registrada toda la superficie reparcelable, y se pueda cumplir el requisito de cancelar las hojas registrales de las fincas antiguas.

Además, en la mayor parte de los casos ese «asiento de primera inscripción» de la adquisición originaria se caracterizará por la falta de «exacta correspondencia» con una o más fincas antiguas, y no por el hecho de que las fincas antiguas del expediente no estuvieren inmatriculadas.

Ahora bien, una vez dicho esto, hay que reconocer que de modo artificial quizá podamos llegar a la figura de la inmatriculación en este caso, con caracteres muy especiales. Y ello es porque si *todas* las hojas registrales de las fincas antiguas son objeto de cancelación, y sólo en el caso de que opere la subrogación real el nuevo folio alude al de la finca antigua, no haciéndose así en estas adquisiciones originarias, resulta que, en definitiva, aunque en principio había que presuponer que se trataba

de fincas antiguas ya inmatriculadas, al cancelar sus hojas registrales sin referirse más a ellas por no existir «correspondencia», el efecto es que quedan «desinscritas», sin enlace alguno con las nuevas, y entonces, ante esta falta de inscripción producida por el propio expediente, aparece una especial inmatriculación para la finca nueva que se adjudica como adquisición originaria. Pero bien entendido que no estamos propiamente ante una inmatriculación de finca nueva por falta de previa inscripción del terreno físico, sino ante una *primera inscripción* que al carecer de todo enlace con ninguna inscripción anterior viene a ser, en definitiva, una primera inscripción inmatriculadora, al menos de la nueva finca, tal como se describe en el acuerdo de reparcelación.

Sólo desde la perspectiva indicada podría hablarse aquí de inmatriculación. Pero de ningún modo habría que aplicar los requisitos ni efectos previstos para otros supuestos de inmatriculación. No se trata de un «medio inmatriculador», sino de un «resultado de inmatriculación» provocado por la cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas y por la falta de enlace o correspondencia entre ellas y las nuevas fincas resultantes. Esto diferencia este supuesto de adquisición originaria de la regla general de la subrogación real.

b) *Las titularidades de derechos reales en el supuesto de adquisición originaria*

El artículo 122 del Reglamento de Gestión, en su número 3, establece lo siguiente: «Cuando no haya una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas, *libre de toda carga* que no se derive del propio acuerdo.»

El número 3 del artículo 123 completa la regulación de este supuesto diciendo: «Cuando se trate de fincas sobre las que no opere el principio de subrogación real, la extinción de los derechos y cargas se producirá por virtud del acuerdo de reparcelación.» Y el artículo 125 del propio Reglamento añade que «respecto de los derechos y cargas que deban extinguirse y de las plantaciones, obras, edificaciones, instalaciones y mejoras que deban destruirse, el acuerdo de reparcelación tendrá el mismo efecto que *el acta de ocupación a efectos expropiatorios*».

De toda esta regulación se desprende que los titulares de derechos reales de las fincas antiguas no pasan a ostentar ningún derecho sobre las nuevas fincas, cuando éstas se adjudican a título de adquisición originaria, a diferencia de lo que ocurre cuando opera la subrogación real.

La extinción de estas titularidades se produce atribuyendo al acuerdo de reparcelación efectos expropiatorios, al estilo de lo que ocurre en las actas de ocupación. De aquí se desprende que será requisito necesario para la cancelación de dichas titularidades que conste el pago del correspondiente justiprecio, lo que tendrá lugar dentro del propio expediente de reparcelación.

Hay que observar que en este supuesto no se prevé la actuación del Juez de la vía civil ordinaria, lo que a primera vista podría parecer un contrasentido respecto al caso de incompatibilidad de las cargas por causas «civiles», del que antes me he ocupado. No obstante, podría explicarse la diferencia, teniendo en cuenta que aquí no opera la figura de la subrogación real y que el expediente reparcelatorio tiene eficacia expropiatoria y, por tanto, caracteres administrativos, totalmente extraños a la jurisdicción civil ordinaria. Claro que lo discutible es precisamente el fundamento de este efecto expropiatorio, a la vista de la regla general de la subrogación real sentada por la Ley del Suelo, de la que el Reglamento de Gestión Urbanística parece prescindir. Pero ya me he ocupado antes de esta cuestión y de lo inadecuado que resultaría que el Registrador de la Propiedad plantease el tema por la vía de la jerarquía normativa en términos generales.

La función del Registrador en este caso de adquisición originaria se ha de manifestar, en mi opinión, en los siguientes aspectos:

1.º La cancelación de esas titularidades reales sobre las fincas antiguas requiere que conste el pago de la indemnización correspondiente por razón de la extinción de tales derechos, conforme a la normativa de la expropiación forzosa (art. 101, 3, de la Ley del Suelo y art. 125 del Reglamento de Gestión).

2.º Ha de exigirse que se acredite una especial notificación a los titulares registrales en relación con la extinción de tales derechos de los que son titulares, no bastando la genérica notificación de existir un expediente de reparcelación en marcha. Han de darse todas las garantías previstas para cuando se trate de extinguir derechos por el sistema de expropiación urbanística. Aunque el tema es francamente discutible, entiendo que la nota marginal del artículo 102 del Reglamento de Gestión, relativa a la aprobación de la reparcelación, no parece haya de tener virtualidad notificadora suficiente a estos efectos, pues para ello sería necesaria una nueva nota marginal tendente a publicar el acuerdo de proceder a la extinción de derechos reales sobre determinadas parcelas. No obstante, hay que reconocer que sólo está prevista esa nota marginal y no la del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, dentro del expediente de reparce-

lación, pero la garantía de los interesados y la especialidad del supuesto imponen esa solución.

La aplicación de la adquisición originaria a los casos de adjudicaciones «pro indiviso» o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad

El artículo 122, número 4, del Reglamento de Gestión aplica el sistema de «adquisición originaria» no sólo cuando no hay exacta correspondencia entre las fincas antiguas y las nuevas, sino también en estos supuestos, pues establece lo siguiente: «Esta misma regla —la adquisición originaria— se aplicará en los casos de adjudicaciones *pro indiviso* o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad.»

Si ya de por sí es criticable el haber implantado por vía reglamentaria la adquisición originaria (frente a la regla de la subrogación real que establece la Ley del Suelo), en estos supuestos especiales es todavía más discutible la medida adoptada.

Respecto al caso de adjudicaciones *pro indiviso*, si se trata de terrenos con gran volumen edificable, no hubiera habido inconveniente en aplicar la técnica de la subrogación real, y hasta pienso que es lo más conforme con la regla del artículo 100, 1, b), de la Ley del Suelo. Por eso, en la práctica se planteará probablemente como solución la aplicación del criterio de la subrogación real del artículo 100, 1, b), de la Ley y no el artículo 122, 4, del Reglamento, adjudicando la nueva finca a los titulares de la finca antigua que corresponda en proindivisión en la misma medida en que resultase sobre tal finca antigua. Otra cosa sucede cuando los nuevos terrenos no permitan una excesiva atribución de titularidades, tal como resulta del artículo 94 del Reglamento de Gestión, en cuyo caso podría admitirse la adjudicación de la finca a uno o algunos de los comuneros, con indemnización en metálico a los restantes, y entonces, por aplicación del artículo 122, número 4, del Reglamento de Gestión, la adquisición de la nueva finca sería a título de adquisición originaria por no existir exacta correspondencia entre la cuota que se tenía en la finca antigua y la nueva parcela adjudicada.

Por lo que se refiere al caso de adjudicación de nueva finca con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad, al que también se refiere el artículo 122, número 4, como un supuesto de adquisición originaria, cabría fundamentar la previsión reglamentaria teniendo en cuenta que si se ha impuesto, por ejemplo, una limitación urbanística muy importante en cuanto al volumen edificable a la nueva finca, que requiera un complemento indemnizatorio, realmente no existe tampoco

esa «exacta correspondencia» que, según el Reglamento de Gestión, es lo que justificaría una subrogación real que en el caso no se da.

Pero, en definitiva, toda esta regulación reglamentaria hay que insistir que abre cierta brecha en la regla de la subrogación real, única prevista por la Ley del Suelo, lo que aconsejará cierta prudencia interpretativa respecto a los supuestos de adquisición originaria.

B) CESIÓN DE TERRENOS AL MUNICIPIO

Una vez estudiado el efecto más llamativo de la reparcelación, que es la subrogación real con esa «espinas» de la adquisición originaria, procede ahora estudiar otro de los efectos de la reparcelación previstos en el apartado 1 del artículo 100 de la Ley del Suelo.

Ya se indicó al principio que el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación también produce el efecto consistente en la «cesión de derecho al municipio en que se actúe en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al Patrimonio del suelo o a su afectación conforme a los usos previstos en el Plan».

En relación con estas cesiones hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 83, 3, 1.º, y 84, 3, a) y b), de la Ley del Suelo.

Según el artículo 83, 3, 1.º, «los propietarios del *suelo urbano* deberán: 1.º Ceder gratuitamente a los Ayuntamientos respectivos los terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente...»

Y según el artículo 84, 3, «los propietarios de suelo urbanizable programado deberán: a) Ceder obligatoria y gratuitamente a favor del Ayuntamiento o, en su caso, órgano urbanístico actuante los terrenos que se destinen con carácter permanente a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, centros culturales y docentes y demás servicios públicos necesarios. b) Ceder obligatoria y gratuitamente el 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca...»

Los artículos 46 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística regulan con detalle esta materia de las cesiones obligatorias.

Lo que ahora quiero destacar son algunas especialidades del acuerdo de reparcelación a efectos registrales.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que aquí no se plantea el problema de cuál ha de ser el «título inscribible» de esa cesión, y concretamente si basta el documento administrativo o se requiere escritura

pública, pues el «título inscribible» lo constituye el título administrativo de reparcelación mismo, sin necesidad de ningún acta complementaria ni de escritura pública. Por otra parte, es lo más adecuado, al tratarse de una «cesión obligatoria» y «de derecho», lo que justifica que no se requiera escritura pública, máxime en este caso en que la cuestión se resuelve dentro del expediente de reparcelación. Así, uno de los extremos que ha de contener el acuerdo de reparcelación, según el artículo 113, 1, c), del Reglamento de Gestión, es la «localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan».

Por otra parte, el artículo 124 del propio Reglamento es bien claro: «La firmeza en vía administrativa del acuerdo de reparcelación determinará la cesión de derecho al Municipio en que se actúe, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos que sean de cesión obligatoria, según el plan, para su incorporación al Patrimonio municipal del suelo o su afectación a los usos previstos en el mismo.» En su número 2 añade lo siguiente: «Los terrenos que el plan destine al dominio público municipal quedarán afectados al mismo sin más trámites.»

Un segundo problema que se plantea es el de la inscripción de estos bienes a nombre del Municipio. El artículo 114, b), del Reglamento de Gestión Urbanística aplica el sistema de apertura de nueva hoja registral también a las fincas adjudicadas «en favor del Patrimonio municipal del suelo o que estén afectadas a cualquier servicio público».

Respecto al Patrimonio Municipal del Suelo, hay que tener en cuenta los artículos 89 a 93 de la Ley del Suelo. En realidad, se trata de una especie de «patrimonio separado» de los Ayuntamientos, por lo que la inscripción se practica a favor del Municipio, pero como bien incluido en el «Patrimonio Municipal del Suelo», con todos los efectos que esta atribución lleva consigo (ejemplo, en relación con las enajenaciones, artículo 92 de la Ley del Suelo).

En cuanto a la inscripción de los bienes afectados a un servicio público, la inscripción ha de verificarse igualmente a favor del Municipio, pero especificando que se trata de bien de servicio público.

El problema se plantea respecto a los bienes de dominio y uso público (viales, parques, jardines públicos, etc.), pues la cesión de derecho también se produce en virtud del acuerdo de reparcelación, y, sin embargo, el Reglamento de Gestión no alude en el artículo 114 a estos bienes, con lo que parecería que este silencio significa que se sigue la misma línea del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, que, como es sabido, considera exceptuados de la inscripción los bienes de dominio y uso público.

No obstante, en la práctica se realiza la inscripción de estos bienes,

aunque sean de dominio y uso público, pues sólo así queda completo el mapa de los terrenos inscritos en el Registro, y, además, la inscripción en estos casos es todavía más necesaria, debido a que se trata de dar publicidad registral a unos terrenos que en la realidad todavía no tienen ningún indicio exterior de su destino de uso público.

El fundamento de este acertado proceder de la práctica diaria podría encontrarse en el artículo 30, 1, del Reglamento de Reparcelaciones de 7 de mayo de 1966, que por ser posterior al artículo 5.º del Reglamento Hipotecario ha de prevalecer sobre el mismo, con lo que se cubre así el silencio del artículo 114 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Dicho artículo 30, 1, del Reglamento de Reparcelaciones establece lo siguiente: «La aprobación definitiva de la reparcelación producirá la cesión al Ayuntamiento de todos los terrenos destinados a dominio y uso público municipal, *que serán inscribibles* conforme señalan los artículos 28 y concordantes de este Reglamento», es decir, en virtud del propio título de reparcelación.

Ya sé que hay autores que se empeñan en elevar a «dogma de fe» el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario (CORELLA MONEDERO). Otros lo aplican en combinación con el artículo 6.º del mismo Reglamento Hipotecario, con lo que, en definitiva, se llega al mismo resultado, pues «se inscriben» para seguidamente, en base al artículo 6.º, «desinscribirlos» (así, JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, en *Rev. de Derecho Urbanístico*, número 53, mayo-junio de 1977). Otros autores tratan de disminuir el campo del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario (JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, MARTÍN MARCOS). Pero lo que realmente procede es prescindir del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, al menos en el ámbito de la reparcelación, considerándolo superado por la regulación posterior dada por el Reglamento de Reparcelaciones, cuya vigencia en este punto es defendible por los argumentos señalados al principio del presente estudio. Recuérdese que los bienes que son objeto de expropiación forzosa *se inscriben* a favor del expropiante o beneficiario sin importar que, por el mero hecho de la expropiación, se produzca la afectación al uso o al servicio público. Precisamente, el artículo 101, 3, de la Ley del Suelo se remite con carácter supletorio a la normativa de la expropiación forzosa, lo que confirma la interpretación aquí dada respecto a la inscripción de los bienes de dominio y uso público.

Si a ello se unen los trabajos del VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid el año 1984, en el sentido de ser procedente la inscripción de los bienes demaniales, se comprenderá mejor el fundamento de la inscripción de estos bienes descritos en el acuerdo de reparcelación.

En cuanto al título de adquisición o causa adquisitiva de estos bienes por parte del Ayuntamiento, que ha de reflejarse en el acta de inscripción, es evidente que se trata de una «cesión obligatoria y gratuita», por lo que en el acta de inscripción se expresará que se inscribe el dominio a favor del Municipio, «a título de adjudicación en el expediente de reparcelación por cesión obligatoria y gratuita y como bien...» (de la clase que sea). Quizá en la práctica no sea necesario recargar el asiento practicado y sea suficiente una mención más breve, pero lo que quiero ahora recalcar es que se trata de una adquisición «derivativa» (son transmitentes los titulares de las fincas incluidas en la reparcelación) y no «originaria», si bien esto no significa que el asiento registral tenga enlace con las fincas antiguas, pues no existirá una correspondencia con dichas fincas, salvo en el caso en que previamente se describa entre las fincas aportadas al expediente una superficie a favor del Municipio destinada a viales, zonas verdes u otros usos o servicios, pues en tal caso sí que operará plenamente la subrogación real. Pero aquí contemplamos el caso de que la cesión de terrenos tenga lugar en el propio expediente de reparcelación y que se formalice entre las nuevas adjudicaciones, en cuyo caso hay que insistir en que, si bien se trata de una adquisición derivativa (cesión), se reflejará en un asiento de primera inscripción sin enlace con ninguna inscripción anterior y libre de toda carga, pues, además, éste es uno de los requisitos de la cesión previstos legalmente (art. 100, 1, *a*, de la Ley del Suelo, antes transcrito).

C) AFECTACIÓN DE LAS FINCAS ADJUDICADAS AL PAGO DE LOS GASTOS DEL SISTEMA

Este es el tercero de los efectos del acuerdo de reparcelación, según el artículo 100, 1, *c*), de la Ley del Suelo, que establece lo siguiente: «El acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá los siguientes efectos: ... *c*) Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.»

El artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística desarrolla ese precepto estableciendo lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«1. Las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne.

2. Esta afectación será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a

que se refiere el número 1 del artículo 1.923 del Código Civil y a los demás créditos tributarios en favor del Estado que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección a que el presente artículo se refiere.»

Se plantean varios problemas sobre la interpretación de este artículo, que pasamos a estudiar con separación.

La afección se refiere a la cuenta de liquidación provisional

El artículo 126 del Reglamento de Gestión alude al «saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación». Esta cuenta es la de «liquidación provisional» a que se refiere el artículo 82, 1, e), del Reglamento de Gestión, y en ella no sólo se incluyen los gastos de urbanización y del proyecto de reparcelación, sino las indemnizaciones a que se refiere el artículo 98, 4, del propio Reglamento.

La liquidación definitiva se aprueba con posterioridad, conforme a lo dispuesto en los artículos 128 y 129 del mismo Reglamento. Naturalmente, cabe que se consigne en un momento ulterior el saldo de la liquidación definitiva (argumento: art. 126, 3, del Reglamento de Gestión), pero siempre —si es por mayor importe— que las fincas no hayan pasado todavía a un tercero que, al no haber sido parte en el expediente de reparcelación, no puede quedar afectado por un saldo distinto del que reflejaba el saldo de la cuenta de liquidación provisional. Claro que cabría consignar esa mayor cuantía sin perjuicio de los que inscribieron en el ínterin.

Hay que tener en cuenta que la liquidación definitiva «tendrá exclusivamente efectos económicos y no podrá afectar a la titularidad real sobre los terrenos» (art. 128, 2, del Reglamento).

La verdad es que resulta misterioso qué es eso de los «efectos económicos», aunque, por la explicación que el propio artículo da seguidamente, cabe interpretar que las correcciones afectan únicamente a los que fueron parte en el expediente de reparcelación con efectos personales, salvo cuando estén comprendidas dentro del *máximo* de la cuenta de liquidación provisional, o salvo cuando, como acabo de decir, se haya consignado en el Registro el saldo de la liquidación definitiva antes de que la finca en cuestión haya pasado a poder de tercero.

El principio de especialidad impone concretar la cuantía de la afección respecto a cada finca

El artículo 126, 1, del Reglamento de Gestión así lo establece expresamente al aludir al «saldo» que «a cada una (o sea, a cada finca) se asigne». Por tanto, no podría inscribirse el título de reparcelación si no consta de modo expreso y claro la cuantía de la afección real de cada una de las fincas adjudicadas. El artículo 113, 1, *d*), del Reglamento de Gestión destaca este requisito, considerando como uno de los requisitos del contenido del acuerdo de reparcelación «la cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de las fincas adjudicadas». Y en el artículo 114, *e*), del mismo Reglamento se prevé la constancia registral de la cuantía del saldo de liquidación «sobre las fincas resultantes» «con arreglo a la legislación hipotecaria», siendo una de las exigencias de esta legislación la distribución de responsabilidad de cada finca en base al principio indicado de especialidad.

No cabe la inscripción de la reparcelación si no se expresa la afección de cada finca

El problema que ahora nos planteamos no es el de la necesidad de distribución de la afección entre cada una de las fincas, pues de esto se acaba de tratar, sino el de si es posible inscribir «parcialmente» la reparcelación, aunque sea sin expresar el saldo de la cuenta con que habría de quedar gravada cada una de las fincas, por no expresarse en el título o constar de modo defectuoso.

La contestación tiene que ser claramente negativa. No cabe la inscripción parcial del documento, porque la determinación de la afección es uno de los efectos fundamentales de la reparcelación, según el artículo 100 de la Ley del Suelo, que no puede quedar excluido, salvo, naturalmente, respecto a aquellas fincas que por estar afectadas al uso o al servicio público no tengan señalada ninguna afección.

El citado artículo 114 del Reglamento de Gestión, en su apartado *e*), así lo expresa de modo terminante, pues dice que se hará constar «en todo caso la cuantía del saldo de liquidación».

El problema de la preferencia de la afección respecto a hipotecas y cargas anteriores

Algún autor duda de la «legalidad» del número 2 del artículo 126 del Reglamento de Gestión, antes transcrito, que es el que señala esa

preferencia. Así, JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER (en *Rev. Derecho Urbanístico*, núm. 67, marzo-abril de 1980, pág. 93) dice que es una «afección que supone instituir una hipoteca legal tácita de segundo grado y que tiene la virtualidad de alterar el rango hipotecario», citando a continuación a GONZÁLEZ BERENGUER, para decir que se trata de un «precepto de legalidad dudosa, ya que, como ha señalado GONZÁLEZ BERENGUER, para tal alteración es precisa una norma con rango formal de Ley».

Sin embargo, el fundamento de esta alteración de rango podría encontrarse en que la reparcelación afecta no sólo al dominio, sino a todas las titularidades existentes sobre las fincas, y, en tal sentido, todos los titulares (del dominio y de las cargas y derechos) son parte en el expediente de reparcelación, por lo que *a todos debe gravar la afección*, siendo la única forma técnica de conseguirlo el establecer esa preferencia respecto a las cargas anteriores. En cierto modo, y para mejor entendernos, es como si la afección se practicara y recayese sobre la totalidad de los derechos y titularidades de las fincas y no ya sólo sobre la titularidad de dominio. No hay que olvidar que el artículo 100, 1, c), se refiere a la «afección real de las parcelas» y no de la titularidad de dominio, por lo que se justifica plenamente esa preferencia establecida por vía reglamentaria en concordancia con la Ley.

Ahora bien, desde esta perspectiva, puede causar extrañeza que se exceptúen de esa alteración de rango los «créditos tributarios» expresados en ese apartado 2 del artículo 126 del Reglamento.

Quizá el legislador se ha impresionado ante los créditos singularmente privilegiados a favor del Estado del número 1 del artículo 1.923 del Código Civil, entendiendo que esos créditos tributarios de la última anualidad deben estar por encima de los gastos derivados de la reparcelación, algunos de ellos de carácter particular. Por eso, también quedan excluidos «los demás créditos tributarios en favor del Estado que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro *antes de practicarse la afección* a que el presente artículo se refiere».

Claro que si esto es así no hay más remedio que ampliar el círculo de los créditos excluidos. Así, los créditos tributarios de las Comunidades Autónomas, según su clase respectiva, están equiparados a los créditos tributarios del Estado, en virtud de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas, en cuyo artículo 2.º, número 3, establece que «las Comunidades Autónomas gozarán del tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado» (Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre). Por otra parte, existen los llamados créditos salariales «superprivilegiados» a que se refiere el artículo 32, número 1, del Estatuto de los Trabajadores, en que se plantea el problema de si son preferentes a la afec-

ción que estamos estudiando. La *ratio* de dejar aparte los créditos tributarios (prevalencia del «interés público tributario» sobre el «interés urbanístico») no parece se dé en los créditos salariales, por muy privilegiados que sean, pues los gastos de la reparcelación ya se ha dicho que «afectan» a todas las titularidades existentes sobre las fincas. Ahora bien, parece un problema insoluble, puesto que si esos créditos salariales «superprivilegiados» son preferentes a los del Estado, y éste queda excluido del precepto, también habrían de quedar excluidos aquellos créditos. Pero entonces resultará el absurdo de que si una finca estaba adjudicada con anterioridad al inicio de la reparcelación a los «trabajadores», éstos han de soportar el saldo de la cuenta de liquidación provisional, y, en cambio, si tienen un simple crédito (por muy privilegiado que sea), no quedarían afectados, a pesar de que la finca tendría unos beneficios derivados de la reparcelación.

Queda simplemente apuntado este difícil problema, sin dar una solución concreta, pues en definitiva todo él se inserta dentro del tema general de la «prelación de créditos», en que no existen ideas claras ni en la legislación ni mucho menos en la doctrina y en la jurisprudencia, y cuyo estudio a fondo habrá que reservar para otra ocasión. Después insistiremos al hablar de las cancelaciones procedentes.

Forma de consignar en el Registro la afección

Aunque el artículo 114 del Reglamento de Gestión no se pronuncia de modo expreso acerca de la clase de asiento en que ha de reflejarse la afección, parece que parte de la idea de que la misma ha de consignarse en el mismo asiento de inscripción de las fincas nuevas que se adjudican.

Desde luego, está claro que nada tienen que ver las fincas antiguas, pues las afectadas son las fincas nuevas. Precisamente por ello, existe una gran diferencia entre la nota marginal de publicidad del artículo 102 del Reglamento (relativa a la publicidad de la iniciación del expediente de reparcelación), que se ha de consignar en las fincas antiguas, y la afección que ahora estamos estudiando, que se refleja en las nuevas fincas resultantes. Ahora bien, el problema, meramente formal por otra parte, consiste en determinar si lo adecuado es una nota al margen del asiento de inscripción de las nuevas fincas o si procede reflejarlo en el cuerpo del asiento de inscripción mismo.

El artículo 126, número 3, del Reglamento de Gestión parece presuponer que se trata de una «nota marginal», pues, a propósito de su cancelación, alude a la «nota de afección». Claro que podría tratarse de un sentido amplio de «nota», no del sentido hipotecario de «nota marginal»,

sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 114, e), más arriba citado, alude a la constancia del saldo como una circunstancia más de la inscripción de las fincas resultantes.

Como se trata de una cuestión meramente formal, resulta indiferente decidirse en uno u otro sentido. Ahora bien, teniendo en cuenta que el «título» que da lugar a esa constancia es el mismo que determina el asiento de inscripción y las demás circunstancias, parece más adecuado reflejar la afección en el cuerpo del asiento de la nueva finca adjudicada. No obstante, si de lo que se trata es de reflejar con posterioridad el saldo de la liquidación definitiva, lo procedente será una nota marginal.

Procedimiento para hacer efectiva la garantía de la afección

El número 4 del artículo 127 del Reglamento de Gestión se ocupa de esta cuestión estableciendo lo siguiente: «A todos los efectos se entenderá que los saldos de reparcelación son deudas líquidas y exigibles que median entre cada uno de los interesados y la Administración actuante. *En caso de impago procederá la vía de apremio.*»

Esto quiere decir que en el correspondiente procedimiento de apremio, que se seguirá conforme al Reglamento de Recaudación y a la Instrucción General de Recaudación, se practicará la oportuna anotación de embargo en base al mandamiento expedido al efecto por el Recaudador. La especialidad de esa anotación de embargo la da la previa afección de las fincas al pago del saldo de la cuenta de liquidación provisional, en dos sentidos: 1.º La vía de apremio puede dirigirse contra cualquiera que sea el titular de la finca según el Registro, pues constando registralmente la afección de la finca, cualquier titular del dominio está legitimado pasivamente para ser parte en el procedimiento de apremio. Si no constase inscrita la afección, la vía de apremio no podría dirigirse nada más que contra el que fue parte en el expediente de reparcelación, pero no contra los sucesivos adquirentes. De ahí este primer efecto importante de la constancia registral de la afección respecto a la futura anotación de embargo. 2.º La anotación de embargo tiene la prelación que le da la previa afección consignada registralmente, en los términos del artículo 126, 2, antes citado. Naturalmente, esto puede plantear numerosos problemas registrales bien a la hora de presentar el correspondiente mandamiento administrativo de cancelación de cargas en el expediente de apremio o bien a la hora de presentar los mandamientos cancelatorios relativos a expedientes de otras situaciones jurídicas inscritas con anterioridad, problemas que ya han sido apuntados antes a propósito de los créditos tributarios y de los créditos salariales singularmente privilegiados, por no citar más que los supuestos gravemente conflictivos.

Parece que lo más prudente, desde el punto de vista registral, es lo siguiente: 1.º No cancelar, en base al mandamiento administrativo de cancelación expedido por el Recaudador en la vía de apremio de la afección urbanística que estamos estudiando, las anotaciones de embargo de créditos tributarios que sean anteriores a la constancia de la afección registral, ni las anotaciones de embargo de créditos tributarios del número 1.º del artículo 1.923 del Código Civil, que reflejen claramente la hipoteca legal tácita. 2.º No cancelar tampoco en base a ese mismo mandamiento las anotaciones de embargo motivadas por créditos salariales cuando excepcionalmente conste en la propia anotación que se trata de los créditos singularmente privilegiados del número 1 del artículo 32 del Estatuto de Recaudación. 3.º No cancelar la afección urbanística ni la anotación de embargo derivada de la misma, en base a mandamientos motivados por anotaciones de embargo o hipotecas registradas con anterioridad, salvo si se trata de los supuestos que prevé el número 2 del artículo 126 del Reglamento de Gestión, antes transcrito. 4.º En lo demás, aplicar las reglas hipotecarias generales en materia de cancelación de asientos por virtud de procedimientos judiciales o administrativos de apremio. Y todo ello sin perjuicio de la interposición de las tercerías de mejor derecho que procedan.

Cancelación de la afección registral

El número 3 del artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística establece lo siguiente:

«La afección será cancelada a instancia de parte interesada, a la que se acompañe certificación del órgano actuante expresiva de estar pagada la cuenta de liquidación definitiva referente a la finca de que se trate.» «En todo caso, la afección caducará y deberá ser cancelada a los dos años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva, y si no constare, a los siete años de haberse extendido la nota de afección. La cancelación se practicará a instancia de parte interesada o de oficio al practicarse algún otro asiento o expedirse certificación relativa a la finca afectada.»

Se contemplan en este precepto dos causas de cancelación: 1.º El pago de la cuenta de liquidación definitiva referente a la finca de que se trate, para lo cual debe presentarse en el Registro una instancia de parte interesada, junto con certificación del órgano actuante acreditativa del pago. Hay que tener en cuenta que esa liquidación definitiva puede arrojar una cifra inferior o superior, según los casos, a la cuantía del

saldo de liquidación provisional. Si es inferior, no hay problema en cancelar la afección registral. Si es superior, el problema que se plantea es que el tercero que adquirió sobre la base de la cuantía del saldo de la liquidación provisional no puede ser obligado a pagar mayor cuantía, por lo que ha de poder obtener la cancelación de la afección acreditando mediante certificación del órgano actuante haber pagado dicha cuantía que figure en el Registro. Para evitar problemas de este tipo debería seguirse el criterio establecido por el artículo 45, número 6, del Reglamento de Reparcelaciones, que al regular la afección señala que «deberá constar la cantidad *máxima* por la que responderá el respectivo inmueble». Por tanto, si el saldo de la cuenta de liquidación provisional se configura como «afección de máximo» en previsión de futuras rectificaciones en la liquidación definitiva, el tercero responderá de las cantidades que en su día resulten en la citada liquidación dentro del máximo inicialmente previsto. 2.º También se prevé como causa de cancelación la caducidad de la afección, estableciendo dos clases de plazos: a) El de dos años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva; esto puede consignarse por nota marginal siempre que la finca no haya pasado a tercero, según se ha indicado anteriormente, o, en otro caso, que sea de cuantía inferior a la que consta registralmente. A partir de esa nota marginal de constancia del saldo de la liquidación definitiva han de pasar dos años, y entonces puede cancelarse por caducidad la afección registral. b) El de siete años desde la fecha en que se haya hecho constar registralmente la afección, en el supuesto de que no se consigne el saldo de la liquidación definitiva. Recordemos que el precepto alude a la «nota de afección», como si se tratara de una nota marginal, cuando ya hemos visto que puede constar dentro del cuerpo del asiento de inscripción de la adjudicación de la finca, por lo que la palabra «nota» no tiene un sentido técnico.

En cualquier caso, el asiento más adecuado para hacer constar la cancelación es la «nota marginal», pues se trata de cancelar una circunstancia contenida en un asiento principal sin alterar la titularidad que el mismo refleja. En cuanto al «título», ya hemos visto que en el caso de cancelación por pago el título es la «certificación administrativa del órgano actuante», junto con una instancia de parte interesada, operando la certificación como «título» propiamente dicho y la «instancia» como mero documento complementario de «rogación». Respecto al supuesto de caducidad, el último inciso del número 3 del artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística prevé el mismo sistema que el del artículo 353, número 3, del Reglamento Hipotecario (antiguo art. 355), pues cabe que sea «a instancia de parte interesada o de oficio al practicarse

algún otro asiento o expedirse certificación relativa a la finca afectada». La única especialidad consiste en que el Reglamento de Gestión Urbanística no exige que la «certificación sea de cargas», y aunque el artículo 353, 3, del Reglamento Hipotecario tampoco alude de modo expreso a esa clase de certificación, no hay que olvidar que está incluido en el epígrafe de «certificaciones de cargas». Considero más adecuado interpretar el artículo 126, 3, del Reglamento de Gestión, de acuerdo con lo que en general establece para la cancelación por caducidad el artículo 353, 3, del Reglamento Hipotecario, en lugar de atenerse a una mera literalidad aislada de aquel precepto.

III. BREVE REFERENCIA A LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE REPARCELACION EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Nos referiremos en este epígrafe a la reparcelación voluntaria, a la reparcelación simplemente económica y a la normalización.

A) REPARCELACIÓN VOLUNTARIA

El artículo 115 del Reglamento de Gestión Urbanística, bajo el epígrafe «Reparcelación voluntaria», establece lo siguiente:

«1. La propuesta de reparcelación, formulada por los propietarios afectados y formalizada en escritura pública, será sometida a información pública durante quince días e informada por los servicios municipales correspondientes.

2. Cuando recaiga la aprobación definitiva no será necesaria ninguna nueva formalización, bastando, para la inscripción en el Registro de la Propiedad, con la presentación de la citada escritura y la certificación del acuerdo de su aprobación.»

Lo más característico de esta reparcelación, aparte de sus trámites abreviados, lo constituye el «título inscribible», que en este caso es un «título complejo», que se compone de dos documentos: la escritura pública formulada por los propietarios afectados y la certificación administrativa del órgano actuante aprobando dicha escritura pública. Dada la naturaleza de la reparcelación como operación urbanística, no parece que pueda ser relegado el documento administrativo de aprobación a mero documento complementario, sino que integra, junto con la escritura pública, el título inscribible (título inscribible complejo y mixto; recuer-

dese el caso de las herencias, en que el título es también complejo: testamento más escritura de partición, por ejemplo).

Un difícil problema se plantea en este caso cuando las fincas están gravadas: ¿es inscribible la reparcelación con sólo la escritura pública formulada por los *propietarios afectados*, junto con el certificado de su aprobación? El artículo 115, que se acaba de transcribir, se refiere, efectivamente, sólo a los propietarios y no a los titulares de derechos reales, pero no parece pueda prescindirse de estos últimos en un supuesto como el de la reparcelación, en que sus derechos pueden quedar muy afectados. La solución más adecuada es que consientan expresamente los titulares de las cargas o gravámenes. La referencia exclusiva del artículo 115 a los «propietarios afectados» hay que interpretarla en el sentido de que son ellos inicialmente los que formulan la escritura pública, pero sin prejuzgar si *a posteriori* son o no necesarios otros «consentimientos» resultantes de los datos del Registro. Incluso cabría pensar que no basta la simple notificación, sobre todo teniendo en cuenta las menores garantías —dada la abreviación de trámites— que se produce en este caso de reparcelación, cuya *ratio* es precisamente la conformidad de los «afectados». Hasta podría interpretarse la palabra «propietarios» en un sentido amplio de «titulares de las fincas que resulten afectados».

B) REPARCELACIÓN SIMPLEMENTE ECONÓMICA

Se trata de una reparcelación en que no se produce adjudicación de nuevas fincas, por mantenerse idénticas las propiedades, habiendo sólo indemnizaciones sustitutorias entre los afectados como consecuencia de los beneficios que puedan obtener algunos interesados respecto a los otros.

El artículo 116 del Reglamento de Gestión regula este supuesto del modo siguiente:

«Cuando en aplicación de lo dispuesto en los artículos 125, 2, de la Ley del Suelo y 74 de este Reglamento la reparcelación debe limitar sus efectos a la determinación de las indemnizaciones sustitutorias que procedan entre los afectados, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) La documentación del proyecto se reducirá a la expresada en los apartados a), b) y e) y planos f.1, f.2 y f.3 del artículo 82 de este Reglamento.
- b) El plazo de audiencia será de quince días.
- c) El acuerdo de aprobación definitiva será impugnabile ante la

jurisdicción contencioso-administrativa, en la forma ordinaria y sin ninguna limitación.

- d) *El acuerdo se formalizará y protocolizará en forma análoga a la prevenida en los artículos 113 y 114 de este Reglamento, pero sin incluir la descripción de las fincas afectadas.*
- e) *El Registrador de la Propiedad se limitará a cancelar las notas marginales que hubiere extendido, con arreglo al artículo 102 de este Reglamento, y a tomar razón de la cuantía de los saldos de la cuenta de liquidación provisional que se hubieren asignado a los titulares de fincas inscritas, a los efectos prevenidos en el artículo 100, 1, c), de la Ley del Suelo.»*

Los párrafos que se han subrayado son los que interesan a los efectos registrales.

El apartado d) se refiere al «título», remitiéndose a lo dispuesto en los artículos 113 y 114, y señalando como especialidad la de no incluir la descripción de las fincas afectadas.

Como una cosa es la letra de la ley y otra su *ratio*, hay que entender que lo que quiere decir el precepto no es que no sea necesaria la «descripción de las fincas afectadas», pues la necesidad de este extremo resulta en todo caso de la legislación hipotecaria, como requisito indispensable para la identificación de las fincas cuando se trata de extender cualquier clase de asiento registral, sino que se trata de no ser necesaria una «nueva adjudicación de fincas» y, por tanto, se prescinde de una «nueva descripción de las fincas». Pero el título ha de contener la descripción de las fincas (arts. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).

También podría interpretarse esa referencia del párrafo d) a la «no descripción de las fincas» en relación con el artículo 114 y no con el 113, en el sentido de que para la práctica de los asientos a que se refiere el siguiente apartado e) no es necesario que conste en el asiento (no en el título) la descripción de la finca, por tratarse de una nota marginal de una inscripción en que ya consta la descripción.

En cuanto al apartado e) del artículo 116, transcrito más arriba, se ocupa de las operaciones registrales que ha de realizar el Registrador en este caso, que son de dos clases:

- a) Por un lado, una nota marginal meramente cancelatoria de la nota marginal en que consta la iniciación del expediente de reparcelación, es decir, de la nota del artículo 102 del Reglamento. Obsérvese que en la reparcelación normal no se dice expresamente nada acerca de la cancelación de dicha nota marginal, pero es porque se cancelan las hojas

registrales de las fincas antiguas en las que consta esa nota y porque la misma no se traslada a las nuevas fincas. Ahora bien, como en esta reparcelación simplemente económica no hay nuevas fincas, sino que se opera únicamente con las existentes, no hay más remedio que cancelar aquella nota marginal, una vez que ha cumplido su función durante el expediente.

b) La «toma de razón» de la cuantía de los saldos de la cuenta de liquidación provisional que se hubieren asignado a los titulares de las fincas inscritas. El Reglamento emplea la expresión «toma de razón», bastante prehistórica; pero no hay duda de que se quiere referir a una constancia registral que no sea «asiento de inscripción», al no haber nueva adjudicación de fincas. En este sentido, lo más adecuado es extender una nota marginal de afección de cada finca al pago del saldo de su cuenta de liquidación provisional. Sobre esta afección me remito a lo ya dicho anteriormente, pues no hay ninguna especialidad, ya que lo peculiar de esta reparcelación es que su efecto es precisamente ése de «afección real de las fincas» y no los otros del artículo 100 de la Ley del Suelo. La especialidad meramente formal consiste en que aquí no hay duda de que se trata de una «nota marginal», a diferencia del supuesto general de reparcelación en que ya vimos que podía consignarse la afección en el cuerpo de la inscripción.

C) NORMALIZACIÓN DE FINCAS

Se trata de un caso en que no es necesaria la redistribución de los beneficios y cargas entre los partícipes, ni el realizar nuevas adjudicaciones de las fincas, sino únicamente, como dice el artículo 117 del Reglamento de Gestión, de «regularizar la configuración física de las fincas para adaptarla a las exigencias del planeamiento». Hay que observar que uno de los «objetos» de la reparcelación, según el artículo 72, 1, b), del propio Reglamento, es precisamente «la regularización de las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del planeamiento», añadiendo el número 2 del citado artículo 72 que «cualquiera de estas finalidades justifica por sí sola la reparcelación, aunque no concurren las otras».

Según el artículo 118, 2, la normalización «se limitará a definir los nuevos linderos de las fincas afectadas, de conformidad con el planeamiento, siempre que no afecte al valor de las mismas, en proporción superior al 15 por 100, ni a las edificaciones existentes».

Por tanto, se trata de una simple rectificación de las líneas de los linderos, con la consiguiente modificación posible de superficie. Esto es

interesante a la hora de determinar el contenido de la operación registral a realizar.

Según el número 2 del artículo 119, «al proyecto deberán acompañarse las oportunas certificaciones registrales de titularidad y cargas y, en caso de fincas no inmatriculadas, el testimonio de los títulos justificativos de las respectivas titularidades».

En relación con este párrafo, se plantea el problema de si el órgano actuante debe o no recabar de oficio del Registro de la Propiedad la certificación de titularidad y cargas, a efectos de la nota marginal del artículo 102 del Reglamento de Gestión. Tal como está redactado el precepto, parece como si se tratase de «certificaciones» que han de acompañar los interesados. No obstante, sin perjuicio de que los interesados las acompañen, considero aplicable lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento de Gestión y, por tanto, la petición de oficio de la certificación o su actualización, puesto que según el artículo 117, 3, «en todo lo no previsto expresamente en esta Sección, se tendrán en cuenta las normas del procedimiento general de reparcelación en cuanto sean de aplicación», y no cabe duda de que el artículo 102 es perfectamente aplicable e incluso totalmente necesario para que el expediente pueda afectar a los terceros.

Por otra parte, el citado artículo 119, 2, se refiere al supuesto de «fincas no inmatriculadas», lo que plantea el problema de si, tratándose de normalización, el título administrativo constituye o no medio inmatriculador, como en el supuesto normal de reparcelación. Aunque la solución es discutible, no parece muy adecuada la configuración del título como inmatriculador, dado lo dispuesto en el número 2 del artículo 121 del Reglamento de Gestión, que luego veremos, que limita los efectos registrales al aspecto meramente físico y no al jurídico de la titularidad, cuestión esta última básica en el sistema español de inmatriculación. Pero, desde otra perspectiva, también cabría pensar que la inmatriculación procedería en relación con las fincas *antiguas*, en base a la similitud de trámites y garantías de la normalización respecto a la reparcelación. No obstante, es más adecuada la primera solución.

Otro aspecto importante a calificar es el de las notificaciones a los interesados, que, a efectos registrales, han de ser los que figuren como titulares según el Registro no sólo del dominio, sino de cualquier otro derecho real sobre las fincas en cuestión. El artículo 120 del Reglamento de Gestión, al aludir a la «audiencia de los demás interesados conocidos», confirma esta interpretación, que, desde el punto de vista hipotecario, no podía ser de otra manera. Esta notificación no es necesaria,

según hemos visto, en relación con los titulares posteriores a la nota marginal del artículo 102 del Reglamento de Gestión.

En cuanto al «título» para la inscripción de la normalización, se aplica la misma regla general de la reparcelación ordinaria, puesto que el artículo 121, 1, del Reglamento establece que, «aprobada la normalización, el acuerdo se protocolizará notarialmente y se remitirá de oficio al Registro de la Propiedad para su oportuna toma de razón». Aunque no se dice que el acuerdo ha de ser firme en vía administrativa y que en él han de constar las descripciones antiguas de las fincas y las nuevas descripciones resultantes de la normalización, ello resulta de la aplicación supletoria del artículo 113, 1, del Reglamento de Gestión y de la naturaleza misma de la normalización.

Por último, por lo que se refiere a la «inscripción» de la normalización, acabamos de ver que el artículo 121, 1, del Reglamento de Gestión utiliza otra vez la expresión «toma de razón», muy anticuada y poco expresiva. En realidad, se trata de «inscribir» o «hacer constar» la nueva descripción o configuración física de las fincas inscritas, para lo cual el asiento adecuado, como en toda rectificación descriptiva, es el asiento de inscripción. El contenido de dicho asiento resulta del número 2 del artículo 121, según el cual «el Registrador se limitará a consignar la nueva configuración física de las fincas inscritas, sin que el asiento que practique deba afectar en ninguna otra forma a las titularidades existentes». Se trata, por tanto, de sendos asientos de inscripción extendidos en cada finca a continuación de los existentes, sin que tenga lugar ninguna extinción ni apertura de hoja registral, a diferencia del supuesto normal de reparcelación. Con dicho sistema también ha quedado superada la antigua técnica del Reglamento de Reparcelaciones, que consistía en la inscripción de una agrupación de las fincas normalizadas y en la ulterior segregación de cada una de las nuevamente configuradas, técnica ésta no sólo abandonada para el supuesto normal de reparcelación, sino para la normalización. Respecto al archivo de los planos de información y de normalización, procede su aportación al Registro a tal efecto, por aplicación supletoria de la normativa de la reparcelación ordinaria. En cuanto a la nota marginal del artículo 102 del Reglamento de Gestión, procede también su cancelación una vez aprobada la normalización, esta vez por analogía con lo dispuesto en el artículo 116, 3, en relación con otra reparcelación abreviada que tampoco lleva consigo nuevas adjudicaciones, como es la reparcelación simplemente económica.

(Continuará.)

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

La propiedad urbana: orientaciones actuales.
Clasificación del suelo según la Ley del
Suelo. Limitaciones en la propiedad
del suelo por razones de ordenación urbana.
La legislación de viviendas de protección
oficial. Limitaciones que impone (*)

LA PROPIEDAD URBANA; ORIENTACIONES ACTUALES

La propiedad urbana representa, en cierto modo, la superación del concepto de dominio contenido en el artículo 348 del Código Civil («La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes») (1).

Hoy, este precepto sigue diciendo exactamente lo mismo que en la época en que fue redactado; sin embargo, la institución que regula ha

(*) Este trabajo no tiene mayor propósito que contestar los temas 40 y 30, respectivamente, de las oposiciones a Registros y Notarías.

Como puede apreciarse, tiene dos partes: el texto, que podría considerarse fundamental, y las notas de pie de página, las cuales deben servir al opositor no sólo como complemento para utilizar a su arbitrio, sino también como medio de aclarar conceptos.

(1) La concepción de propiedad contenida en el artículo 348 del Código Civil había entrado en España, en el año 1810, como consecuencia de la recepción de las ideas nacidas de la Revolución francesa. Dichas ideas desechan el concepto de un dominio aristocrático y vinculado a determinadas clases sociales, para pasar a configurarlo de un modo individualista, liberal y burgués, es decir, estableciendo su origen en el trabajo, pero entendiéndolo, una vez obtenido, como el más amplio señorío que podía tenerse sobre una cosa. Y este concepto, nacido de la burguesía revolucionaria francesa, será posteriormente recogido en nuestro país por una burguesía ya conservadora —de aquellas ideas y sus resultados—, que fue la encargada de redactar el Código Civil.

sufrido cambios sustanciales: de un derecho de propiedad que frente al Estado significaba «un espacio jurídico vacío» (SCHREIER) se ha pasado a un concepto de la misma en el que casi su naturaleza de derecho subjetivo se somete a revisión (GARRIDO FALLA) (2).

En este contexto, GARCÍA DE ENTERRÍA intenta justificar el concepto de propiedad urbana diciendo que su contenido normal está delimitado por la ley (3).

Los seguidores de esta teoría, que puede calificarse como «administrativista», ven su apoyo en el artículo 87 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (en adelante, TRLS), según el cual «... la ordenación del uso de los terrenos y construcciones... definen el contenido normal de la propiedad...», lo que entienden como una superación del contenido del artículo 348 del Código Civil.

Sin embargo, frente a esta posición doctrinal existe la tesis que podría denominarse «civilista», para la cual la distinción entre delimitar y limitar es un mero artificio y no se encuentra en nuestros textos legales. Conforme a éstos, el propietario tiene ínsitas en su dominio todas las facultades, incluso las de aprovechamiento urbano o edificación, si bien las tiene limitadas, sujetas a una serie de prohibiciones legales que le impiden ejercitarlas hasta tanto el Planeamiento se lo permita y en la manera que el mismo señale. Y esta naturaleza de limitación legal justifica lo preceptuado por el artículo 88 del TRLS, según el cual «... la

(2) GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, pág. 424.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, conferencia «Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico», parte de la cual aparece comentada por Francisco NÚÑEZ LAGOS en su trabajo, publicado en el número de julio-diciembre de la *Revista de Derecho Notarial*, págs. 353 y sigs., «Dos temas de oposición: La propiedad urbana, y urbanismo y Registro de la Propiedad». En ella, el autor —dice NÚÑEZ LAGOS—, «siguiendo la terminología alemana, entiende que una cosa es 'delimitar' y otra 'limitar' la propiedad. Reconoce el equívoco de las palabras en español, pero insiste en que delimitar es configurar los límites dentro de los cuales se produce el contenido normal del Derecho; limitar, en cambio, es restringir, quitar algunas de las facultades que entrañarían ese contenido normal resultante de la delimitación. La propiedad urbana está delimitada y tiene un contenido propio, normal —sigue diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA—, distinto del de la propiedad rústica: lo demuestra el que según el concepto tradicional del dominio, que hay que estimar superado, no había diferencias entre propiedad rústica y propiedad urbana, ya que el propietario de bienes inmuebles podía a su libre arbitrio transformarlos de rústicos en urbanos; podía parcelar a su antojo, edificar en suelo rústico construcciones no justificadas para destino agrícola, ganadero o forestal; podía, a su vez, en suelo ya urbano construir el tipo de edificio que le viniera en gana. Hoy, en cambio, la conversión de suelo rústico en urbano, urbanizar, ya no es facultad del propietario en abstracto, sino que está estrictamente reservada al Plan, y dentro de ello, el aprovechamiento concreto de cada finca también viene determinado en el Planeamiento, así como el grado de intensidad de cada uso».

enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta ley» (4).

De cualquier modo, este sentir moderno aparece recogido en nuestra Constitución, que en su artículo 33, después de reconocer el derecho a la propiedad privada, establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Y en su artículo 47 dice: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

Y el mismo Código Civil, al recoger en su artículo 7.º, 2, la doctrina del abuso del derecho —que se introduce en dicho texto legal por reforma de 31 de mayo de 1974—, se orienta en esta línea: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales de ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

Sin embargo, no debe verse en la redacción de estos preceptos un intento de socialización o nacionalización del suelo urbano, sino una regulación de la utilización del mismo de acuerdo con el interés general, determinando la participación de la comunidad en las plusvalías que origine la acción urbanística de los entes públicos, como dice la propia Constitución (5).

(4) Esta doble argumentación, administrativa y civilista, la he tomado del ya citado trabajo de Francisco NÚÑEZ LAGOS, donde puede verse desarrollada más a fondo. Este autor termina comentando que «la posición civilista tal vez explique mejor lo que ocurre cuando el propietario construye sin licencia o contra el Planeamiento: a pesar de ello, la construcción existe y está atribuida en propiedad al dueño de la finca; tanto es así que se le puede sancionar por la infracción urbanística cometida, pero no afectar a su propiedad sobre dicha construcción. Y una vez pasado el plazo de prescripción para sancionarle, quedará dueño de aquella con entera legalidad. Evidentemente, su propiedad de lo edificado deriva de que la facultad de edificar estaba ínsita en su dominio y no de que le hubiera sido concedida en el Plan o con arreglo al mismo».

(5) Puede encontrarse desarrollado este punto en la obra anteriormente citada de GARRIDO FALLA, pág. 544, quien en nota de pie de página sigue diciendo al respecto: «Un intento de socialización del suelo urbano estaba contenido en la enmienda número 493, de los diputados MORODO y SÁNCHEZ AYUSO, postulando porque se añadiera el siguiente inciso al artículo 47: 'Mediante la socialización del suelo'. Y una orientación en sentido contrario se advierte en la enmienda número 63, de FERNÁNDEZ DE LA MORA, quien propuso la eliminación de la segunda parte del precepto citado, señalando que la misma era una simple declaración de intenciones

Y para terminar esta pregunta puede recogerse lo dicho por LASO (6) al respecto, que se resume en las siguientes ideas:

1.º El sistema urbanístico español reconoce la propiedad privada del suelo.

2.º La propiedad del suelo, en tanto está sujeta al proceso de transformación habilitado por el Planeamiento, queda afecta a fuertes restricciones y limitaciones.

3.º La propiedad del suelo queda diferenciada de su aprovechamiento urbanístico de tal manera que si bien la primera no puede ser sacrificada sin compensación, el segundo puede ser restringido sin indemnización.

4.º Las restricciones impuestas a la propiedad del suelo son compensadas, en primer lugar, por el resto de los propietarios de los terrenos emplazados en el mismo sector.

5.º La Administración no está sujeta normalmente a restricción alguna en su iniciativa para participar en la propiedad del suelo mediante su adquisición por un valor objetivo.

Por todo lo cual —según el citado autor— es muy importante destacar la diferencia existente entre el derecho de propiedad del suelo y el derecho que su titular pretenda tener en su aprovechamiento urbanístico; ambas son nociones distintas, porque así como el propietario de un terreno calificado como inedificable está privado de construir en él, sin embargo, no pierde la propiedad del mismo, su posesión excluyente, ni la facultad de individualizar el bien (7).

CLASIFICACIÓN DEL SUELO SEGÚN LA LEY DEL SUELO

La clasificación del suelo la hace el Plan.

Por Plan de Ordenación Urbana puede entenderse:

y que la referencia al suelo o es una tácita invitación a la nacionalización o no es materia constitucional».

(6) LASO MARTÍNEZ: *Derecho urbanístico*, tomo III, pág. 30.

(7) Por otros autores se han apuntado las siguientes notas como caracterizadoras de la propiedad urbana: acentuado carácter social de los problemas que plantea; aspecto global y complejo del hecho urbanístico, que desborda la mera perspectiva del suelo y la vivienda, enmarcándose en un contexto más amplio de carácter sociológico donde intervienen diversos factores económicos, políticos y sanitarios (GARCÍA DE ENTERRÍA); acusado intervencionismo de la Administración; se trata de una propiedad con una tercera dimensión, el volumen; está temporalmente subordinada al Planeamiento y es esencialmente limitada, etc.

- El conjunto de normas de ámbito nacional, comarcal o municipal.
- Que tienen por objeto clasificar el suelo y regular su uso y aprovechamiento.
- Creando, además, una serie de obligaciones *propter rem* en orden a su urbanización y edificación.

Los Planes obligan a todos, tanto particulares como Administración (artículo 57 del TRLS).

Del estudio de los Planes se ocupan los artículos 6.º y siguientes del citado TRLS y el Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978.

Clases de Planes (8):

1.º Plan Nacional: en él se establecen las grandes directrices para la ordenación del territorio español. De momento, no se encuentra confeccionado (9).

2.º Planes Directores Territoriales de Coordinación: establecen las directrices para la ordenación del suelo en territorios más o menos extensos de España (10).

3.º Planes Generales Municipales y Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento: ordenan el suelo del término municipal al que se refieren. El Plan General Municipal es más complejo y desarrollado que las Normas (11).

(8) El artículo 6.º del TRLS dice: «1. El planeamiento urbanístico del territorio nacional se desarrollará a través de un Plan Nacional de Ordenación y de Planes Directores Territoriales de Coordinación, Planes Generales Municipales y Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.

2. Los Planes Directores Territoriales de Coordinación podrán tener ámbito supraprovincial, provincial o comarcal.

3. Los Planes Generales Municipales se desarrollarán, según los casos, en Planes Parciales, Planes Especiales, Programas de Actuación Urbanística y Estudios de Detalle».

(9) El artículo 7.º del TRLS dice: «El Plan Nacional de Ordenación determinará las grandes directrices de ordenación del territorio, en coordinación con la planificación económica y social para el mayor bienestar de la población».

(10) Según el artículo 8.º, 1, del TRLS: «Los Planes Directores Territoriales de Coordinación establecerán, de conformidad con los principios del Plan Nacional de Ordenación y de la Planificación Económica y Social y las exigencias del desarrollo regional, el marco físico en que han de desarrollarse las previsiones del Plan y el modelo territorial en que han de coordinarse los Planes y Normas a que afecte».

(11) Según el artículo 10, 1, del TRLS: «Los Planes Generales Municipales de Ordenación, como instrumento de ordenación integral del territorio, abarcarán uno o varios términos municipales completos y clasificarán el suelo para el establecimiento del régimen jurídico correspondiente; definirán los elementos fundamentales de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio y establecerán el programa para su desarrollo y ejecución, así como el plazo mínimo de su vigencia».

Y el artículo 88 del Reglamento de Planeamiento establece: «1. Dentro de los

4.º Planes Parciales y Estudios de Detalle: son complementarios de los anteriores y su finalidad es desarrollar la ordenación del suelo marcada por el Plan para una determinada parte del territorio municipal (12).

5.º Planes Especiales: tienen por objeto el desarrollo de previsiones concretas contenidas en los Planes Directores Territoriales, Planes Generales Municipales y Normas Complementarias y Subsidiarias (13).

Una vez visto esto, para clasificar el suelo deberá atenderse a si se trata de Municipios con Plan General o sin él, a tenor con lo dispuesto en los artículos 77 a 82 del TRLS y 20 y siguientes del Reglamento de Planeamiento. Así:

a) Municipios con Plan General Municipal de Ordenación Urbana: en ellos el suelo se clasificará en los siguientes tipos:

— Suelo urbano: estará constituido por los terrenos a los que el Plan incluya en esa clase, por contar con acceso rodado, abasteci-

límites señalados por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana para los Planes de Ordenación, se podrán redactar Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, que tendrán el rango jerárquico de los que complementen o suplan.

2. Las Normas Complementarias de los Planes Generales tendrán por objeto regular aspectos no previstos o insuficientemente desarrollados por aquéllos. Sus determinaciones guardarán la debida coherencia con las propias de los Planes que complementen, y en ningún caso podrán modificarlas.

3. Las Normas Subsidiarias del Planeamiento se redactarán con alguna de las finalidades siguientes: a) Establecer para la totalidad de una provincia o parte de ella la normativa de carácter general sobre protección y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación aplicable a los Municipios que carezcan de Plan General o de Normas Subsidiarias de carácter municipal. b) Definir para los Municipios que carezcan de Plan General, la ordenación urbanística concreta de su territorio.

4. El contenido de las Normas Complementarias y Subsidiarias deberá ajustarse a las determinaciones y directrices establecidas en los Planes Directores Territoriales de Coordinación, si los hubiere.

5. En ningún caso, las Normas Complementarias y Subsidiarias podrán ser aprobadas para desarrollar un Plan General con la finalidad de sustituir un Plan Parcial o un Programa de Actuación Urbanística».

(12) Dice el artículo 13, 1, del TRLS: «Los Planes Parciales de Ordenación tienen por objeto, en el suelo clasificado como urbanizable programado, desarrollar, mediante la ordenación detallada de una parte de su ámbito territorial, el Plan General y, en su caso, las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, y en el suelo clasificado como urbanizable no programado, el desarrollo de los programas de actuación urbanística».

Conforme al artículo 14, 1, del mismo texto legal, «los Estudios de Detalle podrán formularse cuando fuere preciso para completar o, en su caso, adaptar determinaciones establecidas en los Planes Generales para el suelo urbano y en los Planes Parciales».

Y el artículo 15 se refiere a los Proyectos de Urbanización, entendiendo como tales aquellos proyectos de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica los Planes.

(13) Del estudio de los Planes Especiales se ocupan los artículos 76 a 87 del Reglamento de Planeamiento.

miento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, o por estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie, o que lleguen a disponer de los citados elementos por ejecución del Plan.

- Suelo urbanizable: estará constituido por aquellos terrenos que en el Plan General Municipal se declaren aptos para ser urbanizados. Se subdivide, a su vez, en programado y no programado, según pueda ser urbanizado de acuerdo con el programa del propio Plan o necesite la aprobación del correspondiente Programa o Programas de Actuación Urbanística.
- Suelo no urbanizable: estará constituido por aquellos terrenos no incluidos en el Plan en alguno de los tipos de suelo ya citados, así como por los espacios especialmente determinados por dicho Plan al objeto de otorgarles una especial protección en razón a su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, valor paisajístico, etc. Se subdivide en protegido y no protegido.

b) Municipios sin Plan General de Ordenación Urbana: en ellos sólo hay suelo urbano y no urbanizable.

- Suelo urbano: será aquel que, reuniendo los requisitos ya citados para el suelo urbano en los Municipios con Plan —con la excepción de que bastará que la edificación esté consolidada en la mitad de su superficie—, esté incluido como tal en el oportuno Proyecto de Delimitación.
- Suelo no urbanizable: estará constituido por todos los demás espacios del término municipal.

Dos notas finales a la clasificación del suelo:

1.^a Resaltar que el suelo rústico aparece ya en la categoría de suelo no urbanizable.

2.^a El concepto de solar: las superficies de suelo urbano aptas para ser edificadas por reunir los requisitos exigidos en la legislación urbanística (14).

(14) El régimen jurídico de los diversos tipos de suelo viene regulado por los artículos 83 a 86 del TRLS y 39 a 44 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978. En los mismos se establecen una serie de limitaciones: Así, el suelo urbano no podrá ser edificado hasta que la parcela merezca la calificación de solar, salvo autorizaciones excepcionales o que se den las garantías reglamentariamente determinadas; estará sometido a las limitaciones específicamente establecidas en el Plan, y habrá obligación de ceder a los Ayuntamientos los terrenos destinados a viales, parques, etc., costear la urbanización, edificar los solares cuando el Plan lo estableciera y repartir equitativamente las cargas. El suelo urbaniza-

LIMITACIONES EN LA PROPIEDAD DEL SUELO POR RAZONES DE ORDENACIÓN URBANA

El artículo 148, 1, 3.º, de la Constitución dice: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.»

Consiguientemente, el derecho estatal sobre esta materia será supletorio del de las Comunidades Autónomas.

Siguiendo esta dirección constitucional, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 sobre actuación de Notarios y Registradores en relación con el urbanismo, al tiempo que ratifica su anterior Resolución de 9 de abril del mismo año, en el sentido de declarar que es el Estado el que tiene competencia exclusiva para dictar las reglas relativas a la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, conforme al artículo 149, 1, 8.º, de la Constitución, deja expresa constancia de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda (15).

Por tanto, en el estudio de esta pregunta debe distinguirse:

ble no podrá ser urbanizado hasta que se apruebe el correspondiente Plan Parcial; deberá cederse obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento los terrenos destinados a viales, parques, etc., costear la urbanización, etc. En el suelo no urbanizable, los espacios de especial protección no podrán ser dedicados a usos que entrañan transformaciones de su destino o naturaleza.

(15) La Resolución de 9 de abril de 1984, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia en materia de Registros e instrumentos públicos, dice, entre otros extremos: «Primero: Es el Estado el que tiene competencia exclusiva, en todo caso, para dictar las reglas relativas a la ordenación de los Registros e instrumentos públicos. Segundo: La potestad reglamentaria e interpretativa en esta materia corresponde al Gobierno de la nación, al Ministerio de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado». Y la Instrucción del mismo Centro Directivo de 16 de julio de 1984 sobre actuación de Notarios y Registradores en relación con el urbanismo dice, a su vez: «Primero: En materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda rigen, en primer lugar, las normas que emanen, en su caso, de las correspondientes Comunidades Autónomas y después, supletoriamente, la legislación estatal. Segundo: Notarios y Registradores, al enjuiciar la validez y alcance de los actos jurídicos sobre las fincas situadas en los territorios de las Comunidades Autónomas, se atenderán, según el caso, a una u otras normas. Tercero: En particular, se decidirá con arreglo a las normas respectivas si determinada parcelación del suelo, sea urbano o rústico, es legal, o si determinada infracción impide a los Notarios la autorización de los actos, y a los Registradores, la inscripción. Cuarto: Los títulos expedidos conforme a la correspondiente legislación aplicable tendrán en el Registro, si cumplen, además, las exigencias de la Ley Hipotecaria, el correspondiente reflejo a través del asiento —inscripción, anotación preventiva o nota marginal— que, conforme a la legislación del Estado, sea apropiado según el supuesto».

En la actualidad, la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido ya las competencias atribuidas por la Constitución.

A) Limitaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas con normativa propia al respecto.

Hasta la fecha, las Comunidades Autónomas con normativa urbanística propia, más o menos completa, son las siguientes:

- Cataluña, con su Ley de 18 de noviembre de 1981 sobre protección de la legalidad urbanística y Reglamento de 16 de agosto de 1982.
- Baleares, con su Protocolo aprobado por el Consejo General Interinsular el 29 de septiembre de 1980.
- Asturias, con su Convenio o Protocolo aprobado por el Consejo Regional de Asturias mediante Decreto de 19 de junio de 1981.
- Galicia, con su Protocolo aprobado por la Xunta el 21 de mayo de 1982.
- Andalucía, con su Protocolo de 11 de noviembre de 1981.
- Extremadura, con su Protocolo aprobado el 21 de septiembre de 1982.
- Comunidad Autónoma de Madrid, con su Ley de 10 de febrero de 1984 sobre Medidas de Disciplina Urbanística (16).

En estas disposiciones destacan como principios o criterios fundamentales los siguientes:

(16) Merecen especial consideración los siguientes preceptos de esta ley:

Artículo 1.º, 1: «La parcelación urbanística... requiere la previa aprobación de un Plan Parcial de Ordenación. 4: No se podrá proceder a la parcelación urbanística en suelo urbanizable hasta que se haya obtenido la correspondiente licencia de parcelación... 5: Será nula de pleno derecho toda parcelación urbanística realizada con infracción de lo dispuesto en este artículo».

Artículo 14, 1: «En suelo no urbanizable sólo podrán realizarse parcelaciones rústicas.. 2: ...deberán ser autorizadas por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Madrid... 3: Serán nulas de pleno derecho las parcelaciones rústicas que infrinjan lo dispuesto en los apartados anteriores...».

Artículo 15, 6: «Los Notarios y Registradores no procederán a autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica...» (hay que fijarse aquí cómo el precepto dice «división de terrenos» y «licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica», lo cual lleva a la necesidad de dicha licencia, tanto en los supuestos de parcelación urbanística como en los que no exista tal, como, por ejemplo, las divisiones de terrenos con motivo de particiones hereditarias; cabría preguntarse ¿si dentro de las facultades concedidas por la Constitución a las Comunidades Autónomas —ordenación del territorio, urbanismo y vivienda— está la de establecer la necesidad de licencia administrativa para divisiones o segregaciones de terrenos que no entrañen parcelación urbanística, sino que se muevan en la esfera concreta del Derecho privado?).

- 1.º La protección de la legalidad urbanística.
- 2.º La concepción del Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, reforzando la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística, y como medio idóneo de información y garantía de la actividad controladora y sancionadora de la Administración.
- 3.º El reconocimiento de las funciones de Notarios y Registradores y el respeto a la facultad calificadora de estos últimos.
- 4.º La constancia registral, mediante un sistema de anotaciones preventivas y notas marginales, de determinados actos administrativos producidos en el ejercicio de funciones urbanísticas; igualmente, en la mayor parte de estas disposiciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas se posibilita la autorización de escrituras de segregación y división de terrenos sin necesidad de licencia administrativa, así como su acceso al Registro de la Propiedad. Para todo ello se tuvo en cuenta no sólo el ya citado artículo 148, 1, 3.º, de la Constitución, sino también el 221, 1, del TRLS («Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización»).

B) Régimen urbanístico de aquellos territorios sin normativa específica propia, o que aun teniéndola fuese insuficiente o incompleta (ya que en este último caso la Ley del Suelo actuaría con carácter supletorio respecto a la regulación urbanística de las Comunidades Autónomas).

Será de aplicación el TRLS y sus Reglamentos de Planeamiento de 23 de junio de 1978, de Disciplina Urbanística de la misma fecha y de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978.

Y en cuanto a las limitaciones en concreto se atenderá a los artículos 94, 95 y 96 del TRLS (17). (Evidentemente, son muchas y variadas, las limitaciones impuestas a la propiedad urbana en la legislación específica, tales como ceder al Ayuntamiento los terrenos destinados a viales,

(17) El contenido de estos preceptos se caracteriza —entre otras muchas cosas, por supuesto— por un claro desconocimiento y olvido de la institución registral. En este sentido, dice CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II, página 10): «El reto que la legislación urbanística ha supuesto para la institución registral hubiese sido fácil de resolver si los urbanistas hubiesen tenido un conocimiento mínimo de la institución y de su funcionamiento, pero se han limitado a echar las culpas a la definición del Código Civil sobre la propiedad, tachando a la institución registral como pieza clave de la persistencia de la concepción individualista».

costear las urbanizaciones, edificar los solares, etc. Sin embargo, dado lo extenso del tema, voy a referirme únicamente a aquellas que más directamente afectan a Registradores y Notarios.) De su examen resulta lo siguiente:

1.º Concepto de parcelación urbanística: «Se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma que reglamentariamente se defina éste.

Se considerará ilegal a efectos urbanísticos toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma Urbanística que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en el artículo 96 de esta Ley» (art. 94 del TRLS).

Comentario:

- Se trata de un precepto absolutamente ambiguo, pues no da un concepto preciso de parcelación urbanística, lo cual, a efectos prácticos, trae consigo enormes problemas (18).
- Cuando el acto no entrañe una parcelación urbanística no será de aplicación la legislación del Suelo (19), con excepción de lo dispuesto en el artículo 95 sobre la indivisibilidad de la parcela mínima.

(18) Dice, a este respecto, BENAVIDES DEL REY («Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1980, págs. 625 y sigs.): «Resulta absolutamente inseguro deducir el concepto de núcleo de población del binomio 'parcelación-construcción', y todavía más arriesgado calificar de urbanística, por referencia a aquel concepto, la simple división de un terreno en dos o más lotes, máxime cuando el reflejo documental de la operación señalada precede habitualmente en el tiempo a la formalización de las actas declarativas de edificaciones realizadas en los predios resultantes de las expresadas divisiones».

(19) Para BENAVIDES DEL REY (*Conferencias en la Escuela de Urbanismo*) hay indicios racionales de que se trata de una parcelación urbanística en los siguientes supuestos: 1. Cuando figurando la finca en el Registro de la Propiedad como rústica, se produzcan segregaciones o divisiones múltiples formalizadas en un mismo documento y en el que se altere la naturaleza de la finca matriz o de las fincas resultantes, así como su descripción, de manera que en él, tanto la cabida como los linderos, se expresen en la forma exigida por la regla 3.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario para las fincas urbanas. 2. Cuando aun respetando lo dispuesto en la regla segunda del citado artículo para la descripción de las fincas rústicas, de la comparecencia, intervención u otorgamiento, resulta que dichas fincas van a ser destinadas a un uso diferente del específicamente agrícola, pecuario o forestal. 3. Cuando figurando la finca en el Registro como rústica, se produzcan segregaciones o divisiones aisladas, formalizadas en documentos públicos en momentos diferentes, si del examen del Registro resultan notas al margen de la matriz acreditativas de haberse efectuado varias segregaciones. 4. Cuando la finca objeto de la segregación o división figura en el Registro como urbana, salvo que se trate de una partición hereditaria, en las que habitualmente no hay indicios de parcelación urbanística.

2.º Finalidades fundamentales de la Ley del Suelo en cuanto a la materia que nos ocupa: pueden destacarse dos: establecer el concepto de parcela mínima indivisible urbana y evitar las urbanizaciones ilegales (20).

De lo primero se ocupa el artículo 95 del TRLS, y de lo segundo, el 96 (21).

Artículo 95: «1. Serán indivisibles:

a) Las parcelas determinadas como mínimas en el correspondiente Plan o Norma, a fin de constituir fincas independientes.

b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquirieran simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes, con el fin de agruparlos y formar una nueva finca.

c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior.

d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área, cuando se constituyere el correspondiente a toda la superficie, o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.

2. Los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de 'indivisible' de las que se encontraren en cualquiera de los casos expresados.

3. Al otorgarse licencia de edificación sobre una parcela comprendida en el apartado d) del párrafo 1 se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca.»

(20) Dice FUENTES SANCHIZ («En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 422/3, año 1973, pág. 48): «Una de las preocupaciones del legislador se halla constituida por la triste historia de las que llamaríamos urbanizaciones clandestinas: creación de barrios pseudourbanos en el ensanche de las poblaciones, carentes de servicios y que caían después como un alud sobre la ciudad, que había de hacer frente a un hecho consumado, generalmente trazado sin técnica y sin sentido común».

(21) Los artículos 97 a 102 del TRLS y 71 y siguientes del Reglamento de Gestión, se ocupan de la reparcelación urbanística, procedimiento del que merece destacar, desde el punto de vista registral, la certificación de titularidad y cargas del Registro de la Propiedad que ha de expedirse al inicio del mismo, así como, una vez finalizado, la cancelación de las hojas registrales correspondientes a las fincas reparceladas, a la vez que se abre nuevo folio registral a cada una de las fincas adjudicadas.

Artículo 96: «1. No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un Plan General, cuando afecte a suelo urbano, o sin la previa aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas.

2. Toda parcelación urbanística quedará sujeta a licencia y toda reparcelación a la aprobación del proyecto correspondiente.

3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

4. En ningún caso se considerarán solares, ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede.»

Comentario:

a) Del artículo 95:

- Este precepto se refiere al suelo urbano y al urbanizable programado.
- Consagra la distinción entre fincas divisibles e indivisibles. El fundamento de la indivisibilidad es manifiesto: es una ineludible consecuencia de la unidad mínima de aprovechamiento. Toda ordenación urbana deberá, en función del destino de la zona y su consiguiente utilización, establecer las dimensiones de la parcela mínima (22).
- El límite de la indivisibilidad de la parcela mínima opera no sólo respecto de las parcelaciones urbanísticas, sino con relación a cualquier segregación o división de fincas (23).
- Ni aun con la correspondiente licencia administrativa será válida la parcelación que vulnere o pueda traer como resultado la vulneración de la parcela mínima, según se deduce del anteriormente citado artículo 57 del TRLS: «Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, Proyectos, Normas y Ordenanzas aprobadas con arreglo

(22) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, tomo I, pág. 716.

(23) GONZÁLEZ PÉREZ, en la página 716 de la obra anteriormente citada, dice: «Una vez en vigor un Plan de Ordenación Urbana, no es admisible ninguna división que conduzca a parcelas de dimensiones inferiores a la mínima..., y aun cuando no se trate de parcelación en sentido propio, no es admisible la división».

a la misma.» Por lo cual, establecidas en el Plan las dimensiones, de la parcela mínima, la Administración no tendrá facultad para conceder licencias de parcelación que vulneren o puedan vulnerar dichas dimensiones.

Sin embargo, según LASO, el acto administrativo del otorgamiento de la licencia tiene una presunción de validez que únicamente cede ante una resolución judicial en contrario, y, por ello, tanto el Notario como el Registrador deberán autorizar e inscribir, respectivamente, dicha parcelación si la Administración, por error o por cualquier otro motivo, concedió licencia para ella.

- Finalmente, en cuanto a la naturaleza de la parcelación que vulnera o pueda traer como resultado la vulneración de la parcela mínima, dice LASO (24) que se tratará de un acto no sólo administrativamente ilícito, sino, además, nulo de pleno derecho en su aspecto civil, pues el artículo 95 encierra un mandato legal al respecto: «Serán indivisibles», lo que hay que relacionar con el artículo 6.º, 3, del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...»

b) Del artículo 96:

- Este precepto, en cuanto a la necesidad de licencia para toda parcelación urbanística, se refiere al suelo urbano y al urbanizable programado, ya que en el urbanizable no programado y en el no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas.
- Las segregaciones o divisiones de terrenos que no supongan parcelaciones urbanísticas (como podrían ser las divisiones de fincas en particiones hereditarias) no estarán sujetas a licencia.
- Según se desprende del párrafo 1.º de este artículo, en aquellos terrenos que no tuvieran aprobado un Plan General cuando se trate de suelo urbano, o Plan Parcial del sector cuando se trate de suelo urbanizable, no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas. Sin embargo, el contenido de esta norma parece que debería aceptarse con prudencia, pues, dado el escaso Planeamiento existente en nuestro país, lo contrario significaría paralizar el tráfico jurídico en todos aquellos Municipios que carecieran de Plan General (25).

(24) LASO MARTÍNEZ, Seminario del Colegio de Registradores de la Propiedad, años 1983-84, sobre la «Ilícitud administrativa y validez civil en relación a la legislación urbanística».

(25) GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 724: «Ahora bien, en el supuesto de que no exista Plan General, ¿se mantiene este requisito? Antes de la reforma de 1975, como la jurisprudencia venía admitiendo la posibilidad del Plan Parcial sin el Plan

- El órgano competente para otorgar la licencia de parcelación urbanística será el Ayuntamiento (26).
- En cuanto a la naturaleza de la parcelación urbanística realizada sin licencia, puede decirse que las opiniones están divididas. Para los *ius publicistas* es un acto nulo. Sin embargo, para la moderna doctrina *ius privatista* el problema no es tan simple; MARCOS JIMÉNEZ (27) entiende que «la naturaleza de la licencia, como acto administrativo, no desvirtúa el carácter civil del acto de parcelación o división», por lo que considera que tal parcelación será anulable, pero nunca nula de pleno derecho. Y para GONZÁLEZ PÉREZ (28) «si hubiera nulidad sobrarían las sanciones que prevé la legislación del Suelo».

Como puede apreciarse, MARCOS JIMÉNEZ apunta algo que para los *ius publicistas* parece pasar inadvertido: que una cosa es el acto de parcelación efectuado sin licencia administrativa y otra la eficacia civil del mismo. Y LASO termina por fijar la cuestión al añadir que es absolutamente imprescindible distinguir entre la indivisibilidad de la parcela mínima y la necesidad de licencia para toda parcelación urbanística: de lo primero se ocupa el artículo 95 del TRLS, y de lo segundo, el 96; la vulneración de las dimensiones de la parcela mínima —como ya expuse— supondría un acto administrativamente ilícito y nulo en su aspecto

General, la falta de éste no impedía que pudiera —y debiera— aprobarse el Plan Parcial, previa o simultáneamente. Pero al exigirse después de la Ley de 1975 (TRLR de 9 de abril de 1976) con todo rigor el Plan General como presupuesto del Plan Parcial, el cumplimiento de este precepto exigiría, nada menos, que la formación y aprobación simultánea del Plan General, el Plan Parcial y el Proyecto de Urbanización, lo que sería tanto como condenar a una absoluta y total paralización del tráfico jurídico en todo Municipio que carezca de Plan General».

(26) Según los artículos 179 del TRLR y 6.º del Reglamento de Disciplina Urbanística, «la competencia para otorgar las licencias corresponderá al Ayuntamiento». Este precepto, sin embargo, debe matizarse teniendo en cuenta los artículos 121 y 122 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955. Y de ello resulta:

- a) El supuesto normal es que sea competente la Comisión Municipal Permanente (art. 122, f), del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local).
- b) Cuando no existiera tal Comisión Municipal Permanente, la competencia la tendrá el Ayuntamiento en Pleno (art. 121 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local).
- c) Sin embargo, excepcionalmente será el Alcalde quien ostente la competencia cuando así se lo hubieren conferido las Ordenanzas (art. 108 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local).

(27) MARCOS JIMÉNEZ: *Parcelaciones y reparcelaciones y el Registro de la Propiedad*, pág. 194.

(28) GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 717, aunque el autor parece referirse más concretamente al supuesto de indivisibilidad de la parcela mínima.

civil, pero la parcelación urbanística efectuada sin licencia —tratándose, desde luego, de un acto administrativamente ilícito— civilmente sería válido, pues el artículo 96 no contiene el mandato legal del 95 («serán indivisibles»). Cita este autor en apoyo de su teoría un Auto del Presidente de la Audiencia de Sevilla de 30 de junio de 1979, del cual interesa fundamentalmente el considerando doce, que dice aproximadamente: «Al examinar las consecuencias legales de las divisiones y parcelaciones realizadas sin licencia... como norma general son estimadas sólo como 'ilegales a efectos urbanísticos', o sea que constituyen una mera ilegalidad administrativa y no un acto nulo de pleno derecho, según se desprende del artículo 188 de la Ley del Suelo, por lo que el acto no debe encontrar obstáculo para su acceso al Registro...» (29); y una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1980, según la cual la división es una *quaestio facti*, por lo que los preceptos del Código Civil no deben entenderse modificados ni limitados por las disposiciones administrativas.

Esta tesis, expuesta y contrastada por LASO en el Seminario del Colegio de Registradores de la Propiedad sobre «Ilícitud administrativa y validez civil en relación a la legislación urbanística», pasó, con una formulación más amplia, a ser la conclusión quinta de la Comisión Primera del VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 22-26 de octubre de 1984): «Los actos entre particulares sometidos al cumplimiento de determinados requisitos administrativos pueden tener acceso al Registro, dejándose constancia en la inscripción de la falta de aquéllos, siempre que la Ley no exija su cumplimiento como condición de validez del acto.»

La teoría es sugestiva, y pienso que acertada, si se examinan con detenimiento no sólo los preceptos de la legislación del Suelo, sino también la normativa civil, que no cabe olvidar. Sin embargo, hasta que no obtenga un reconocimiento jurisprudencial, bien por el Tribunal Supremo, bien por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es necesario que Notarios y Registradores sigan exigiendo la licencia de parcelación urbanística.

(29) LASO MARTÍNEZ, pág. 191, de su obra anteriormente citada, tomo I: «En cambio, la parcelación propiamente dicha se orienta esencialmente a evitar que donde no haya una estructura de Planeamiento o de servicios surja una comunidad cuyas necesidades quedarán así frustradas. La consecuencia es meramente urbanística y la división del suelo hecha con infracción de la norma, civilmente no se ve afectada. Así parece deducirse del actual artículo 94 del Texto Refundido, que añade al texto de la Ley de 1956 estas palabras: «Cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población», y, sobre todo, incorpora un segundo párrafo, que dice: «Se considerará ilegal a efectos urbanísticos...».

Puede verse también el trabajo aportado por LASO al *Libro Homenaje a Tirso Carretero*, de próxima aparición, «Ilícitud administrativa y validez civil».

3.º El suelo urbanizable no programado y el suelo no urbanizable estarán sometidos al siguiente régimen:

- a) En ellos no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas.
- b) Las segregaciones y divisiones de terrenos —aunque no fuesen constitutivos de parcelaciones urbanísticas— deberán respetar lo establecido en la legislación agraria (puede verse el art. 85, 4, del TRLS), por lo que serán de aplicación los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (retracto a favor de los colindantes en caso de fraccionamiento por debajo de la unidad mínima de cultivo).

4.º La falta de licencia administrativa de obras de nueva planta o de modificación de estructuras no será obstáculo para la autorización de la escritura por el Notario y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad (30).

5.º Al haber sido suprimido el antiguo contenido del artículo 98 del Reglamento Hipotecario (31) en la reforma de 12 de noviembre de 1982, no serán posibles inscripciones condicionales en los supuestos de parcelaciones urbanísticas sin licencia, con lo cual se revela un manifiesto intento de acercamiento de la legislación hipotecaria a la urbanística.

LA LEGISLACIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

PEÑA estima que el fundamento de las viviendas de protección oficial «responde a la necesidad de configurar especialmente el régimen de la propiedad cuando la vivienda fue construida con especiales ayudas esta-

(30) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1981 dice: «Al ser de competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado en el Planeamiento... Los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de la licencia municipal para que pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta en la propia Ley del Suelo...».

(31) Antes de la citada reforma del Reglamento Hipotecario, decía el artículo 98 del mismo en su párrafo 3.º: «Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar e inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita en el acta de inscripción y en la nota al pie del título de no haberse justificado, y la advertencia de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento, será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito».

tales (fiscales, préstamos, subvenciones, etc.), a fin de que las viviendas respondan durante un largo período a la finalidad social para la que se dieron las ayudas». Y cita las siguientes notas caracterizadoras de las mismas: a) que se produce una modificación singular del contenido ordinario del derecho de dominio, la cual no deriva automáticamente de la Ley, sino que es consecuencia de un acto administrativo de afectación; b) que para afectar a terceros debe inscribirse especialmente la calificación como VPO; c) que las limitaciones impuestas, al ser excepciones al estatuto ordinario de la propiedad, no se presumen, sino que son de interpretación restrictiva, y una vez extinguidas, el dominio recobra su contenido normal u ordinario (32).

La normativa vigente sobre esta materia se agrupa en dos categorías (33):

a) Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 sobre Política de Vivienda:

«Durante el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 podrán iniciarse expedientes de VPO acogiendo a la legislación anterior» (disposición transitoria primera del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

«Las VPO construidas o en construcción, con calificación obtenida al amparo de regímenes anteriores, que hayan sido objeto de contrato de compraventa o promesa de venta, seguirán rigiéndose por las disposiciones de su legislación respectiva. Excepcionalmente, cuando la vivienda objeto del contrato sea una vivienda acogida a la legislación de viviendas sociales surgidas al amparo del Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976, y el adquirente no haya tenido acceso a la financiación prevista por dicha legislación, podrá acogerse a lo establecido en el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, siempre que medie consentimiento entre el promotor y el adquirente» (disposición transi-

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1982, páginas 156 y 157.

(33) Otras disposiciones de interés son las siguientes: Real Decreto de 26 de septiembre de 1980 para impulsar las actuaciones del Estado en materia de vivienda y suelo; Real Decreto de 3 de julio de 1981 sobre promoción pública de VPO en el medio rural; Real Decreto de 14 de mayo de 1982 por el que se dictan medidas complementarias del anterior Real Decreto; Orden de 8 de junio de 1982, igualmente sobre promoción pública de VPO en el medio rural; Real Decreto de 14 de diciembre de 1983 sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, etc.

toria segunda del mismo Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

«Durante el plazo de nueve meses a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley sobre Política de Viviendas de Protección Oficial de 31 de octubre de 1978 podrán acogerse a lo dispuesto en la presente disposición las VPO cuyos expedientes hayan sido calificados al amparo de los regímenes anteriores y que no hubiesen sido objeto de cesión por cualquier título, así como las de los ya iniciados en la fecha de publicación del Real Decreto-ley antes mencionado, o las de los que se inicien de acuerdo con la disposición transitoria primera» (disposición transitoria tercera del citado Real Decreto).

b) Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 y Texto refundido de 12 de noviembre de 1976; y respecto a las denominadas «viviendas sociales», el Real Decreto de 16 de septiembre de 1976, por el cual se desarrollan el Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976, sobre Inversión en Vivienda, y la Orden de 24 de noviembre de 1976.

Estos dos grupos de normas dan lugar, a su vez, a los que podrían calificarse como regímenes moderno y antiguo, respectivamente, sobre VPO; ambos, de momento, están en vigor.

Así, se regularán por uno u otro:

1) Régimen moderno: las viviendas con calificación posterior al 27 de enero de 1979 (en esta fecha entró en vigor el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978) y aquellas con calificación anterior a tal fecha que hubieran optado por el nuevo régimen conforme a lo dispuesto en las disposiciones transitorias del citado Real Decreto de 10 de noviembre de 1978.

2) Régimen antiguo: constituido por el Reglamento de 1968 y demás disposiciones concordantes referidas en la letra b), entrarán dentro de su ámbito las demás viviendas no comprendidas en el número 1) (34).

Limitaciones que impone

Las limitaciones en el régimen de VPO son algo consustancial a su esencia; es decir, por gozar de una determinada protección, todo su

(34) Este diferente régimen normativo puede verse más desarrollado en el trabajo de URIBE SORRIBES publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, número de enero-marzo de 1981, págs. 211 y sigs.: «La legislación de viviendas de protección oficial», el cual, juntamente con los diversos textos legales, me ha servido de base para la elaboración de esta pregunta y la siguiente.

desarrollo ha de moverse dentro de unos límites marcados por la misma legislación que las protege. Por ello, la referencia o estudio del contenido jurídico de las VPO lleva automáticamente aparejado la referencia o estudio de sus limitaciones, y viceversa.

He expuesto en la pregunta anterior cómo en la actualidad deben distinguirse dos diferentes regímenes de VPO, el moderno y el antiguo; consiguientemente, en el estudio de sus limitaciones seguiré esa clasificación.

1) Régimen moderno (35):

— Concepto de VPO: «Se entenderá por VPO la que, destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil máxima de 90 metros cuadrados, cumpla los requisitos establecidos en el presente Real Decreto y en las disposiciones que lo desarrollen y sea calificada como tal por el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo o por otros entes públicos territoriales a los que se atribuya esta competencia» (art. 1.º del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

Duración: treinta años a partir de su calificación (art. 1.º del Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978, sobre Política de Vivienda).

Clases: de promoción privada o de promoción pública.

a) VPO de promoción privada.

1. Elementos personales: los promotores y los beneficiarios.

Podrán ser promotores las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro (art. 7.º del Real Decreto).

Podrán ser propietarios las personas físicas o jurídicas, pero únicamente las físicas podrán ser usuarios (art. 9.º del Real Decreto).

2. Elementos reales: además de a las viviendas, la protección oficial puede extenderse a locales de negocio, talleres de artesanos, anejos de viviendas, edificaciones, instalaciones y servicios complementarios, terrenos y obras de urbanización, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 2.º del Real Decreto.

En cuanto al precio de venta o renta se establecen limitaciones especiales en los artículos 11 y 12 del Real Decreto (36).

3. Elementos formales: los promotores estarán obligados a elevar

(35) La Exposición de Motivos del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 cita como aspectos fundamentales de su contenido: dar un nuevo concepto de VPO, distinguir entre VPO de promoción privada o pública, intensificar el régimen sancionador, etc.

(36) Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de diciembre de 1984, tiene dicho que la contravención de tales limitaciones sólo dará lugar a la nulidad parcial del contrato, es decir, únicamente en lo relativo al citado precio.

a escritura pública, en el plazo de tres meses a contar de la fecha de la calificación definitiva, los contratos de compraventa celebrados con anterioridad a dicha calificación. Si la compraventa tuviera lugar con posterioridad a la calificación definitiva, dicho plazo se contará desde la firma del contrato (art. 15 del Real Decreto).

4. Tramitación: debe distinguirse entre la solicitud de calificación provisional y la solicitud de calificación definitiva (ambas, así como su concesión o no, están reguladas en los arts. 16 a 20 del Real Decreto).

Solicitud de calificación provisional: se presentará por el promotor en la Delegación provincial, acompañando, entre otros documentos, certificado del Registro de la Propiedad acreditativo de la titularidad del dominio de los terrenos y de la libertad de cargas. Transcurrido un mes desde la presentación sin que hubiera recaído resolución expresa, se considerará concedida la calificación provisional a todos los efectos.

Solicitud de calificación definitiva: los promotores dispondrán de un plazo de treinta meses, a partir de la obtención de la calificación provisional, para presentar la solicitud de calificación definitiva; a dicha solicitud deberá acompañarse, entre otros, documento justificativo de haberse practicado en el Registro de la Propiedad la inscripción de la obra nueva comenzada.

La Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a la vista de la solicitud y documentación acompañada, así como de la oportuna inspección de las obras, concederá o denegará, en el plazo máximo de tres meses, la calificación definitiva solicitada.

b) VPO de promoción pública.

Pueden resaltarse las siguientes especialidades:

1. Elementos personales.

Promotores serán, sin ánimo de lucro, el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y aquellos entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia (art. 38 del Real Decreto).

Beneficiarios sólo podrán ser aquellas familias cuyos ingresos anuales sean inferiores al 25 por 100 del precio de venta de la vivienda (artículo 49 del Real Decreto).

2. Elementos reales.

En garantía del pago del precio aplazado se constituirá hipoteca sobre la finca vendida (art. 52 del Real Decreto).

3. Elementos formales.

Aunque nada dice al respecto el Real Decreto, la doctrina se mani-

fiesta a favor de la obligación de otorgamiento de escritura pública y de su inscripción en el Registro de la Propiedad (37).

4. Contenido.

Las viviendas de promoción pública sólo podrán transmitirse *inter vivos*, en segunda o sucesivas transmisiones, por los propietarios, cuando hubieran transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa. Los entes públicos podrán ejercitar en estos casos los derechos de tanteo y retracto (art. 54 del Real Decreto).

Infracciones y sanciones: en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto se especifican una serie de faltas leves, graves y muy graves, con sus correspondientes sanciones.

2) Régimen antiguo: VPO reguladas por el Reglamento del año 1968, Texto refundido de 1976 y Real Decreto-ley sobre viviendas sociales.

Clases de viviendas: con arreglo al Texto refundido de 12 de noviembre de 1976, las VPO se clasifican en dos grupos: primer grupo, aquellas para cuya financiación no se concede subvención, primas, auxilios o anticipos del Instituto Nacional de la Vivienda —que en virtud de Real Decreto-ley de 26 de septiembre de 1980 pasó a ser el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda (38)—; y segundo grupo o viviendas sociales para las que se conceden determinados beneficios siempre que se dé la calificación objetiva y subjetiva que el Decreto sobre Viviendas Sociales de 16 de septiembre de 1976 establece.

Duración: cincuenta años (art. 100 del Reglamento de 24 de julio de 1968).

Limitaciones: se refieren fundamentalmente al uso y a los precios de venta y renta (39).

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

Registrador de la Propiedad

(37) Según el Real Decreto de 18 de julio de 1980 y Orden ministerial de 17 de noviembre del mismo año sobre adjudicación de VPO de promoción pública del Estado o de sus organismos autónomos, «... los correspondientes contratos de compraventa o arrendamiento se formalizarán finalizada la construcción».

(38) Sin embargo, en la actualidad, y después de las sucesivas transferencias de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas, este Instituto ha quedado prácticamente vacío de contenido.

(39) Como principales limitaciones en cuanto a la utilización y uso, pueden destacarse: obligación de dedicar la vivienda a domicilio habitual y permanente, mantenerla en buen estado de conservación de higiene, no utilizarse para uso propio dos o más viviendas, etc.; en cuanto a las ventas, se establecen límites diferentes según que la calificación definitiva fuese anterior o posterior al 1 de enero de 1969 (fecha de entrada en vigor del Reglamento) o se tratase de edificios sometidos al Texto Refundido de 12 de noviembre de 1976. Además, sobre las viviendas del grupo segundo o sociales se establecen prohibiciones especiales, tales como no poder ser transmitidas *inter vivos* hasta transcurridos cinco años desde la fecha de su ocupación, haber obtenido previamente la descalificación de la misma, etc.

Configuración doctrinal de las adquisiciones «a non domino»

Una primera excepción al principio *nemo dat quod non habet* se encuentra en el artículo 1.473 del Código Civil (1), que contempla el supuesto de doble venta de un mismo bien por idéntico vendedor a diferentes compradores, hipótesis embebida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que, además, regula la situación del adquirente cuando el derecho del otorgante se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ordenando que sea mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, y siempre que haya adquirido de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir.

Se permite así que quien ha dejado de ser dueño de un inmueble por haber transferido ya su derecho, o carece de tal cualidad por ser su título adquisitivo inexistente, nulo, anulable, simulado, resoluble, rescindible o revocable, pueda transmitir la propiedad de un bien de forma inatacable a determinados terceros especialmente protegidos por la ley (terceros hipotecarios).

La doctrina científica, a la hora de explicar este fenómeno, se ha dividido en dos grandes direcciones:

- A) Sostener que el tercero hipotecario es un verdadero adquirente del derecho inscrito.
- B) Negarle tal cualidad afirmando que únicamente se encuentra en una situación jurídica privilegiada que le excluye de la reivindicación del verdadero propietario.

(1) ROCA SASTRE considera al artículo 1.473 del Código Civil como un supuesto absorbido en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. *Vid.* ROCA SASTRE, R. M.: «Las adquisiciones a *non domino*», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1970, en *AAMN*, t. XIX, página 308.

Ambas soluciones conducen en la generalidad de los casos a resultados semejantes, aunque no absolutamente idénticos, ya que la adquisición del derecho es definitiva, en tanto que la irreivindicabilidad es un obstáculo opuesto al ejercicio de una acción por una determinada situación que subsiste sólo mientras la misma existe y desaparece cuando ésta cesa (2).

La redacción actual de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas; al decir en el artículo 34 «será mantenido en su adquisición» se está aceptando expresamente la primera de las soluciones apuntadas. A pesar de ello, NÚÑEZ LAGOS, en contra de la opinión dominante, defiende la tesis de la irreivindicabilidad. Argumenta este autor que la ley no dispone que el tercero adquiera la propiedad, sino simplemente que sea mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, lo que se consigue haciendo la adquisición irrevocable. En su opinión sólo se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad, por efecto de la exclusión de la acción reivindicatoria (3).

No es admisible esta posición, porque el derecho de propiedad es *erga omnes*, de forma que o se es propietario frente a todos o no se es frente a nadie (4), pudiendo ejercitarse la acción reivindicatoria de la misma manera, y si frente al tercero hipotecario no se puede ejercitar, el indicio de que uno ha perdido su cualidad de *dominus*, que ahora está en manos del otro, es claro.

Por otra parte, si este tercero es despojado del bien cuya titularidad ostenta, indudablemente podrá ejercitar las acciones pertinentes para volver a ocupar la situación que poseían, entre ellas la reivindicatoria, entonces, ¿qué será más que un propietario?

La verdad es que si alguna duda deja la expresión literal del artículo 34 acerca de si hay o no una adquisición, ésta queda resuelta si se la pone en conexión con el artículo 1.473 del Código Civil, que en su párrafo 2.º dice que la «propiedad» pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro.

Con afirmar que el tercero hipotecario es un adquirente no cesan las discrepancias doctrinales, pues, aunque la mayor parte de la doctrina afirma que realiza una adquisición *a non domino*, no faltan autores, esencialmente italianos, que a través de diversas ficciones jurídicas defienden

(2) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Reus, Madrid, 1947, pág. 403.

(3) NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, página 248.

(4) No considero aceptable en nuestro Derecho la teoría de la propiedad relativa elaborada por una parte de la doctrina italiana.

la cualidad de *dominus* en el enajenante, estudiando el caso típico de la doble venta.

Para ver lo artificioso de esta construcción será suficiente con exponer las tres teorías más destacadas en este sentido: las de GENTILE, MENGONI y MESSINEO. Afirma el primero de los citados autores que en tanto ninguno de los compradores haya inscrito su derecho el vendedor conserva la propiedad del inmueble enajenado, ya que, a su entender, la inscripción opera como circunstancia final que señala la extinción del derecho dominical. Desde este punto de vista, después de la inscripción llevada a cabo por cualquiera de los compradores, el enajenante no puede ser considerado propietario, y quien adquiere de él adquiere *a non domino* (5), pero antes sí, lo que implica que el tercero hipotecario es un adquirente *a domino*.

A su vez, MENGONI asegura que la adquisición del segundo comprador que primero inscribe no pertenece propiamente a la categoría de los adquirentes *a non domino*. Sostiene este autor que si el primer *acquirens* no ha procedido a la inscripción que ocasiona el conocimiento legal de su derecho de propiedad, los sucesivos adquirentes son considerados todos en igual situación, originándose un conflicto de intereses que la ley resuelve aplicando como criterio de preferencia el principio *prior in tempore potior in iure* en relación con la inscripción (6).

Quizá la tesis más consistente sea la de MESSINEO, formulada como respuesta a aquella según la cual la transcripción del ulterior causahabiente haría de hecho retroactivamente resolutorio de la precedente adquisición no transcrita (7). Para él la falta de inscripción del primer adquirente no resuelve la adquisición, ya que no afecta a la validez del título que, conforme al principio del «consentimiento válidamente manifestado» (contrato) que se sigue en este sistema latino, es suficiente para transmitir la propiedad, siendo indudable que la segunda o ulterior enajenación la realiza quien no tiene ya la disponibilidad del derecho. No obstante, considera que la falta de inscripción, aunque no resuelve la adquisición, a tenor del artículo 2.644 del Código Civil, limita su eficacia no sólo entre las partes, sino también frente a todos los terceros.

Partiendo de esta base llega a la conclusión de que la adquisición del segundo comprador, cuando el primero no inscriba, es *a domino* y, en consecuencia, a título derivativo, porque por efecto de la inscripción

(5) GENTILE, F.: *La trascrizione immobiliare*, Casa editrice Dott. Eugene Jovene, Napoli, 1959, pág. 66.

(6) MENGONI, L.: *Gli acquisti «a non domino»*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1968, págs. 10 a 13.

(7) O transcriba después, ya que en el sistema italiano no se conoce el llamado cierre registral.

la segunda adquisición, que por sí misma sería ineficaz, adquiriría eficacia en detrimento de la primera, restituyendo, aunque sea *a posteriori*, al enajenante la figura de *dominus* y, por lo tanto, de legitimado para disponer en orden a la segunda o ulterior enajenación (8).

Desde luego que estas teorías no son admisibles en nuestro Derecho, y sólo a duras penas, tras considerables esfuerzos dialécticos, pueden serlo en el Derecho italiano, donde se sigue un sistema hipotecario de los llamados de «prioridad registral» o «transcripción», que aplica rigurosamente el principio «primero en el tiempo mejor en el Derecho», sin tener en cuenta la buena o mala fe de los adquirentes. En él la inscripción no tiene carácter constitutivo y la propiedad se transmite a través del contrato simplemente, planteándose problemas para resolver los supuestos de doble venta, que MESSINEO solventa sometiendo los efectos de determinados negocios a la existencia de publicidad registral, incurriendo en contradicciones notables, pues primero afirma que el enajenante ha perdido la disponibilidad de su derecho y luego se la hace recuperar, ilógicamente, después de haber enajenado sin ser dueño, por el mero hecho de que el segundo comprador inscribió y el primero no, legitimándole *a posteriori* para realizar un negocio ya efectuado.

Pero en el Derecho español no cabe limitar la eficacia de un negocio por no realizarse la inscripción del derecho al que hace referencia, porque la inscripción tiene simple valor informativo, declarativo, limitándose a recoger los elementos constitutivos del derecho real, sin añadirles ningún valor especial por sí misma. Sostener, como hace GENTILE, que el enajenante conserva la propiedad en tanto uno de los adquirentes no inscriba su derecho, supondría tanto como afirmar que la inscripción es un requisito necesario en la transmisión de la propiedad sin el cual ésta no puede considerarse perfeccionada, y es indudable que la inscripción únicamente da publicidad a una situación de hecho, pero sin que la complete ni sea indispensable.

Tampoco considero que sea posible hablar de un conflicto de intereses que se resuelve aplicando como criterio de preferencia la inscripción, ya que ello supondría partir de la igualdad de los dos compradores, y si bien es cierto que si el segundo adquirente inscribe su título es el protegido por la Ley Hipotecaria, ello se debe a una serie de principios como el de la buena fe, la seguridad del tráfico jurídico, etc., que obligan a llegar a tal solución; pero cuando ninguno de los dos ha inscrito la desigualdad es manifiesta, porque habiendo *traditio* la propiedad pertenece al primer comprador.

(8) MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*, t. III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, págs. 577 a 580.

Estas teorías, además, tienen el inconveniente de negar la existencia de las adquisiciones *a non domino*, ocupándose del tema de forma parcial, estudiando la doble venta y olvidando los supuestos en los que habiendo un solo comprador el título del transmitente es anulado o resuelto.

El tercero hipotecario será adquirente *a non domino*, como se ve con los siguientes ejemplos:

I. Imaginemos que Primus, titular registral, vende un predio de su propiedad a Secundus, y que, posteriormente, vuelve a venderlo a un tercero, Tercius, quien de buena fe compra el bien, inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad.

Si guiéndose en nuestro sistema la teoría del título y el modo, resulta incuestionable que reuniendo la primera compraventa los requisitos de consentimiento, objeto y causa, sin vicio alguno que le haga devenir ineficaz, y produciéndose la *traditio* a manos del comprador (Secundus), éste habrá adquirido la propiedad del bien, con la correlativa pérdida del derecho de Primus.

Si posteriormente Primus enajena nuevamente el bien a Tercius, reuniendo las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, éste devendrá en auténtico titular del bien, habiendo adquirido, sin lugar a dudas, de quien no era propietario del mismo.

II. De forma semejante, si Ticius simula vender un inmueble a Caius, no llevando a cabo en realidad ningún negocio (simulación absoluta), y éste para dar una imagen de mayor veracidad inscribe el bien a su nombre, vendiéndoselo posteriormente a Sempronius, que reúne los requisitos que le hacen merecedor de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque recaiga una sentencia judicial firme declarando la inexistencia del negocio simulado, el que adquirió de Caius será el propietario del bien a todos los efectos.

No es difícil reconocer que la adquisición es *a non domino*, ya que el transmitente en ningún momento fue dueño realmente del bien enajenado.

Señala DE CASTRO que la adquisición del tercero confiando en la realidad de la apariencia no se puede calificar propiamente de hecha *a non domino*, puesto que transmite quien está *in loco domini* por manifiesta voluntad del mismo dueño (9), y ello es cierto, porque si Caius pudo llevar a cabo la enajenación de la cosa objeto del contrato simu-

(9) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 363.

lado y de la cual no es dueño, se debe precisamente a que se encuentra ficticiamente en el *status* de *dominus* por expresa voluntad del propietario, que, persiguiendo un fin de engaño a terceras personas, finge haber traspasado la propiedad de la cosa, desprendiéndose en la mayoría de los casos de su posesión y, aunque de un modo aparente, de los demás derechos inherentes al dominio. Ahora bien, el falso adquirente que transmite, aunque lo haga *in loco domini*, en ningún momento ha sido propietario, por lo que quien de él adquiere lo hace *a non domino* (10).

En estas hipótesis hay una evidente contradicción entre el Registro y la realidad, ya que, por no ser propietarios, ni Primus (en la segunda venta) ni Caius tienen facultad dispositiva para transmitir el bien cuestionado y, en cambio, los que de ellos adquieren son mantenidos en su adquisición por la legislación hipotecaria. Ello es lógico, pues siendo lo normal hoy día que el tráfico jurídico de los bienes tenga un reflejo en el Registro de la Propiedad, se debe de proteger a los que reuniendo determinados requisitos hayan confiado en la exactitud de sus asientos. Si no se prestara esta especial protección al tercero hipotecario «sobra-rían la institución del Registro y la Ley Hipotecaria» (11), quebrando la seguridad del tráfico jurídico al quedar desprotegidos los terceros de buena fe.

La solución adoptada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entonces, no es arbitraria ni mucho menos, máxime habiéndose llegado a ella tras la Ley de Reforma de 1944, momento en el que la doctrina ya había discutido a menudo sobre el tema, siendo numerosos los fallos jurisprudenciales existentes al respecto, y estando ya completamente consolidada la regulación del Registro en el Derecho alemán, inspirador de nuestra legislación hipotecaria en lo que se refiere a las consecuencias del principio de fe pública registral (12).

En virtud de la fe pública registral se sustituye en el tráfico jurídico inmobiliario de buena fe la facultad material de disposición por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica. Ello supone liberar a la inscripción de todo vínculo causal y dotarla de sustantividad y autonomía, haciéndola valer, cualquiera que

(10) La protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria alcanza al tercero adquirente también cuando el título del otorgante se resuelve por otras causas: de inexistencia, como el error obstativo; de nulidad, por ilicitud o por contravenir una prohibición legal; de anulabilidad, tales como un defecto de capacidad o un vicio de la voluntad, o cuando sea resoluble, rescindible o revocable.

(11) DE LA RICA, R.: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Aguilar, Madrid, 1945, pág. 92.

(12) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979, páginas 306 a 310. Opinión no compartida por NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad...», *loc. cit.*, págs. 244 a 248, que sostiene que nuestro sistema inmobiliario registral lo es «de publicidad» y no de «fe pública del Registro».

sea la suerte civil del título en ella reflejado, como la única y total verdad, reputando, por una incontrovertible ficción jurídica, que el Registro es exacto (13).

Es indispensable para que dicho principio opere que el adquirente reúna los siguientes requisitos:

- a) Adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir.
- b) Buena fe en el adquirente.
- c) Onerosidad de la transmisión.
- d) Inscripción en el Registro de la adquisición (14).

Dándose todas estas condiciones la propiedad del tercero será inatacable, habiendo discutido la doctrina si su adquisición debe de ser considerada originaria, derivativa o mixta (15).

En rigor, afirmar que la adquisición del tercero hipotecario es originaria hace pesar toda la fuerza transmisiva en la ley, ignorando la existencia tanto del enajenante como del propietario real del bien transmitido. Sostener que es derivativa implica el carácter negocial de la adquisición, pero debe de salvar el grave obstáculo de la carencia de facultades dispositivas en el *tradens*. Claro que los autores al formular sus teorías entremezclan los diferentes elementos, defendiendo, por ejemplo, la existencia de una «adquisición legal derivativa».

SANZ FERNÁNDEZ cree que en estas hipótesis hay una adquisición originaria y otra derivativa. Distingue en toda enajenación dos aspectos: uno, la transmisión del derecho, que se opera según las reglas del Derecho civil, y otro, la apariencia jurídica registral, que se produce por vía de consecuencia de aquélla, pero registralmente. Cuando el Registro es inexacto y el titular inscrito no es tal, la transmisión —dice— no se lleva a cabo con arreglo al Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre con la apariencia, pues respecto a ella basta la intención de las partes dirigida a obtener la transmisión para que surta efectos.

(13) Definición del principio de fe pública registral tomada de COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, páginas 201 y 202.

(14) La exigencia de estos requisitos es hoy un mandato legal, si bien antes de ser exigidos expresamente ya la doctrina y la jurisprudencia habían apuntado su necesidad. Vid. MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo II, Reus, Madrid, 1917, págs. 619 y 620.

(15) NÚÑEZ LAGOS, defensor de la teoría de la irreivindicabilidad, sostiene que el tercero del artículo 34 no es un adquirente, sino un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente (NÚÑEZ LAGOS, R.: «Fe pública especial», en *RDN* (1958), 2, pág. 29.

Estima, por lo tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica que se opera en virtud del título inscrito, y una adquisición originaria del derecho mismo que tiene lugar por obra de la ley (16), produciéndose correlativamente la extinción del derecho del dueño, que entiende sometido a una especie de condición resolutoria: la disposición por el titular registral no propietario, de modo que el verdadero dueño, a pesar de no tener limitación alguna en el disfrute de su derecho, está amenazado con la pérdida del mismo por el acto dispositivo que el titular realice (17).

Realmente lo que interesa es determinar si la adquisición de la propiedad, unitariamente considerada, procede del dueño no inscrito, del titular registral o de la ley. Por otra parte, sostener que el derecho del dueño no inscrito está afecto a una condición resolutoria entraña más de una dificultad. ¿Quién impone esa condición?, ¿dónde se encuentra recogida?; la práctica de semejantes condiciones, ¿no pondría en otros casos en peligro la seguridad del tráfico jurídico?

Lo que es innegable es que falta uno de los términos esenciales en la ecuación necesaria para la transmisión de la propiedad: la preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante que le faculta para disponer, y esta es la dificultad que las tesis en torno a la adquisición *a non domino* deben de salvar.

Generalmente se admite que la facultad de disponer sea sustituida por otro elemento, que si bien no es equivalente viene a suplirla: la legitimación, originada por el hecho de aparecer el enajenante en el Registro como titular del derecho transmitido, reemplazando la inscripción a la misma propiedad, produciendo la validez del acto dispositivo del no titular, con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe (18). Tesis criticada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO, para quienes toda legitimación supone una autorización voluntaria o legal para disponer que en las hipótesis del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no existe (19). Consideran que la ley aporta el equivalente jurídico de la inexistente legitimación o facultad de disponer expropiando de su dere-

(16) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho...*, op. cit., págs. 405 y 406.

(17) *Ibidem*, pág. 407, que recoge la idea de NÚÑEZ LAGOS expuesta en su trabajo «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945.

(18) *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principios hipotecarios*, Imp. Sáez Hermanos, Madrid, 1931, págs. 143, 144 y 158; *Idem* en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, pág. 26; ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 564, nota 2.

(19) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 256.

cho al titular registral que no lo hizo constar en el Registro, y haciendo eficaz el negocio transmisivo válido, en virtud de la inscripción (20).

Pero la cuestión sigue en pie. Sea la facultad dispositiva sustituida por una legitimación derivada de la inscripción, o por una expropiación del verdadero dueño, ¿la adquisición del tercero será originaria o derivativa?

ROCA SASTRE estima que según los casos la adquisición *a non domino* puede ser derivativa u originaria, aunque en el del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede ser sino derivativa, ya que la protección de esta norma sólo alcanza al adquirente a título oneroso, o lo que es lo mismo, por negocio jurídico, lo que implica que su adquisición ha de ser derivativa y no originaria, por más que el factor más decisivo en estas adquisiciones sea la ley (21).

Llegan a una conclusión análoga LACRUZ BERDEJO y SANCHO, para quienes, a pesar de la intervención de la ley, la adquisición es derivativa. Sostienen que aunque la transmisión no proviene del propietario lo que se recibe es su mismo derecho a través de la expropiación que la ley hace al titular real, atribuyendo la finca o derecho, de modo directo, al nuevo dueño, afirmando a la vez que si la adquisición tiene lugar *ex negotio*, el derecho deriva *ex lege*, debiendo de hablarse de cooperación entre él y la ley (22).

Se ponen de manifiesto de esta forma las opiniones subjetivas de una significativa parte de la doctrina, que presentan más analogías de las que en principio parece, ya que en todas ellas se hace destacar la importancia tanto del negocio como de la ley en la transmisión de la propiedad, si bien discrepan a la hora de conceder preponderancia al uno sobre la otra o viceversa.

En este peculiar modo de adquirir la propiedad, no recogido en el Código Civil, aunque no por ello menos real, son dos los factores que por igual intervienen en la adjudicación de la propiedad:

1. El negocio jurídico de transmisión, intrínsecamente válido.
2. Las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Decir que la transmisión se produce por el negocio, supliendo la preexistencia del derecho la legitimación que concede la existencia de una titularidad aparente en el enajenante por aparecer inscrito en el Registro, no es una verdad completa. Se estaría desconociendo la trascen-

(20) *Ibidem*, pág. 258.

(21) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho...*, op. cit., págs. 591, 619 y 773.

(22) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario...*, op. cit., página 258.

dencia del resto de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre todo el de la buena fe, olvidando que precisamente ésta es el dato esencial a tener en cuenta a la hora de proteger la seguridad del tráfico jurídico, finalidad primordial del principio de fe pública registral.

Por el contrario, considerar que la adquisición *a non domino* es legal olvidaría que es requisito fundamental la validez del negocio, sin el cual no se produce la adquisición de la propiedad.

No se puede decir que la adquisición es originaria ni que es derivativa sin faltar a la verdad, porque civilmente la adquisición no es derivativa, puesto que el anterior titular no es el transmitente y, en cambio, conforme a la legislación hipotecaria habría adquirido del titular registral, por más que el Registro fuera inexacto.

Todo ello nos demuestra que la adquisición *a non domino* presenta una serie de características muy particulares, y ¿por qué encuadrar lo peculiar en una determinada categoría jurídica, con el riesgo de incurrir en errores? Considero más exacto poner de relieve su naturaleza especial, calificándola de adquisición *sui generis*.

MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho
Profesora de la Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

El derecho a completar la letra en blanco (*)

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Naturaleza jurídica*.—III. *Titularidad y transmisibilidad*.—IV. *Posición jurídica de los sujetos intervinientes en la «complementación»*: 1. Posición jurídica del librador y su relación con otros sujetos de la letra en blanco. 2. Posición jurídica del tomador y su relación con los terceros poseedores de la letra en blanco. 3. Posición jurídica del tenedor de la letra en blanco. 4. Posición jurídica del librado-aceptante de la letra en blanco. 5. Posición jurídica del avalista y del endosante de la letra en blanco.—V. *Límites a la facultad de completar la letra en blanco*: 1. Acuerdo para completar la letra en blanco: A. Concepto. B. Naturaleza y forma. C. Sujetos. 2. Límite temporal.—VI. *Inobservancia de los límites*: 1. Inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco. 2. Inobservancia del límite temporal.—VII. *Excepciones en la letra en blanco*: 1. Excepciones propias de la letra en blanco: A. Excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco. B. Excepción de «complementación» fuera de plazo. C. Excepciones personales que el emitente tuviera contra el tomador. 2. Excepciones generales: *Exceptio doli cambiaria*.—VIII. *Responsabilidad penal en la «complementación» de la letra en blanco*.

I. INTRODUCCION

Las letras en blanco tienen por fundamento la posibilidad de que su suscriptor deje a otros la facultad de completarlas. El elemento que diferencia a la letra en blanco de otros documentos mercantiles es el derecho a completarla después de haber sido puesta en circulación.

(*) Abreviaturas utilizadas:

- Ann. Dr. Com.: Annales de Droit Commercial français, étranger et international.
- BBTC: Banca Borsa e Titoli di Credito.
- Foro it.: Foro italiano.
- Marg.: Marginal.
- RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
- RDC: Rivista di Diritto Commerciale.
- RGD: Revista General de Derecho.
- R. Trim. Dir. e Proce. Civ.: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
- SAAP: Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales.

El suscriptor de una letra en blanco, con el pacto de entrega o *pactum cambii*, pone en circulación la letra en blanco y otorga al tomador un derecho potestativo para completarla.

El que ejercita este derecho dota de contenido al título; le da carácter cambiario y coopera en la creación de la letra de cambio.

II. NATURALEZA JURIDICA

Existen discusiones doctrinales con respecto a la naturaleza jurídica del derecho a completar la letra en blanco.

VALERI (1) mantiene que el derecho a completar la letra es un derecho *ex lege*. El derecho a rellenar la letra deriva directamente de la ley. La ley lo concede al poseedor de la letra en blanco en virtud del artículo 14, 1, de la Ley cambiaria italiana (2), que se propone proteger al poseedor de buena fe. Parece excesivo extraer del mismo la conclusión de que concede un derecho a completar la letra. Aunque pudiera pensarse que dicha protección lleva implícito el derecho a rellenarla. Con alguna duda nos inclinamos a pensar que la ley no otorga al poseedor de un título en blanco el derecho a rellenarlo. Creemos que éste es un derecho nacido del acuerdo entre las partes.

Nuestro Derecho cambiario no contiene una norma similar a la de la legislación italiana. En el Derecho español vigente no ha lugar para plantearse la admisión de la tesis expuesta sobre la naturaleza jurídica del derecho a rellenar la letra (3).

Algún autor (4) indica que el derecho a completar la letra depende exclusivamente de la voluntad cambiaria, en parte expresa en lo escrito, en parte no, pero estrechamente conexas a la letra. El derecho a completar la letra no depende de relaciones extracambiarias, sino de la letra misma.

ROMANO-PAVONI (5) critica la tesis anterior y entiende que una cosa

(1) «La cambiale in bianco», *RDC*, 1937-1, pág. 613.

(2) Este precepto dice: «Si una letra, incompleta cuando fue emitida, viene completada contrariamente a los acuerdos celebrados, la inobservancia de tales acuerdos no puede ser opuesta al portador, a menos que éste haya adquirido la letra con mala fe o bien haya cometido culpa grave adquiriéndola».

(3) El Anteproyecto español de Ley Cambiaria y Cheque, con su artículo 12, puede introducir una norma similar al citado artículo italiano (ambos textos tienen su origen en la Ley Uniforme de Ginebra). Aunque dicho Anteproyecto se convierta en ley, creemos resultará difícil, como ya hemos indicado, sostener que el derecho a completar la letra en blanco es un derecho *ex lege*.

(4) MOSSA, L.: *Trattato de la cambiale*, Ed. CEDAM, Padova, 1956, 3.ª ed., página 325.

(5) «L'onore della prova nell'eccezione di riempimento tardivo della cambiale», *R. Trim. Dir e Proce. Civ.*, 1953, págs. 897 y 898.

es la voluntad declarada y escrita en el título, y otra la voluntad que tiene por objeto la emisión del título o su redacción con independencia de éste y teniendo en cuenta para ello elementos extracartulares.

Tampoco compartimos la tesis de que el derecho a completar la letra dependa de la voluntad de obligarse cambiariamente. Creemos que el derecho a completar la letra en blanco nace del pacto ejecutivo en el cual se decide instrumentar un contrato fundamental por medio de una letra en formación o letra en blanco. El derecho a completar la letra tiene naturaleza extracambiaria, pues este derecho deriva de un negocio jurídico extracartular, dado que la letra en blanco no es una verdadera letra de cambio hasta el momento en que se ejercite plena y totalmente el derecho a completarla (6).

El derecho a completar la letra en blanco es inherente a su naturaleza y circula con el título, transmitiéndose del tomador a todo poseedor posterior. La facultad de completarlo acompaña siempre al documento preparado *ad hoc* para ser letra de cambio, y resulta de lo incompleto del título. El adquirente de un derecho sobre el documento idóneo para devenir letra y que fue creado para tal fin, tiene derecho a perfeccionarlo y convertir en letra efectiva la que lo es en potencia. Como precisa ANGELONI (7), el derecho no nace del documento, sino de la firma y la emisión de dicho documento. De esto la Ley deduce la voluntad del emitente de crear y poner en circulación un título idóneo, destinado a devenir letra mediante la sucesiva «complementación» por obra de cualquier portador.

Siguiendo a ANGELONI (8) podemos decir que este derecho no nace de un mandato conferido por el emitente al tomador. El mandato determinaría una obligación, no el derecho a rellenar la letra y, como veremos más adelante, el derecho a completar la letra en blanco se conserva aun después de la muerte o la quiebra del pretendido mandatario. Los herederos o los acreedores del tenedor pueden ejercitar dicho derecho. Esto último es totalmente incompatible con la figura del mandato (9).

(6) Hay autores, como DE SEMO (*Trattato di Diritto cambiario*, Ed. CEDAM, Padova, 1963, 3.^a ed., pág. 331), que opinan que el derecho a rellenar la letra surge por el hecho de la adquisición del título sin que necesariamente derive de un contrato de *riempimento*.

(7) *La cambiale e il vaglia cambiario*, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1964, 4.^a ed., página 143.

(8) *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., págs. 143 y 144.

(9) La doctrina alemana (STAU-STRANZ y QUASSOWISKI-ALBRECHT) indica que el derecho a completar la letra nace de la voluntad, la intención subjetiva del emitente o de la autorización. Citada por DE SEMO, G.: *Trattato di Diritto cambiario*, Ed. CEDAM, Padova, 1963, 3.^a ed., pág. 332.

Indica MOSSA (10) que no debemos caer en el error de pensar que el derecho a completar la letra nace de los pactos o acuerdos celebrados entre emitente y tomador sobre el modo de completar la letra en blanco. Este —insistimos— es un derecho inherente al título.

DÍEZ-PICAZO (11) afirma que son derechos patrimoniales los poderes destinados a realizar los fines económicos de la persona. Por tanto, podemos afirmar que el derecho a completar la letra en blanco es un derecho patrimonial, pues entra en el patrimonio del tomador en el momento de la emisión de la letra en blanco y después en el patrimonio de cada portador sucesivo. Esto se demuestra por el hecho de que la muerte, la incapacidad o la quiebra sobrevenidas al emitente, no producen la ilegitimidad de la «complementación», ni aun en el caso de que se ponga una fecha posterior a tales eventos, y los herederos o acreedores del tenedor pueden ejercitar dichos derechos.

El derecho a completar la letra es un derecho autónomo, propio de todo aquel que recibe el título, y su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad del tenedor.

Es también un derecho que ingresa irrevocablemente en el patrimonio del adquirente de la letra.

III. TITULARIDAD Y TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO A COMPLETAR LA LETRA EN BLANCO

El derecho a completar la letra en blanco lo crean el emitente y el primer tomador de la letra. Es un derecho *ex contractu*, pues tiene su origen en el acuerdo celebrado entre el emitente y el tomador del título para instrumentalizar un contrato fundamental por medio de una letra en blanco. Como ya hemos dicho, el derecho a completar la letra ingresa en el patrimonio del primer tomador en el instante en el cual se le otorga el título. El es el primer titular de este derecho. Con la posesión del título se le atribuye el derecho a hacer cuanto desee para transformarlo en letra de cambio. Pero tendrá el deber de llenar la letra respetando exactamente los límites acordados para el ejercicio de dicho derecho. El tomador puede transmitir a otra persona el título y, con él, el derecho a rellenarlo.

Toda persona que recibe la letra en blanco de su poseedor legítimo recibirá con ella el derecho a completarla. En el caso de que el poseedor sea ilegítimo, pero el adquirente de la letra actúe de buena fe, éste tam-

(10) *Trattato*, cit., págs. 325 y 326.

(11) *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, volumen I, pág. 143.

bién tendrá el derecho a completarla. El título en blanco atribuye a cada uno de sus poseedores el derecho a transformarlo en letra de cambio.

Lo que se otorga es un derecho potestativo. La transformación de la letra en blanco en letra de cambio depende únicamente de la voluntad y de la actuación del tenedor, pero éste deberá informarse de los límites acordados para el ejercicio de este derecho. Los poseedores de la letra en blanco deben pedir a quien se la transmite información sobre los límites de contenido y tiempo existentes para el derecho a completar la letra para no infringir al rellenarla lo convenido.

El derecho a rellenar la letra puede transmitirse por entrega manual de la misma. Al transmitirse la letra en blanco se transmite el derecho a completarla.

El tenedor de la letra en blanco está facultado para llenarla, pero no es un mandatario del librador, ni de los endosantes o aceptantes; es simplemente una persona investida de un derecho especial y propio.

Antes de su protesto, el poseedor de la letra puede completarla en cualquier momento, aunque, en el instante de hacerlo, el librador, o los otros obligados, fueran incapaces, hubieran sido declarados en quiebra o hubieran muerto. El derecho a completar la letra, por su naturaleza patrimonial, puede ser ejecutado por su titular con respecto a los bienes del incapacitado, la masa de la quiebra o los herederos de aquéllos.

IV. POSICION JURIDICA Y RELACIONES DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA LETRA EN BLANCO

1. POSICIÓN JURÍDICA DEL LIBRADOR Y SU RELACIÓN CON OTROS SUJETOS DE LA LETRA EN BLANCO

El librador es la persona que emite o crea la letra a la orden del tomador y a cargo del librado. Pero cuando se trata de una letra en blanco la posición del librador tiene ciertas peculiaridades. Puede ser el primero en estampar la firma y, en este caso, creará una apariencia cambiaria, e implícitamente se manifiesta conforme con la posterior «complementación» del título según los pactos. De este modo asume la paternidad de la letra de cambio resultante.

Puede que la firma del librador no aparezca desde un principio en el título. En este supuesto, como dice la Sentencia de 17 de enero de 1977 de la Audiencia Territorial de La Coruña (*RGD*, 1978, p. 627), «el acto de estampar la firma en una letra en blanco representa la asunción para el firmante de las responsabilidades del que interviene en la letra, con el carácter que le atribuye a cada uno el lugar habitual de

fijación de la firma, y, por consiguiente, la asunción de las obligaciones subsiguientes a la firma de la letra al rellenarse los huecos que estaban en blanco al firmarse».

El librador al entregar la letra en blanco al tomador le faculta para completar su contenido. El librador y el tomador, tras decidir la emisión de una letra en blanco, suelen acordar los límites del derecho a completar la letra. El acuerdo celebrado entre estas dos partes no puede ser modificado por una de ellas. Si alguna incumple el acuerdo le serán oponibles por la otra, e incluso por los restantes firmantes del título, las excepciones aplicables a la letra en blanco.

Habitualmente la doctrina nacional y extranjera analiza la «complementación» de la letra en blanco desde la posición del tomador. Olvida que el librador también puede completar la letra en blanco e incluso incumplir el acuerdo celebrado con el tomador sobre los límites del derecho a completar la letra. Por esta razón no se le aplican al librador las excepciones propias de estos títulos. Pero es factible que la situación descrita se dé, y así lo demuestra la Sentencia de 3 de diciembre de 1957 de la Audiencia Territorial de Albacete (*RGD*, 1958, p. 911), pues dice «que al completarse el efecto en blanco para ponerlo en circulación abusó el librador de los poderes y facultades de que estaba investido, extralimitándose de las condiciones estipuladas en el contrato que fue causa de la expresa cambial».

La inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco no exonera al suscriptor del cumplimiento de la obligación. Este responderá, según el tenor literal de la letra, frente al tercero poseedor de buena fe, pues el acreedor cambiario actúa de conformidad con la literalidad del texto. En este caso de inobservancia el suscriptor podrá dirigirse contra el tomador, pues, frente a éste, el emitente asumió la obligación y, a su vez, el tomador contrajo la obligación de regularizar el texto del documento.

Cuando sea demandado el tomador deberá demostrar que, al dar su firma, la letra en blanco no estaba completa y que, al entregarla, informó a su cesionario de los límites o condiciones y éste no los respetó, o no los transmitió al posterior adquirente de la letra en blanco. El tomador podrá a su vez accionar contra su cesionario.

En las relaciones entre el librador y los terceros adquirentes de la letra en blanco hay que distinguir entre el tercero adquirente de buena fe y el de mala fe. Quien suscribe la letra en blanco sólo estará obligado a pagarla si le es presentada por un poseedor de buena fe.

Existe mala fe cuando el adquirente conoce los acuerdos extracambios sobre el modo de completar la letra emitida en blanco y, al re-

llenarla, no los respeta, y también cuando la adquiere conociendo que ha sido completada sin observar el acuerdo de «complementación».

La persona que recibe la letra en blanco y la completa de manera distinta a la convenida, sea sobrepasando los límites impuestos (de contenido y tiempo), sea abusando en cualquier forma de la confianza en él depositada, queda expuesto a las excepciones propias de la letra en blanco que analizaremos posteriormente. Pero éstas no le serán oponibles al tercero de buena fe que adquiere la letra indebidamente rellenada, si desconoce esta circunstancia. Se protege al tercero de buena fe para no comprometer la circulación de las letras de cambio.

Si la letra ha sido completada respetando el pacto de «complementación», su suscriptor estará obligado a pagarla tanto si quien la presenta es el tomador originario como si es un tercero adquirente de la letra.

2. POSICIÓN JURÍDICA DEL TOMADOR Y SU RELACIÓN CON LOS TERCEROS POSEEDORES DE LA LETRA EN BLANCO

El tomador, primer tenedor de la letra en blanco, acuerda con el emitente el modo de completarla. Puede intervenir en la creación de la letra en blanco, pues posee el derecho a completarla en los términos que ha acordado con el emitente. Por lo tanto, puede ejercitar dicho derecho y completar la letra, o puede transmitirla y con ella el derecho a completarla, o incluso puede rellenar algún «blanco» y después transmitir el documento. Su derecho a rellenar la letra no se ve afectado ni por la muerte, ni por la quiebra, ni por la incapacidad sobrevenida del emitente, pues este derecho deriva de la naturaleza misma del título. Derecho que debe ejercitar dentro de los límites en que le es atribuido. Si no los respeta habrá obrado con mala fe, y por ello se le podrá oponer la excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco. Cuando el tomador complete la letra en blanco después de transcurrido el límite temporal pactado, el deudor cambiario podrá oponerle la excepción de «complementación» fuera de plazo y su obligación será nula.

El tomador puede transmitir a un tercero la letra en blanco y con ella el derecho a completarla. Aquél deberá informar a éste del acuerdo que celebró con el emitente en el que se establecieron las condiciones y los límites al derecho a completar la letra en blanco. El tomador responde contractualmente en virtud del vínculo nacido de la transmisión de la letra y existirá una obligación de resarcimiento de daños y perjuicios.

3. POSICIÓN JURÍDICA DEL TENEDOR DE LA LETRA EN BLANCO

El tenedor de la letra en blanco, como afirma VICENTE Y GELLA (12), no es un mandatario del librador, ni de los endosantes o aceptantes; simplemente es la persona investida de un derecho especial y propio (13). El tenedor de una letra en blanco tiene derecho a completarla, pues este derecho se transmite con el título. Deberá completar la letra respetando los límites señalados en el acuerdo celebrado entre el emitente y el tomador; por ello deberá informarse del contenido de dicho acuerdo para, conforme a él, llenar la letra en blanco. Si el tenedor, a su vez, transmite el título con algún blanco, deberá informar al adquirente de la letra en blanco de los límites del derecho a completarla.

Cuando el tenedor conoce el acuerdo para completar la letra en blanco y no lo respeta, o cuando la adquiere sabiendo que ha sido completada contraviniendo el acuerdo, actúa de mala fe, lo que dará lugar a que, conforme al criterio jurisprudencial, le sea oponible la excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco.

Igualmente, el tenedor actuará de mala fe si, conociendo el límite temporal pactado para el ejercicio del derecho a completar la letra en blanco, lo incumple.

4. POSICIÓN JURÍDICA DEL LIBRADO ACEPTANTE EN LA LETRA EN BLANCO

Con la firma del aceptante se puede crear una letra en blanco (14), y de hecho es el supuesto más usual en el tráfico mercantil. El aceptante que firma una letra en blanco se declara de antemano conforme con el texto completo de la letra de cambio resultante. Hace suyas anticipadamente las menciones que se añadan para completar la originaria letra en blanco. En este sentido, la Sentencia de 12 de abril de 1967 de la Audiencia Territorial de Valencia (RGD, 1967, p. 808) afirma que «el aceptante de dichos efectos (letras en blanco) concede su asentimiento a los datos que con posterioridad rellene o estampe en ellas su tenedor».

(12) *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, Zaragoza, 1933, pág. 226.

(13) La Sentencia de 8 de mayo de 1974 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo declara que: «... La obligación cambiaria existe y es lícita desde que se entrega el documento al acreedor con algunas de las menciones indispensables en blanco, autorizándole tácita o expresamente para completarla, por lo que éste al efectuarlo así no falsifica, ya que actúa como mandatario del aceptante...». Tesis, pues, contraria a la del profesor VICENTE Y GELLA.

(14) Puede verse BOQUERA MATARREDONA, J.: «La letra en blanco», *RDBB*, número 15, año IV, julio-septiembre 1984, págs. 556 y sigs.

La Sentencia de 31 de mayo de 1979 de la Audiencia Territorial de Barcelona (*RGD*, 1980, p. 219) dice que «el deudor aceptante al firmar una letra que contiene una mención en blanco se declara de antemano conforme por el texto completo de aquélla, haciendo suyas anticipadamente las demás menciones que se añadan para completarla».

El aceptante, como sujeto obligado al pago, deberá satisfacer el importe de la letra si ésta le es presentada con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, tanto si se rellenó conforme al pacto de «complementación» como si no lo fue. Pero, en el segundo caso, aquél podrá excepcionar la inobservancia del acuerdo contra el poseedor de mala fe o contra el que fue parte en el acuerdo y no informó de su contenido. La Sentencia de 20 de diciembre de 1982 de la Audiencia Territorial de Sevilla (*RGD*, 1983, p. 1933) dice que «el hecho de aceptar en blanco una letra de cambio sin que en la misma figure la persona del librador implica que el aceptante se obliga a satisfacer el título cambiario a la persona que aparezca como tal librador al tiempo de reclamárselo al aceptante el pago correspondiente, sin que le sea dable extraer excepciones derivadas de la relación causal si quien figura como librador no está ligado al aceptante por la relación causal».

5. POSICIÓN JURÍDICA DEL AVALISTA Y DEL ENDOSANTE DE LA LETRA EN BLANCO

Una letra en blanco puede crearse con la firma del avalista, pero, por estar en blanco el nombre del avalado, podrá darse el caso de no saberse, en un principio, a quién avala. Más tarde, cuando se complete la letra en blanco, se conocerá a quién puede exigir el avalista el reembolso de lo pagado, si al avalado o a los demás obligados cambiarios.

Con la firma del endosante también se puede crear una letra en blanco, pero el endosante será un cedente hasta que la letra haya sido completada totalmente (15).

V. LIMITES A LA FACULTAD DE COMPLETAR LA LETRA EN BLANCO

En cuanto a su existencia, el derecho a completar la letra en blanco está unido al título, pero no en lo referente a su contenido y duración. Entre el suscriptor y el primer tomador de la letra tiene lugar un acuerdo

(15) Puede verse BOQUERA MATARREDONA, J.: *Ob. cit.*, pág. 558.

o pacto en virtud del cual queda establecido el contenido y la duración de este derecho. El modo de completar la letra se determina mediante un acuerdo independiente o en el mismo pacto en el que se decide instrumentar el contrato fundamental por medio de una letra en blanco, pero no deben confundirse las dos partes de este acuerdo. En la segunda parte del acuerdo sólo se establece el modo de ejecutar el derecho a rellenar la letra, mientras que en la primera parte se crea ese derecho.

El contenido del derecho a completar la letra en blanco es variable y depende de los «blancos» que tenga el título. El contenido será diferente en cada caso, pero siempre irá dirigido a perfeccionar la obligación del deudor poniendo los requisitos de que carece el título. El contenido deberá ser el que el suscriptor quiere que se dé a su declaración cambiaria.

Se pueden establecer límites al ejercicio del derecho a completar la letra en blanco, y su inobservancia producirá el incumplimiento de lo pactado. Estos límites pueden serlo por razón del contenido (acuerdos para completar la letra en blanco) o por razón del tiempo (término de decadencia).

1. ACUERDO PARA COMPLETAR LA LETRA EN BLANCO

A) *Concepto*

El acuerdo para completar la letra en blanco es el pacto por el que el suscriptor y su primer tomador establecen cuál será el contenido de la futura letra de cambio. Este acuerdo fija el modo de completar el título, pero de él no nace el derecho a completar la letra en blanco, pues éste nació del pacto ejecutivo por el cual se decidió instrumentar el negocio jurídico principal mediante una letra en blanco. Aunque en la práctica estos dos convenios suelen ser simultáneos.

El acuerdo para completar la letra no se configura como una relación meramente personal, sino también como relación tendente a la creación de una letra de cambio y a la constitución de la obligación y del derecho cartular (16).

El contenido del acuerdo variará según las menciones que desde un principio contenga la letra en formación y según los intereses de las partes. Pero su fin será siempre el mismo: Establecer los límites a la facultad, inherente a la posesión de una letra en blanco, de llenar los «blancos».

(16) OPPO, G.: «Opponibilità dell'accordo di riempimento al sottoscrittore del titolo in bianco», *RDC*, 1952, 1, 85 y 87.

B) Naturaleza y forma

El acuerdo para completar la letra en blanco tiene naturaleza extracambiaria. Nace de la voluntad extracartular de los sujetos intervinientes en su creación.

La determinación o fijación de los criterios para llenar la letra en blanco y de los límites al derecho a completarla, puede establecerse en el mismo pacto ejecutivo del que nace la obligación de documentar el contrato fundamental en una letra en blanco o de un acuerdo distinto.

El acuerdo de «complementación» es pieza clave de la noción de letra en blanco y está considerado como fuente de posibles excepciones del deudor. Por ello se discute sobre si este acuerdo debe ser necesariamente expreso o si cabe la posibilidad de que se deduzca de las cláusulas del contrato principal.

El profesor BROSETA (17) señala que el pacto para completar posteriormente la letra en blanco ha de ser expreso. La doctrina italiana, con autores como ANGELONI (18), NAVARRINI (19), BONELLI (20), etc., mantiene que en ausencia de pacto expreso el contenido del derecho a completar la letra resultará de la relación fundamental y de las condiciones de hecho en que la transmisión se realizó. FERRARA indica (21) que no es exacto decir que el suscriptor se remite completamente al arbitrio del poseedor del título para la determinación del contenido, sino más bien confiere a éste el poder de llenarlo *ex fide bona* según las relaciones materiales suscritas.

Algunos autores italianos (22) afirman también que si falta acuerdo expreso y de la relación fundamental no se deducen elementos de los que puedan derivarse los límites del contenido del derecho a completar la letra en blanco, el portador podrá llenar la letra como desee. Si no existen elementos de los que se pueda deducir la voluntad del firmante, se entiende que éste consiente en que la «complementación» la realice el tenedor libremente. Se considera que si el suscriptor de la letra en blanco pone su confianza en la persona que en el futuro completará el título, este último tiene un *arbitrium boni viri* y no un *arbitrium merum* para rellenarlo. Actuaría según la presumible voluntad del suscriptor y observando los usos comerciales.

(17) *Manual de Derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 572.

(18) *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 163.

(19) *La cambiale e il assegno bancario secondo la nuova legislazione*, Ed. N. Zanichelli, Bologna, 1937, págs. 93 y 94.

(20) *Sulla cambiale in bianco*, RDC, 1909, I, pág. 371.

(21) *La girata della cambiale*, Ed. Foro it., Roma, 1935, pág. 456.

(22) FERRARA, F.: *La girata della cambiale*, Ed. Foro it., Roma, 1935, pág. 456, y ANGELONI, V.: *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 153.

Creemos que el acuerdo debe ser expreso, pero consideramos que, en ausencia de pacto para llenar algún «blanco», si del contrato fundamental se desprende la manera de hacerlo, puede decirse que existe acuerdo tácito sobre este punto.

C) *Sujetos*

El acuerdo para completar la letra en blanco vincula a las partes que lo celebran, y éstas deberán cumplirlo con toda fidelidad. Pero se discute si el acuerdo para completar la letra en blanco vincula no sólo al contratante inmediato, sino también a los sucesivos poseedores de la letra en blanco. Autores como FERRI (23), SALANDRA (24), ASQUINI (25) y NAVARRINI (26) afirman que el tercero poseedor de la letra en blanco también tiene el poder y la obligación de llenarla dentro de los límites en los que el derecho fue inicialmente conferido. Cuando la «complementación» se haga en contra del acuerdo habrá abuso de letra en blanco. Pero algún autor, como MESSINEO (27), señala que el tercero extraño al pacto no queda ligado a él, puesto que, en la mayor parte de las ocasiones, le es imposible conocer su contenido. Para este autor, sólo el tercero poseedor de la letra en blanco, si es conocedor de los términos del pacto fijados por las partes originarias, está obligado a respetarlos cuando proceda a llenarla. Es decir, MESSINEO entiende que existe la exigencia de no caer en la mala fe, pero la obligación de respetar el pacto no se transmite *ope legis* a los sucesivos poseedores de la letra en blanco.

El acuerdo de «complementación» de la letra en blanco no es vinculante para los terceros poseedores de la letra, ya que, como establece el artículo 1.257 del Código Civil, «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan...» Pero, como afirman los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN (28), «lo cierto es que el contrato una vez realizado penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad, acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos que se van realizando contemplan y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros

(23) *I titoli di credito*, Ed. UTET, Torino, 1965, 2.ª ed., pág. 67.

(24) *Manuale di Diritto commerciale*, Ed. C. Ziffi, Bologna, 1953, 2.ª ed., volumen II, págs. 303 y 304.

(25) *Corso di Diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli di pagamento*, Ed. CEDAM, Padova, 1966, págs. 199 y 200.

(26) *La cambiale e l'assegno bancario*, cit., págs. 93 y 94.

(27) *Manual de Derecho civil y comercial*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1955. Traducción de Santiago Santis Melendo, t. VI, pág. 320.

(28) *Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, vol. II, págs. 70 y 71.

contratos que se realizaron antes. El contrato, ..., no es jamás indiferente para los terceros». Por ello el tercer poseedor de la letra en blanco tiene la obligación de informarse de los límites para rellenar la letra por medio de quien le transmite el documento y de respetar los límites acordados para el ejercicio del derecho a completar la letra. El problema de la eficacia del contrato con respecto a los terceros, como dicen los autores citados, es, ante todo, un problema de publicidad, o sea de que puedan conocerlo los terceros. En nuestro caso, que los sucesivos poseedores de la letra conozcan la existencia del acuerdo de «complementación». Este conocimiento proporcionará seguridad a los terceros y, en general, al tráfico jurídico.

2. LÍMITE TEMPORAL

El tiempo para ejercitar el derecho a completar la letra en blanco no puede ser indefinido, pues ello iría en contra de la seguridad jurídica. Así pues, el derecho a completar la letra tiene un límite temporal que afecta a su existencia y a la admisibilidad de los actos de su ejercicio. El derecho a completar la letra debe ejercitarse tempestivamente o en tiempo oportuno para que no aumenten la inseguridad y los riesgos propios de la letra en blanco.

Las legislaciones que han incorporado o se han adecuando a la Ley Uniforme de Ginebra establecen un plazo para el ejercicio del derecho a completar la letra en blanco (29).

Nuestro Derecho cambiario no establece plazo legal para el ejercicio de dicho derecho, pero no es admisible que por ello se concluya que la letra en blanco puede ser llenada cuando el tenedor quiera. El problema radica en saber cuál es el límite temporal del derecho a completar la letra en blanco. Pueden tomarse en consideración tres posibles soluciones. Primera: El límite será el plazo de prescripción que el artículo 950 del Código de Comercio establece para las letras de cambio, si en la letra en blanco figura la fecha de vencimiento, o sea tres años. Segunda: El límite será el plazo de prescripción general de las acciones o derechos establecidos en el artículo 1.964 del Código Civil, es decir, el plazo de quince años, al que remite el artículo 943 del Código de Comercio. Tercera: El límite temporal resultará de lo convenido por las partes y, en su defecto, podrá deducirse de la relación fundamental, de los usos del comercio y del *arbitrium boni viri* con que debe completarse el negocio

(29) Por ejemplo, en Italia el artículo 14, 2, de su Ley Cambiaria establece un término de decadencia de tres años para el derecho a completar la letra en blanco.

de libramiento. En cualquier caso, el protesto fijará el fin del plazo para el ejercicio del derecho a completar la letra.

La primera solución no parece posible, porque la letra en blanco no puede estar sujeta a la prescripción especial de la letra de cambio. Aquélla es un documento que no ha alcanzado todavía la naturaleza de verdadera letra de cambio. Es ilógico aplicar la prescripción que la ley establece exclusivamente para las letras de cambio a un título que de momento constituye una obligación civil o mercantil (según su naturaleza), pero que no es letra de cambio.

La segunda solución sería la correcta, según lo dispuesto en el Derecho vigente, pues tratándose de una obligación civil o mercantil sin término especial está sujeta al citado artículo 1.964 del Código Civil, pero se trata de un plazo demasiado largo para la finalidad perseguida por las letras en blanco con las que se pretende dotar de mayor fluidez a ciertas relaciones comerciales.

La tercera solución nos parece la más acertada, pues el límite temporal depende de lo convenido entre las partes, si éstas establecen una fecha. Cuando la letra en blanco se completa transcurrida aquélla se habrá incumplido el acuerdo y ello traerá las consecuencias que después analizaremos. Si no existe acuerdo sobre el tiempo en que se debe ejercitar el derecho a completar la letra en blanco, éste podrá deducirse del contrato fundamental, teniendo en cuenta la voluntad de los sujetos que lo celebraron. En cualquier caso, se tendrán presentes los usos comerciales y el derecho se ejercerá conforme al *arbitrium boni viri*.

La jurisprudencia mantiene el criterio de que el momento último para completar la letra en blanco es el del protesto. Así lo declaran, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña de 17 de enero de 1977 y de la Audiencia Territorial de Sevilla de 13 de noviembre de 1973 (30). La reciente Sentencia de 21 de septiembre de 1982 de la Audiencia Territorial de Albacete (RGD, 1983, p. 2161) dice que los «requisitos formales pueden cumplimentarse en cualquier momento, hasta el protesto de la letra, hasta el instante de su fijación definitiva e incorporación a un documento público...» Pero entender que el último momento para completar la letra es el acto del protesto no cubre todas las posibles situaciones, pues puede darse la circunstancia de que no se proteste la letra y se lleve a un juicio declarativo. En este caso,

(30) La primera dice que «pudiéndose, en consecuencia, cumplimentarse en cualquier momento hasta el protesto de la letra, es decir, hasta el instante de su fijación definitiva e incorporación a un documento público...». La segunda señala que aun «cuando la letra debe reunir todos los requisitos que el Código Mercantil señala, es al tiempo de utilizarse, o sea, cuando ha de ser llevada a juicio previo su protesto por falta de aceptación o por falta de pago...».

la presentación de la letra en dicho juicio constituirá el límite temporal del derecho a completar la letra en blanco.

Sería conveniente que existiera un límite temporal legal del derecho a completar la letra en cambio. Es decir, en nuestro Derecho cambiario debería existir un precepto similar al artículo 14, 2, de la Ley cambiaria italiana, que establece un término de decadencia para el derecho a completar la letra en blanco (31).

VI. INOBSERVANCIA DE LOS LIMITES

1. INOBSERVANCIA DEL ACUERDO PARA COMPLETAR LA LETRA EN BLANCO

Como hemos afirmado anteriormente, los poseedores de la letra en blanco a la hora de completarla deben respetar los pactos celebrados entre el suscriptor y el primer tomador. Si se sobrepasan los límites establecidos en el acuerdo estaremos ante un incumplimiento del mismo, pero no ante un abuso del derecho a completar la letra en blanco, como sostiene la doctrina italiana (32), pues la extralimitación en el ejercicio de un derecho contractual no es un uso abusivo del mismo, sino el incumplimiento de lo pactado.

La jurisprudencia ha dicho, repetidamente, que para que una letra en blanco tenga validez y eficacia como letra de cambio es necesario que se rellene de acuerdo con el pacto precedente que motivó su aceptación. Así, la Sentencia de 10 de octubre de 1978 de la Audiencia Territorial de Oviedo (*RGD*, 1979, p. 287) dice que «... la validez de la letra en blanco está supeditada a que su redacción posterior coincida con los términos del contrato de integración dentro de los acuerdos estipulados con el suscriptor de la aceptación, acuerdos con arreglo a los cuales deben completarse los requisitos formales omitidos...» La Sentencia de 4 de junio de 1976 de la Audiencia Territorial de Zaragoza (*RGD*, 1977, página 901) dice que «... es indudable que para hacer valer la obligación dimanante de la letra al aceptante y a instancia del librador se precisa que haya sido completada de acuerdo con el pacto precedente que motivó su aceptación...» (33).

(31) El artículo 14, 2, de la Ley Cambiaria italiana dice: «El portador decae del derecho a completar la letra en blanco después de tres años desde el día de la emisión del título».

(32) Véase, entre otros, OPPO, G.: «Titolo incompleto e titolo in bianco», *RDC*, 1951-1-161; MOSSA, L.: *Trattato*, cit., pág. 411, y SANTORO: «Abuso de cambiale in bianco e debito adempiuto e estinto», *BBTC*, 1971, III, 2.ª, pág. 361.

(33) En este mismo sentido y con la misma expresión literal, puesto que todas ellas transcriben la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de

Igualmente la jurisprudencia ha declarado que si la letra en blanco no se completa de acuerdo con el pacto precedente, pero el aceptante de la letra en blanco presta con posterioridad su conformidad a la modificación incluida en la letra, aquélla tendrá validez. Así lo admite la citada Sentencia de 4 de junio de 1976 de la Audiencia Territorial de Zaragoza, al decir que la letra rellenada en contra de lo pactado será válida cuando «con posterioridad haya prestado su asentimiento el aceptante...» a dicha modificación, lo que equivale a la revocación del contrato fundamental (34). El documento «... únicamente podría estimarse vulnerado —dice la Sentencia de 14 de mayo de 1980 de la Audiencia Territorial de Madrid (RGD, 1980, pág. 1072)— de no haberse observado los pactos existentes en cuanto a la cobertura...»

Por consiguiente, puede pensarse que cuando se incumple el acuerdo para completar la letra en blanco ésta no tiene validez ni eficacia. Sin embargo, no siempre ocurre así. Hay que distinguir si en la «complementación» sólo han intervenido el suscriptor y el tomador (sujetos que celebraron el acuerdo para completar la letra en blanco) o si intervinieron terceros adquirentes del título (35). En el primer supuesto, al existir úni-

1 de mayo de 1952, se manifiestan la Sentencia de 28 de enero de 1972 (RGD, 1973, pág. 868), la Sentencia de 23 de febrero de 1977 (RGD, 1978, pág. 1276), la Sentencia de 18 de abril de 1980 (RGD, 1981, pág. 1717), todas ellas de la Audiencia Territorial de Zaragoza. También comparten el criterio antes analizado la Sentencia de 14 de febrero de 1956 de la Audiencia Territorial de Valencia (RGD, 1956, pág. 246), la Sentencia de 24 de junio de 1968 de la Audiencia Territorial de Valladolid (RGD, 1969, pág. 435), la Sentencia de 25 de marzo de 1960 de la Audiencia Territorial de Burgos (RGD, 1961, pág. 768) y la Sentencia de 16 de octubre de 1973 de la Audiencia Territorial de Oviedo (RGD, 1974, página 259).

Muy expresiva es la Sentencia de 25 de mayo de 1970 de la Audiencia Territorial de Valladolid (RGD, 1971, pág. 616), que toma en consideración que desfigurada «la voluntad del deudor como elemento formativo de la declaración cambiaria, consignando el librador una cantidad mayor de la autorizada por el aceptante en el pacto precedente, las consecuencias legales de la citada alteración sitúan a la letra rechazada en los supuestos de nulidad del juicio ejecutivo, por nulidad del título previsto en el número 1.º del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la eficacia y exigibilidad de la letra aceptada en blanco está subordinada al cumplimiento riguroso por aquél que la formaliza del acuerdo estipulado con el suscriptor de la aceptación en blanco; a falta de otro convenio, no demostrado aquí, predomina la voluntad unilateral del deudor, que no fue respetada, simplificando el tema de la invalidez de la letra por la limitación de las relaciones cambiarias al ejercitarse la acción ejecutiva entre librador y librado, donde adquiere plena eficacia la naturaleza causal de la obligación y consiguiente sometimiento al negocio jurídico subyacente».

(34) Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de la cita anterior.

(35) Nos parece acertada la posición adoptada por LESCOT («De l'omission des mentions essentielles de la lettre de change», *Annales de Droit Commercial français, étranger et international*, Libr. A. Rousseau, París, 1928, págs. 287 y sigs.), en el sentido de que el problema de la «regularización» no puede resolverse de

camente la relación entre suscriptor y tomador, el no completar la letra con respecto de lo convenido permite excepcionar la violación del acuerdo celebrado. En el segundo caso habrá de diferenciarse entre los terceros poseedores de buena fe y los de mala fe o con culpa grave. Con respecto a los adquirentes de buena fe, no cabe alegar que las condiciones del pacto fueron incumplidas, pues la apariencia jurídica y la literalidad del título protegen al tercero de buena fe. MOSSA afirma (36) que «la complementación que sobrepasa los límites altera profundamente la voluntad del obligado, pero no provoca la nulidad del acto cambiario en relación con los poseedores que han adquirido el título, fiándose de su apariencia y participando con buena fe o sin culpa grave en la circulación» (37).

La buena fe se presume y la mala fe debe probarse. La opinión generalizada de la doctrina nacional y extranjera es que si el receptor de la letra ha llenado los huecos en forma contraria a lo convenido será el dador de la letra el que deberá demostrar hasta qué punto esta «complementación» de la letra se ha realizado contrariamente a lo pactado (38). «El problema de la responsabilidad del dador de la letra frente al adquirente una vez completada depende —dice GARRIGUES (39)— de la buena o la mala fe del adquirente. Sólo en este último caso puede el suscriptor de la letra en blanco oponer al adquirente las excepciones que podría oponer al que recibió originariamente la letra de manos del deudor.»

Es, por tanto, el suscriptor quien debe probar que existió mala fe por parte del poseedor de la letra.

De la inobservancia o incumplimiento del acuerdo derivarán responsabilidades diferentes según los sujetos que intervengan.

igual manera con respecto a todos los sujetos de la letra. Este autor distingue entre las relaciones entre suscriptor y tomador, relaciones entre suscriptor y restantes sujetos y relaciones entre suscriptor y terceros de buena fe y de mala fe.

(36) *Trattato*, ob. cit., pág. 329.

(37) La Sentencia de 6 de febrero de 1973 de la Audiencia Territorial de Oviedo (RGD, 1974, pág. 256) dice que «en el supuesto de dolo, que arranca de la inobservancia por el tenedor de los acuerdos estipulados con el suscriptor de la aceptación en blanco, dado que, como los términos del contrato de integración, su maliciosa alteración provoca o da lugar a causa o motivo de nulidad esgrimible por el obligado frente al tenedor e incluso oponible al tomador cuando no exista buena fe en éste». La Sentencia de 5 de mayo de 1969 de la Audiencia Territorial de Barcelona (RGD, 1969, pág. 1146) dice que las letras en blanco que son completadas con todos los requisitos del artículo 444 del C. Com., son válidas y eficaces, «y para que no lo fueran sería preciso que por el aceptante en blanco, con posterioridad, fueran completadas alterándose alguno de los requisitos esenciales, faltándose a lo pactado dolosamente y no ajustándose a lo que se acordó.

(38) Véase *ut infra*, págs. 24 y sigs.

(39) *Dictámenes de Derecho mercantil*, Madrid, 1976, vol. II, núm. 101, página 82.

En nuestro Derecho cambiario no está regulada la inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco, pero nuestra jurisprudencia ha adoptado algunos de los criterios mantenidos en la Ley Uniforme Cambiaria respecto de la validez y la eficacia de la letra en blanco. Alguna sentencia lo ha dicho expresamente (40), y el legislador tiene en proyecto convertir el criterio jurisprudencial en regla legal (41).

2. INOBSERVANCIA DEL LÍMITE TEMPORAL

Si la letra en blanco se completa fuera del plazo acordado no producirá ningún efecto. Se convertirá en una letra incompleta y, por lo tanto, será ineficaz, salvo que las menciones que falten sean suplidas por una presunción legal (42). Transcurrido el límite temporal se extingue la facultad de completar la letra en blanco. El requisito añadido fuera de plazo se tendrá por no puesto, porque ha decaído el derecho a completarla.

La inobservancia del límite temporal dará lugar a una excepción personal oponible sólo al tenedor de mala fe.

VII. EXCEPCIONES EN LA LETRA EN BLANCO

Dado que la letra en blanco es aquella que tiene un proceso formativo abierto, que se va desarrollando hasta alcanzar la forma cambiaria, existen excepciones propias de ésta y, además, le serán aplicables otras excepciones generales.

(40) La Sentencia de 15 de abril de 1981 de la Audiencia Territorial de Madrid (RGD, 1981, pág. 1519) declara que «manteniéndose, doctrinalmente, la distinción entre validez y eficacia en juicio del documento, que sólo es lograda si en el momento de utilización a tal efecto la letra contiene todos los particulares enunciados en el citado precepto, sin que ofrezca duda la indicada validez, ya reconocida en el artículo 10 de la Ley Uniforme Cambiaria, cuando dispone que si una letra de cambio, incompleta al emitirse, ha sido completada contrariamente a los acuerdos celebrados, la inobservancia de estos acuerdos no puede oponerse al portador, a menos que éste haya adquirido la letra de cambio de mala fe».

(41) El artículo 12 del Anteproyecto de Ley Cambiaria y Cheque introducirá, si se convierte en ley, una norma para la protección de terceros de buena fe, en el supuesto de que la letra sea completada contraviniendo el acuerdo. Este artículo dice que «cuando una letra de cambio, incompleta en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor que la haya adquirido de buena fe».

(42) El artículo 2.º del Anteproyecto de Ley Cambiaria y Cheque prevé el establecimiento de presunciones legales.

A) EXCEPCIONES PROPIAS DE LA LETRA EN BLANCO

a) *Excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco*

En las letras en blanco el emitente y el tomador pactan el modo de completarla. Si alguna de estas partes no respeta el acuerdo sobre el modo de completar la letra podrán oponerse entre sí la excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco.

Los firmantes de la letra en blanco podrán oponer la excepción de inobservancia del acuerdo de «complementación» cuando los posteriores poseedores de la letra, que conocieron el acuerdo sobre los límites al derecho a completarla, no lo respetan al rellenarla, o cuando el tercero poseedor, al adquirirla ya completa, incurra en mala fe, por adquirirla a sabiendas de que había sido completada contraviniendo el acuerdo celebrado.

Están legitimados para oponer la excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra tanto las personas directamente implicadas en el acuerdo como aquellos que suscribieron la letra, mientras estaba aún en blanco, antes o después que el emitente (43).

La excepción de inobservancia del acuerdo tiene carácter personal. Tiene su fundamento en obligaciones o relaciones extracartulares entre el deudor y el primer poseedor, anteriores a la emisión o a la transmisión del título. Dicha excepción sólo es oponible a un determinado poseedor del título (el que lo adquirió de mala fe).

Con respecto a quién podrá oponérsele dicha excepción, hay que decir que, lógicamente, el tercero poseedor de buena fe está protegido frente a esta excepción en virtud de los principios de literalidad y apariencia jurídica que informan a las cambiales, pero al tercero que actúe de mala fe, tanto al completar la letra en blanco como al adquirirla una vez completada, podrá oponérsele la excepción de inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco.

(43) La Sentencia de 20 de junio de 1964 de la Audiencia Territorial de Granada (RGD, 1965, pág. 689) afirma que el perjudicado «únicamente tiene las excepciones del contrato causal o que no se hayan cumplido los convenios que motivaron la emisión de la cambial, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de mayo de 1952».

La Sentencia de 24 de febrero de 1973 de la Audiencia Provincial de Granada (SAAP, 1973, primer trimestre, pág. 126) declara que «la persona que materializó la confección de la letra y era aceptante, no puede invocar defecto cometido por ella y en contra de lo acordado para de esta manera tener una excepción que le permita el no cumplimiento de lo pactado».

Nuestra jurisprudencia, en relación con esta cuestión, tiene presente la Ley Uniforme e incluso reproduce criterios recogidos en la misma (44).

Existe discusión sobre a quién corresponde la carga de la prueba del incumplimiento de lo acordado. NAVARRINI (45) afirma que debe probar aquel contra el que se excepciona. Según VALERI (46), la carga de la prueba incumbe al suscriptor, es decir, a quien opone la excepción. Este deberá probar por cualquier medio de prueba que la letra no se rellenó conforme a lo acordado. ANGELONI (47) y MOSSA (48) comparten esta última opinión.

Entre nosotros, el criterio predominante en la doctrina y aplicado por la jurisprudencia es que la prueba de la inobservancia del acuerdo para completar la letra en blanco corresponde a aquel que opone la excepción (49).

b) *Excepción de «complementación» fuera de plazo*

Cuando el tomador o los sucesivos poseedores de la letra en blanco ejerciten fuera del límite temporal pactado el derecho a completarla, o cuando adquieran la letra completa a sabiendas de que fue llenada extemporáneamente, los firmantes de la misma podrán oponer la excepción de «complementación» fuera de plazo. Esta excepción tiene por fundamento el incumplimiento del acuerdo de «complementación», y en el caso de que no se hubiera señalado plazo para rellenarla, el fundamento será la actuación de mala fe.

(44) La Sentencia de 6 de febrero de 1959 de la Audiencia Territorial de Granada (RGD, 1960, págs. 659 y 660) dice que «de sus artículos 10 y 17 (Ley Uniforme) se deduce la admisión de excepciones causales frente al tenedor que adquirió la letra obrando a sabiendas y en detrimento del deudor, siendo posibles las que, sin ese carácter, afectan a su validez y resulten de su texto —como completar la letra en contra de lo convenido—; también el tercero poseedor que adquirió de mala fe o incurrió en falta grave».

(45) *La cambiale e l'assegno bancario*, cit., pág. 94.

(46) «La cambiale in bianco», RCD, 1937, I, pág. 620.

(47) *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 159.

(48) *Trattato*, cit., pág. 334.

(49) La Sentencia de 1 de abril de 1976 de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca (RGD, 1977, pág. 1011) dice que «la hipótesis de firma en blanco necesita ser probada por quien la alega...», y la Sentencia de 12 de enero de 1976 de la Audiencia Territorial de Sevilla (RGD, 1877, pág. 53) declara que «tratándose de letras aceptadas en blanco, incumbía al aceptante probar la realidad del dolo en la conducta del librador por inobservancia de lo pactado a tal respecto...» (véase: FIORENTINO, A.: *Dei titoli di credito*, 2.ª ed., 1974, pág. 11).

Están legitimados para oponer la excepción de «complementación» fuera de plazo cualquiera que haya firmado la letra antes o después de haber sido rellenada. Se podrá oponer al tomador o a los sucesivos adquirentes de la letra en blanco que la completaron fuera de plazo o a quien la haya adquirido completa sabiendo que ha sido llenada pasado el límite temporal; es decir, al adquirente de mala fe, pues quien recibe una letra ya completa, en principio, no tiene el deber de investigar si se rellenó correctamente dentro del plazo o no se hizo así.

Se discute a quién corresponde la carga de la prueba de las excepciones propias de la letra en blanco (50). Para unos debe probar aquel contra el que se exceptiona la intempestiva «complementación». Este deberá probar por cualquier medio que la letra se rellenó el día que él asegura. Para otros, quien exceptiona la decadencia del derecho a llenar la letra en blanco por el transcurso del término pactado y la consiguiente decadencia de la acción cartular del portador de la letra debe probar que la misma ha sido rellenada fuera del tiempo pactado. Completarla dentro del plazo establecido es *conditio iuris* para que surja el negocio cambiario.

El que opone la excepción es quien debe probar en qué momento la letra fue completada, y si se demuestra que ésta fue rellenada extemporáneamente, esta excepción originará la ineficacia del título por haber sido integrado después de haberse extinguido el derecho a completar la letra.

c) *Excepciones personales que el emitente tuviera contra el tomador*

Los adquirentes de la letra en blanco antes de ser completada son simples cesionarios de los derechos del tomador y no endosatarios. Los terceros adquirentes no tienen un derecho autónomo (51), puesto que con la cesión se transmite el crédito cambiario del cedente y por ello el cesionario quedará sometido a las excepciones que podrían oponerse al cedente. Por tanto, como señala ANGELONI (52), se le pueden oponer las excepciones derivadas de los pactos estipulados para completar la letra y las excepciones personales que tuviera el emisor contra el tomador, es

(50) Véase la página anterior.

(51) VIVANTE, C.: *Tratado de Derecho mercantil*, Ed. Reus, Madrid, 1936, traducción de Miguel Cabeza y Anido, 1.^a ed., vol. III, págs. 275 a 278.

(52) *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pág. 159.

decir, las excepciones derivadas de la relación fundamental que podían ser opuestas por el deudor cambiario al tomador originario (53).

B) EXCEPCIONES GENERALES

a) «*Exceptio doli*» cambiaria

Cuando el tomador o los terceros poseedores de la letra en blanco la adquieren o completan dolosamente, el deudor cambiario podrá oponerse al pago alegando la *exceptio doli* cambiaria (54). La Sentencia de 21 de mayo de 1963 de la Audiencia Territorial de Sevilla (RGD, 1964, página 699) declara que «el obligado al pago de la letra puede oponer la excepción de dolo en aquellos supuestos en que la eficacia de la cambial debe supeditarse al principio de la buena fe».

Esta excepción puede oponerse a quienes adquirieron la letra en blanco o la completaron con la voluntad de causar daño, pues no están amparados por la buena fe. De este modo queda garantizada la seguri-

(53) El artículo 67 del Anteproyecto de Ley Cambiaria y Cheque dice que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores, en el supuesto previsto en el artículo 20.

El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

1.ª Las que afectan a la existencia o a la validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de su firma.

2.ª Las fundadas en la falta de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta ley.

3.ª Las que supongan la extinción frente a todo tenedor del crédito cambiario, cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo. En el caso de que se ejercite la acción cambiaria por vía ejecutiva, no será de aplicación lo previsto en los artículos 1.464 a 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En este precepto quedarían incluidas las excepciones aplicables a la letra en blanco.

(54) CASALS COLLDECARRERA, M.: *Estudios de oposición cambiaria*, Ed. AHR, Barcelona, 1963, pág. 503, dice que «el principio tradicionalmente sentado por la doctrina en esta materia podríamos enunciarlo de la siguiente manera: El dolo, como simple vicio de la voluntad en la creación de la obligación cambiaria, es oponible a su autor y al poseedor tercero que en conociéndolo, quiere aprovecharse de él».

dad jurídica del tercero de buena fe que confía en la apariencia del título.

La existencia de dolo deberá probarla quien la alega; es decir, aquel que opone la excepción.

En aplicación del criterio que informa el número 1.º del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el obligado cambiario dispondrá de una excepción de nulidad que puede oponer al tenedor que dolosamente incumple los acuerdos celebrados con el suscriptor de la letra, porque no la rellene de conformidad con los términos del acuerdo de «complementación» (55).

VIII. RESPONSABILIDAD PENAL EN LA «COMPLEMENTACION» DE LA LETRA EN BLANCO

El póseedor de una letra en blanco que al completarla actúe con dolo incurrirá en responsabilidad penal. El acto ilícito puede producir un daño a los firmantes del título. Dicha conducta será una acción criminal, punitiva, consistente en la violación de la relación fiduciaria entre el suscriptor y el poseedor del documento. Constituye, además, una infidelidad a los acuerdos celebrados para completar la letra en blanco (56).

La conducta dolosa realizada al completar la letra en blanco no consistirá en la alteración del contenido del documento, pues al rellenarlo con escritura el presunto culpable no lo modifica, pero lo incluido en él no responde a la verdad y contradice la voluntad del emisor. Con esta conducta se asevera lo que no es verídico, aunque el documento es legítimo. En el título habrá la falsedad de un hecho; no existirá coinci-

(55) Esta excepción ha sido incluida en el artículo 20 del Anteproyecto de Ley Cambiaria y Cheque en los términos siguientes: «El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (sobre la *exceptio doli*, pueden verse: CASALS COLLDECARRERA, M., *ob. cit.*, págs. 499 a 507; MESSINEO, F., *ob. cit.*, págs. 372 a 373; COSSÍO Y CORRAL, A.: *El dolo en el Derecho civil*, Ed. RDP, Madrid, 1955; MOSSA, L., *ob. cit.*, pág. 243, y SUPINO-DE SEMO, G.: *Della cambiale e dell'assegno bancario*, Ed. UTET, Torino, 1935, páginas 467 y 468).

(56) Claro ejemplo de ello es la Sentencia de 8 de mayo de 1974 del Tribunal Supremo, Sala 2.ª (Aranzadi, núm. marg. 2177), que declara que existe dolo penal cuando el procesado, «a pesar de saber el concreto objeto de la letra (renovación de otra anterior) que no correspondía a ninguna deuda exigible, la conservó sin romperla y rellenando los espacios en blanco, la afectó al pago parcial de una deuda».

dencia entre la «complementación» y las obligaciones contraídas en el acuerdo (57). Aun así, faltará la veracidad, pero no la legitimidad.

La conducta antes descrita podrá dar lugar a falsedades documentales penadas por los artículos 302, 2.º, 3.º y 4.º del Código Penal.

Al completarse la letra en blanco contraviene el acuerdo también se puede cometer una estafa, pues, como establece el reformado artículo 528 del Código Penal (Decreto-ley de 27 de junio de 1983), «cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero» (58).

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 8 de mayo de 1974 (Aranzadi, núm. marg. 2177), dice «que si bien, por regla general, la conducta o maniobra engañosa indispensable en la estafa suele producirse en el momento inicial de las relaciones entabladas con fin negocial, entre el coautor y la víctima, nada impide que éstas, desarrolladas lícitamente hasta cierto momento, se criminalicen después a través de conductas fraudulentas, eficaces para dar vida al delito, siempre que se produzcan con anterioridad y se hallen en relación de causa a efecto con el desplazamiento patrimonial logrado o intentado, exigido en el tipo penal; conducta engañosa que en el presente caso no se halla solamente representada por la indebida transmisión o cesión de la cambial a tercero, en pago de una deuda contraída por el tenedor con aquél a sabiendas de que su importe había sido ya abonado por el aceptante y, por tanto, se trataba de una letra totalmente descapitalizada y carente de la

(57) La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1965, Sala 2.ª (Aranzadi, núm. marg. 5620), declara que «el delito de estafa del número 5 del artículo 529 del Código Penal, por el que ha sido condenado el recurrente, se comete al extender cualquier documento para defraudar a otro aprovechando la firma de éste puesta en blanco, pues con tal artificio se da apariencias de verdad a un negocio imaginario creado con la exclusiva finalidad de atentar al patrimonio ajeno: figura delictiva que no puede excluir a la letra de cambio por el hecho de que no se precise para su validez la unidad de acto en la extensión de la misma, como se sostiene en el recurso, porque el delito no nace de los diversos momentos en que se rellenan los huecos de la cambial, sino del hecho de que se rellenen falsamente y en perjuicio del que puso su firma en ella para un negocio diferente». «... el inculpaado consciente de la irregularidad con que el documento llegó a su poder, lo relleno a su arbitrio simulando en él un negocio inexistente, pretendiendo defraudar al querellante...»

(58) La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1956, Sala 2.ª (Aranzadi, núm. marg. 371), dice «que entre los elementos necesarios para integrar el delito de estafa figura, a más del ánimo de lucro, que se dé un perjuicio patrimonial logrado o intentado por el empleo de medios engañosos bastantes para mover la voluntad de la víctima a inducirle al error». «El artículo 303 del Código Penal —continúa diciendo la misma sentencia— comprende y castiga por igual las falsedades cometidas por particulares en dichas letras de cambio que las llevadas a cabo en cualesquiera otra clase de documentos mercantiles.»

necesaria provisión, sino también por el incumplimiento de la promesa efectuada por el recurrente al librado aceptante de inutilizarla, la que contravino, rellenando posteriormente las menciones en blanco, entre ellas la del librador, y empleándola como medio defraudatorio sin el cual la estafa no podría siquiera haberse intentado; acciones ambas tan íntimamente unidas que hay que estimar que coexisten y forman parte de la citada maniobra engañosa que nuestro Código no exige que se halle dirigida exclusivamente contra el perjudicado, sino que es suficiente que se lleve a efecto frente a cualquier otra persona que pueda cumplir el acto de disposición patrimonial que pretende lograrse con el delito...» (59)

El realizar la estafa con abuso de firma en blanco (art. 529, 3, del Código Penal) es circunstancia que agrava el delito a los efectos del artículo 528 del Código Penal. Esta estafa será una estafa documental.

El completar la letra en blanco con dolo puede dar lugar a la comisión de los delitos de falsedad y estafa. Estos delitos pueden darse en concurso ideal, con las consecuencias previstas en el artículo 71 del Código Penal. Es posible el concurso ideal de delitos porque los artículos 302 y 303 del Código Penal tienen como bien jurídico protegido la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico, prescindiendo del elemento de lucro o perjuicio que pueda proponerse el autor, mientras que los artículos 528 y 529 protegen la propiedad y penalizan el perjuicio material ocasionado y el lucro obtenido de ello por el acusado. Por tanto, habrá dos bienes jurídicos atacados, dos lesiones y dos tipos penales. La Sentencia de 6 de febrero de 1956 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Aranzadi, núm. marg. 371) condena al procesado como autor de un de-

(59) La Sentencia de 28 de mayo de 1963 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (Aranzadi, núm. marg. 2749) dice que se trata de «un hecho de inequívoca naturaleza penal, constituido por el acto de entregar el querellante a su acreedor, el procesado, una letra de cambio en blanco con la sola firma de aquél como aceptante, para que se utilizara en seguridad, garantía y saldo de un crédito de 12.000 pesetas, según lo convenido entre ambos, y lograr el referido procesado que un tercero, que no consta, procediera de mala fe, rellenara la letra indicándole el reo, como cantidad a consignar, la de 15.000 pesetas, a sabiendas de que había un exceso de 3.000 pesetas en tal cifra que no le era debida, y una vez protestada la letra reclamó su importe en procedimiento ejecutivo, pues tal conducta comprende todos los requisitos de la estafa frustrada que la sentencia recurrida castiga como la modalidad del número 5.º del artículo 529, en relación con el número 3.º del artículo 528, el párrafo 2.º del artículo 3.º y el artículo 51, todos del Código Penal, ya que hay uso de firma ajena recibida en blanco y utilizada en daño del firmante fuera de las condiciones señaladas para la extensión del documento correspondiente, en lo que consiste el abuso por el condenado de la confianza del que le entrega dicha firma, conducta dolosa exteriorizada no sólo en la extensión del documento, sino en su posterior reclamación judicial».

Véanse también las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 6 de abril de 1963 (Aranzadi, núm. marg. 1549) y de 20 de marzo de 1971 (Aranzadi, número marg. 1427).

lito de falsificación en letra de cambio de los artículos 302, números 2.º y 4.º, y 303 del Código Penal, y de un delito de estafa (60).

También podrá darse un concurso real (delito para cometer otro) cuando la falsedad sea medio para cometer la estafa (61).

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

(60) Por lo expuesto discrepamos de la doctrina extraída de la Sentencia de 8 de mayo de 1974 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (Aranzadi, núm. marginal 2177), que establece que el criterio de distinción entre la falsedad de la letra y el abuso de la firma en blanco está en que «mientras que el abuso se produce en aquellos casos en los que el firmante de la letra entrega con su firma al acreedor para que éste pueda negociarla, autorizándole con ello para rellenarla en aquellos otros datos considerados como esenciales en el artículo 444 del Código de Comercio, conforme a determinadas condiciones que éste incumple, la falsedad se comete cuando en una letra ya completa se realizan cualquiera de las alteraciones detalladas en el artículo 302 del Código Penal sin consentimiento de quien firma la misma». No vemos inconveniente alguno en que se realice una falsedad cuando la letra está siendo rellenada, puesto que los artículos 302 y 303 no matizan que los supuestos recogidos se refieran únicamente a documentos ya completos.

Si bien tenemos que afirmar que en el caso que recoge esta sentencia, los hechos juzgados están bien calificados como estafa, pues cuando el acusado, incumpliendo la promesa hecha al aceptante de inutilizar y romper la letra, añadió los datos o menciones ausentes, abusó, es decir, usó mal o utilizó indebidamente la firma estampada en el citado documento, creando con ello el medio engañoso, utilizado posteriormente para tratar de realizar la defraudación del aceptante o del tomador de la misma. Con esta conducta no se falta a la verdad en la narración de los hechos, ya que la letra es un documento abstracto en el que no se narra nada.

(61) Puede verse: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, S. A., 1978, págs. 393 a 395; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, Parte especial, Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, págs. 473 y sigs., y RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.: *Derecho penal español*, Parte especial, 7.ª ed., Madrid, 1977, pág. 883.

NOTAS

La renuncia de los derechos en relación con los menores

I. Con motivo de la reciente presentación en el Registro de una escritura de partición de bienes otorgada en Barcelona en 1977, en la que una madre representante legal de su hija menor de edad renunciaba a cuantos derechos legitimarios le pudieran corresponder en la herencia de su abuelo, me vino a la mente la idea de escribir estas líneas para poner de relieve el importante cambio operado por la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en materia de facultades de disposición por parte de los padres titulares ahora conjuntamente de la patria potestad sobre las que tenían con arreglo al sistema anterior.

En un primer momento me pareció buena la solución de inscribir la aludida escritura, pero, pensándolo mejor, encontré cierto apoyo doctrinal y jurisprudencial para rechazar la inscripción, y todo ello sobre la base de estudiar profundamente la naturaleza jurídica de la legítima catalana y las diversas resoluciones de la Dirección que han reconocido esta facultad de repudiar al titular de la patria potestad, sin necesidad de autorización judicial. Pero en todos los casos, como veremos a continuación, se trataba de repudiación de herencias, pero no de renunciar a la legítima catalana que tiene una naturaleza y un régimen jurídicos peculiares. Por ello, me incliné por una solución intermedia consistente en que la menor entonces, ahora mayor de edad, compareciera ante Notario para confirmar la renuncia, solución que le pareció aceptable al Notario, y así resolvimos el asunto.

Para llegar a esta decisión tuve que hacer un recorrido por los artículos del Código Civil anteriores y posteriores a la reforma y por las resoluciones de la Dirección General sobre la materia y a alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo. Analicemos este proceso de reflexión, empezando por el examen de las normas contenidas en el Código Civil.

El artículo 166 del Código Civil, en la nueva redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y que supone, como apunta LACRUZ, un cierto acercamiento a los regímenes forales aragonés y navarro, establece:

«Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.»

El segundo párrafo continúa diciendo:

«Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado diferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.»

El tercero y último párrafo dice:

«No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiera en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.»

El antiguo artículo 164 del Código Civil decía:

«El padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria.»

Es decir, el antiguo artículo 164 dejaba excluidos de la necesidad de autorización judicial a los bienes muebles de toda clase, cualquiera que fuese su valor, lo que pugnaba con el artículo 2.011 LEC, que sí la exigía, aunque en la práctica predominaba el criterio del artículo 164 del Código Civil, que tácitamente derogaba el precepto de la LEC.

De las normas reseñadas se desprende claramente que en el régimen jurídico anterior ni el padre ni la madre podían enajenar ni gravar los bienes inmuebles de los hijos en que les correspondía el usufructo o la administración, sino por causas justificadas de necesidad o utilidad y

con la autorización del Juez del domicilio, oído el Ministerio Fiscal. Hoy, por el contrario, el legislador se nos presenta bastante más riguroso y pretende extender hasta sus últimos límites la protección judicial en el campo patrimonial de los menores al establecer que los padres, titulares conjuntamente de la patria potestad, no sólo no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles, sobre los que únicamente recaía antes la necesidad de la autorización judicial, como se ha dicho, sino que ahora se extiende esta necesidad a los actos de disposición sobre establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, debiendo concurrir las mismas circunstancias de necesidad o utilidad y previa siempre la autorización del Juez del domicilio, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

En suma, los padres sólo podrán, en adelante, enajenar o gravar libremente los bienes muebles no preciosos de los hijos bajo su potestad, así como los valores mobiliarios, siempre que reinviertan su importe en otros bienes o valores seguros. Igualmente podrán disponer sin limitaciones del derecho de suscripción preferente de acciones. LACRUZ señala que también podrán enajenar gratuitamente estos bienes al no estar literalmente excluida esta facultad.

Pero es que el rigor de la norma va más allá. A partir de la reforma los padres tampoco podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares. Esta innovación respecto del régimen jurídico anterior, que nos parece de extraordinaria importancia, se apunta en el párrafo 1.º y se complementa en el párrafo 2.º, que establece que los padres deberán recabar igualmente la autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez no autorizase la petición deberá entenderse automáticamente aceptada la herencia, legado o donación, aunque la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.

Al final de la norma hay una matización importante, consistente en que los padres podrán enajenar o gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales y renunciar a derechos, herencias, legados y donaciones sin precisar de la autorización judicial, siempre que el menor haya cumplido dieciséis años y consienta tales actos en escritura pública.

El régimen anterior a la modificación era bastante más permisivo, y así el artículo 164 del Código Civil sólo exigía la autorización judicial en los casos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, y el artículo 1.060 del Código Civil, sin entrar en profundidades, y en línea con la norma anterior, establecía que la partición no necesitaba de la intervención ni de la aprobación judicial cuando los menores de edad,

sometidos a la patria potestad, estuviesen representados por el padre o, en su caso, por la madre. Tratándose de menores sujetos a tutela, la representación en la partición venía atribuida al tutor debidamente autorizado por el Consejo de Familia, según disponía el artículo 269, 7, del Código Civil, sin que tampoco se requiriera la aprobación judicial, como reconoció la Resolución de 30 de octubre de 1943. El artículo 271, números 2, 3 y 4, según la redacción dada por la Ley de 1983, de 24 de octubre, ha cambiado sustancialmente las cosas, y dispone que:

«El tutor necesitará autorización judicial:

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos, o realizar actos susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

Y 4.º Para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial.»

Como criterio general, la Resolución de 13 de julio de 1911 declaró que el artículo 164 del Código Civil debía interpretarse siempre restrictivamente, concretándolo a los contratos que en él se determinaban. Sin embargo, pocos años después, la Dirección, en Resolución de 19 de julio de 1922, declaró que la cancelación de hipoteca debía entenderse comprendida igualmente en el artículo 164 del Código Civil, y para ello, como señala PUIG BRUTAU (t. IV, 2, p. 211), se apoyó en el precedente del artículo 2.030 de la LEC, sin que se utilizase como argumento en contra del artículo 1.180 del Código Civil, porque en la cancelación generada por consignación judicial se actúa dentro de un procedimiento en el que la actuación del Juez conjura todo peligro para los derechos de los menores, al extremo de no hacer precisa una nueva intervención judicial. El artículo 2.030 de la LEC dispone:

«Para hipotecar o gravar bienes inmuebles, o para la extinción de derechos reales que pertenezcan a menores o incapacitados, se observarán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta.»

Esta posición de la Dirección llevó al legislador del Reglamento Hipotecario a dedicar varios apartados especiales al tema, en el artículo 178, que han merecido nueva redacción en la reforma introducida por el Decreto de 12 de diciembre de 1982, y que es la siguiente:

«1. A los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

2. Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor, bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad.

3. Podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieran obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.»

La circunstancia de la menor edad de los padres no fue tenida en cuenta por el legislador para negarles la representación legal sobre sus hijos, como se manifestó en la Resolución de 29 de noviembre de 1901. El antiguo artículo 165 establecía una salvedad para el caso de que el padre o la madre no pudieran representar a sus hijos menores de edad por existir entre ellos oposición de intereses, supuesto en el que procedía el nombramiento de defensor judicial. Discutiéndose arduamente, en estos casos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si era necesaria o no la aprobación judicial, entendiendo la Dirección, en las Resoluciones de 18 de diciembre de 1983, 9 de octubre de 1901 y 25 de mayo de 1906, que sí era necesaria dicha autorización judicial, por considerar que regía entonces no el artículo 1.060 del Código Civil, sino el artículo 1.049 de la LEC.

Conviene recordar que la autorización judicial debía y debe seguir obteniéndose para cada caso concreto sin posibilidad de que se otorgue con carácter general ni que se utilice para casos distintos del que fue tenido en cuenta para su concesión. La concesión de la autorización no es potestativa o discrecional por parte de los Jueces, sino que debe estar basada, como dice LACRUZ, en la apreciación de la necesidad o utilidad de cada situación.

En cuanto a la sanción que recae sobre el acto otorgado sin la necesaria autorización judicial, la doctrina, pese a ciertas vacilaciones, parece inclinarse por considerar nulas las ventas de bienes inmuebles por los titulares de la patria potestad, sin la autorización judicial, por lo que su falta no es subsanable *a posteriori*, y sin que prescriba la acción para que se pueda declarar la nulidad, criterio éste que parece no extenderse a las transacciones que, como dispone el artículo 1.810 del Código Civil, en su párrafo 2.º, el padre o, en su caso, la madre podrán transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuviesen bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre el que recaiga la transacción excede de dos mil pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial. El criterio de

la nulidad aplicable a las ventas no rige, pues, para las transacciones que quedan perfeccionadas por el simple consentimiento de los padres titulares de la patria potestad, siendo la aprobación judicial sólo necesaria para su consumación.

II. Del estudio realizado en materia de repudiación de herencias y derechos interesa destacar las Resoluciones de 13 de julio de 1911, 25 de agosto de 1925 y 24 de mayo de 1930, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906.

La Resolución de 13 de julio de 1911 sentó la doctrina de que los padres titulares de la patria potestad de sus hijos menores de edad podían repudiar las herencias a que fuesen llamados sus representados, sin necesidad de autorización judicial, por entender que los artículos 988 al 1.009 del Código Civil nada establecían en materia de repudiación de herencias, por lo que habían de estimarse bastantes las facultades que a los padres reconocen los artículos 154 y 159 del Código Civil, sin poder hacer extensiva a estos actos la limitación que fija el artículo 164 del Código Civil, pues dado el carácter de esta disposición ha de interpretarse en sentido restrictivo y no extensivamente y, por tanto, ha de concretarse a los contratos que en él taxativamente se determinen.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1906, de 12 de junio, declaró igualmente válida la repudiación efectuada por los padres sin la autorización judicial, fundándose en que, no prohibiéndoles la ley la facultad de proceder por sí en tales casos, implícitamente les reconoce ésta, y aun cuando dicha sentencia se refiere a la legislación anterior al vigente Código, como no han variado las disposiciones relativas a este particular, ha de estimarse subsistente aquella doctrina después de la publicación del Código.

La Resolución de 25 de agosto de 1925 llegó al mismo resultado. En la misma se empezó reconociendo que en Derecho español la herencia comprende todos los bienes y derechos de una persona que no se extinguen con su muerte, formando todo ello una unidad patrimonial. El nuevo adquirente entra en las relaciones jurídicas transmisibles del *de cuius* una vez cumplidos los requisitos legales, entre los que figura la declaración del llamado por testamento o por ley de querer entrar en la herencia, declaración que no siempre lleva consigo el enriquecimiento del heredero, como la declaración contraria o repudiación puede implicar, a veces, la exoneración de cargas y gravámenes que pudieran arruinar al heredero si aceptare, y por todas estas razones ni aquel acto se halla sujeto a las normas específicas de la adquisición de los derechos ni el último puede equipararse a la enajenación de bienes inmuebles aun cuando los haya en la masa hereditaria.

Al conceder el artículo 1.060 a los padres facultades administrativas para representar a sus hijos menores de edad en las operaciones participacionales, hasta el punto de hacer innecesaria la intervención o aprobación judicial, y al no existir precepto alguno que se ocupe de la repudiación de la herencia de los menores de edad sometidos a la patria potestad, debe acudirse al principio contenido en el artículo 155, 2, que impone al padre o a la madre el deber de representar a sus hijos en el ejercicio de todas las acciones que puedan favorecerles.

Parte el fallo de la Dirección, por otro lado, de la correlación que debe existir entre aceptación y repudiación, que obliga a entender que, cuando la ley no dispone otra cosa, debe presumirse que las regula de igual manera a fin de evitar las contradictorias situaciones jurídicas a que se llegaría si se concediese a una persona la facultad de aceptar y se negara la de repudiar.

En el Derecho histórico español el padre podía repudiar siempre la herencia del hijo menor, tanto para evitar la colación como para librarle de responsabilidades y gastos, o como decían las Partidas: «de los peligros y trabajos muy grandes, cuando eran dañosas las herencias por ser las deudas y mandas a pagar mayores e montar más de cuanto vale el heredamiento».

Los autores que aconsejaban como medida protectora del menor la aceptación a beneficio de inventario no tuvieron influencia decisiva en el caso de autos por varias razones, que señalaba la propia resolución: 1.º Porque el Código Civil pudo recoger los precedentes conocidos de los Códigos francés e italiano, y no lo hizo. 2.º Porque aun las legislaciones que imponen el deber de aceptar o repudiar, a beneficio de inventario, no exigen formalidades especiales; y 3.º Porque tal medida supone gastos cuantiosos en la venta de bienes muebles o inmuebles del menor, lo que le perjudica en vez de beneficiarle.

Por otro lado, si se negara al padre la facultad de repudiar la herencia y se concediera al tutor con el Consejo de Familia (art. 269, 10), se iría contra la moderna orientación legislativa que otorga al padre solamente todas las facultades representativas.

Finalmente, estima la Dirección, por el procedimiento establecido en el artículo 164 para la enajenación de bienes inmuebles del hijo cuya administración o usufructo corresponde al padre enajenante, como relativo a un objeto singular, es inaplicable a la repudiación de la herencia, que exigiría una especie de juicio universal en el que debería estimarse y contrapesarse no sólo las acciones, deudas y responsabilidades, sino las mil contingencias de la vida del causante, que habrían de reflejarse en el deber y haber de la masa hereditaria.

En la Resolución de 24 de mayo de 1930 se resolvió una situación en la que una señora catalana, después de instituir en su testamento heredero usufructuario a su marido, legaba una participación indivisa de una casa a un sobrino carnal, con la condición de que si el legatario llegare a tener uno o más hijos legítimos podría disponer libremente, y en caso contrario le sustituía por las Conferencias de San Vicente de Paúl. La madre del sobrino, menor de edad, como representante legal del mismo, repudió el legado por considerarlo aleatorio, que fue posteriormente repudiado por las Conferencias de San Vicente de Paúl. El Registrador denegó la inscripción de la nuda propiedad solicitada por el usufructuario por considerar insubsanable el defecto y entender que las citadas renunciaciones no se habían hecho con la correspondiente autorización judicial. La Dirección estimó que tenía razón el Notario autorizante por la siguiente doctrina: «que un legado todavía no aceptado no podía equipararse a una finca que forma parte del patrimonio del menor, que ni está autorizado para pedir la inscripción a su nombre siendo sólo titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria. Tampoco puede decirse que haya de corresponder a la madre la administración y el usufructo de dicho inmueble usufructuado en la actualidad, sobre todo teniendo presente que la adquisición de la nuda propiedad se halla sometida a condición resolutoria. Por otro lado, las facultades de la patria potestad deben ser, por lo menos, tan amplias como las atribuidas al tutor con intervención del Consejo de Familia, declarando inscribible la escritura en cuestión.

III. Hemos visto cómo el padre o la madre en el régimen anterior del Código podían renunciar sin más a las herencias y legados de sus hijos menores de edad; pero ¿podían renunciar a las donaciones hechas a los mismos? El artículo 626 del Código es terminante al establecer que las personas que no pueden contratar no pueden aceptar ni repudiar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes. El artículo 625 establece que podrán aceptar donaciones todos los que no estén expresamente incapacitados por la ley para ello. Sin embargo, el legislador del Reglamento Hipotecario de 1947 se ocupó de este tema, y cautelosamente introdujo en el artículo 178 un apartado, el segundo, que paladinamente sancionaba la innecesariedad de la autorización judicial prevista en el artículo 164 del Código Civil para los casos de renuncia de herencias o donaciones a favor de los hijos representados por el padre o la madre. No tenía sentido, sin embargo, pensar que el legislador autorizara a los padres a renunciar las donaciones hechas a sus hijos menores de edad y les sometiera, en cambio, a una rigurosa disciplina jurídica en cuanto a

los actos dispositivos sobre los bienes de esos mismos hijos. Por estas o parecidas razones, la jurisprudencia, de forma vacilante, fue creando una doctrina contraria a que los padres pudieran renunciar a los derechos a que eran llamados los hijos, y puede decirse que esta tendencia aparece representada por la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Segunda de 17 de diciembre de 1965, que mantuvo un criterio diametralmente opuesto al formulado en materia de repudiación de herencias y declaró la nulidad de la renuncia efectuada por la madre con patria potestad a la indemnización que correspondía a los hijos menores por razón del fallecimiento en accidente de su padre. El Supremo entendió que los padres son una especie de gestores que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas, la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y si bien la administración de aquéllos comporta la representación, como se infiere del artículo 155, solamente abarca los actos que puedan redundar en provecho de los hijos.

El considerando cuarto decía que la virtualidad de este principio capital se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afectan a la sustancia del peculio, para alguno de los cuales proporciona normas especiales de control nuestro Código Civil, como las referentes a la enajenación de bienes inmuebles, y las relativas a transacciones sobre objetos cuyo valor exceda de 2.000 pesetas; mas la existencia de estas reglas específicas no significa ni puede suponer que fuera de los casos previstos expresamente en ellos queden totalmente excluidos del control judicial los demás actos dispositivos realizados por los padres, en representación de sus hijos menores, actos que no requerirán ciertamente para su validez la previa autorización o posterior aprobación, pero sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria cuando la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o la madre en el ejercicio del poder dispositivo representativo que le concede la ley, sea objeto secundario o principal de un proceso.

La renuncia de la madre al ejercicio de la acción civil, a cambio de una indemnización anterior a la sentencia penal, podía bien considerarse como un contrato de transacción, no pudiendo el Tribunal de lo Criminal en el ejercicio de la función que le incumbe ver limitadas sus facultades por una transacción efectuada por el administrador de los bienes de los hijos, aunque se trate del padre o de la madre con patria potestad.

Además, debe recordarse, dice PUIG BRUTAU, citando a CANO TELLO, que el artículo 111 LEC dice «que las acciones que nacen de un delito o falta pueden ejercitarse junta o separadamente», pero «mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación

hasta que aquélla haya sido resuelta por sentencia firme». Por ello, si se ha ejercido la acción civil y luego se promueve la causa criminal por el mismo hecho, el artículo 115 LEC obliga a suspender el litigio civil, salvo la renuncia expresa del perjudicado. A su vez, la condena en juicio criminal da lugar a la correspondiente condena civil, salvo reserva expresa de la acción civil en la sentencia penal.

IV. Junto a esta contradictoria jurisprudencia, en materia de renuncia de derechos y de herencias, que, como hemos visto, había recogido la legislación de forma tímida e incompleta, procede que examinemos ahora la naturaleza jurídica de las legítimas y la situación de los legitimarios.

El legitimario es llamado por la ley a título de heredero, de tal modo que deviene forzosamente heredero de una cuota del caudal. En el Derecho anterior al Código Civil el causante, si testaba, debía instituir heredero al legitimario al menos en la cuota legal. Las consecuencias de no instituirse eran las propias de la preterición romana, es decir, la apertura de la sucesión *ab intestato* tras anular la institución de heredero viciada.

Promulgado el Código Civil, la doctrina sigue considerando al legitimario como heredero apoyada en el empleo constante por el legislador de la expresión «heredero forzoso».

SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE mantienen que hay dos especies de herederos voluntarios y forzosos. Para ellos, éstos «lo son por el ministerio de la ley y está obligado el testador a reconocerlos en su testamento como herederos por imperativo de aquélla, que les otorga ese derecho, y es en realidad quien los instituye».

LACRUZ, por el contrario, considera la expresión «heredero forzoso» como una impropiedad del lenguaje favorecida por los precedentes históricos. El artículo 815 del Código Civil significa que la legítima no supone una atribución global a un título de herencia, ni un deber del causante de nombrar heredero al legitimario, sino un deber genérico de atribución que puede cumplir el causante *inter vivos* o *mortis causa*, y en particular en este segundo caso por cualquier título.

DE DIEGO califica la legítima como simple derecho de crédito contra el heredero, fundándose en la forma de pago al cónyuge e hijos naturales y en la posibilidad de que se perciba un suplemento en metálico en los supuestos de indivisión del artículo 1.062 del Código Civil.

Para ROCA SASTRE la legítima no es titularidad hereditaria ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*, es decir, supone una titularidad sobre una parte del valor en cambio de los bienes que integran el as hereditario con la naturaleza propia del derecho real de reali-

zación del valor que afecta, a modo de garantía, a todo el patrimonio hereditario.

La doctrina atribuye, pues, al legitimario un derecho sobre el caudal que sin llegar a proporcionar necesariamente la cotitularidad plena de un heredero representa algo más que la mera garantía de un crédito fijado en el momento de la muerte del causante. La esencia del derecho del legitimario es la afección del caudal en garantía cuando no deviene heredero o partícipe del *relictum* o propietario del objeto legado.

En el Derecho catalán la legítima es definida en el artículo 122 de la Compilación como el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera.

En general, el legitimario tiene derecho a recibir en pago de su legítima bienes de la herencia. Puede decirse, por consiguiente, que participa directamente en los bienes relictos, lo que no pocos autores explican diciendo que la legítima es *pars bonorum*. El legitimario no tiene derecho a recibir los bienes por título de heredero, y si es instituido tendrá la cotitularidad del caudal no como exigencia de su condición de legitimario, sino como consecuencia de uno de los varios títulos por los que podrá ser satisfecho.

En suma, la herencia forzosa queda como un derecho a percibir por cualquier título cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor y, en cierta medida, a ser mencionado en el testamento. Las cualidades de heredero o legatario o acreedor las adquiere el legitimario o por voluntad del causante en relación con las posibilidades legales o bien por infracción de la legítima, pero siempre como algo ulterior a su condición de heredero forzoso.

En cuanto a la sucesión, a título de heredero, se ha tratado de explicar aludiendo a la continuación de la personalidad del causante o a la sucesión en la totalidad de un patrimonio; pero, como dice LACRUZ, ambas representaciones son inexactas, porque tratan de explicar, mediante imágenes, un fenómeno que se resiste a ser representado de esta forma. Lo que la ley dice es que el heredero ingresa de manera general en las relaciones transmisibles del muerto e incluso en algunas que le son personales; el heredero, si bien no sucede en una *universitas*, sí recibe a la vez bienes, derechos y obligaciones del causante, en su generalidad; y aun cuando no continúa la personalidad del causante, sí sirve de término activo y pasivo a relaciones de las que era titular el causante; la condición de heredero es personalísima y es independiente de la existencia de bienes en el patrimonio del causante.

Por todo ello, la escritura sometida a despacho ofrecía dudas en el

modo de inscribirla. Claro es que podía haberse inscrito, sin más, pero pareció más conforme con el momento en que se iba a inscribir someterla al acto confirmatorio señalado.

CONCLUSION

Así las cosas, y ante la falta de normas jurídicas que resolvieran los diversos supuestos que la realidad planteaba, la jurisprudencia, con los mejores deseos de cubrir tan importante laguna, pero sin mayor consistencia, iba dando soluciones que, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este estudio, aun guardando una coherencia externa, sin embargo carecían de una sólida *ratio* interna. Resultaba claro que, así como los padres podrían renunciar a las herencias y legados a que eran llamados sus hijos menores de edad, no resultaba tanto que pudieran renunciar libremente a derechos que por vía contractual pudieran corresponder a sus representados. Esta imprecisa frontera, dibujada con tenaz esfuerzo por la Jurisprudencia, ha quedado definitivamente barrida, y hoy aparece con unos perfiles nítidos la esfera de competencia de los padres sobre el patrimonio de sus hijos menores de edad, que ven limitadas muchas de las facultades que podían realizar por sí mismos en el régimen anterior y que, de ahora en adelante, necesitarán acudir a la vía judicial para recabar la correspondiente autorización.

Sin embargo, y pese a este decisivo avance, sigue sin resolverse la ardua y espinosa cuestión de si los padres representantes legales de sus hijos pueden sin necesidad de autorización judicial extinguir situaciones de condominio. La naturaleza jurídica del acto divisorio de la cosa común ha dado lugar, entre los civilistas, a una añeja polémica. Hay quienes entienden que se trata de un acto traslativo, mientras que otros defienden que se trata de naturaleza simplemente declarativa. Esa vieja discusión, como reconoce el profesor Díez-PICAZO, es difícil de resolver, y acaso la única manera de solucionarla sea eludiéndola. Sin embargo, no cabe seguir la recomendación del aludido profesor, ya que las consecuencias que se derivan de una u otra posición se manifiestan con especial trascendencia en materia de capacidad de los titulares de la patria potestad para llevar a cabo la división de los bienes en que están interesados sus hijos menores de edad. Si se estima que la división es un acto simplemente declarativo, habrá que reconocer que los padres pueden llevar a cabo estos actos sin necesidad de autorización judicial. Por el contrario, si se ve en la extinción un acto de atribución patrimonial, habrá que concluir que los padres necesitarán de la pertinente autorización judicial. Acaso pudiera servir de pauta considerar que los actos que

los padres tienen que realizar para partir las herencias en nombre de sus hijos entrañan en la mayoría de los casos extinción de situaciones de comunidad, y el Código Civil les reconoce facultades bastantes para llevarlas a cabo *per se*, siempre que no exista entre ellos y sus hijos oposición de intereses. Continuaría, sin embargo, existiendo una diferencia fundamental consistente en que la comunidad hereditaria es una comunidad incidental no querida por los interesados y que se produce *ope legis* al fallecer el causante, mientras que las demás comunidades nacen siempre de actos soberanos de voluntad.

Tal vez con apoyo en esta consideración la doctrina y jurisprudencia venían estimando que los padres podían realizar estos actos extintivos en nombre de sus hijos sin necesidad de autorización judicial. Sin embargo, hoy las cosas, como acabamos de ver, han cambiado mucho, y no a favor de la libertad de movimientos de los padres. El haz de facultades que la ley les reconoce para obrar sin limitaciones en el campo patrimonial de los hijos menores ha quedado muy desvaído, y tal vez no dejen de existir argumentos para defender que no pueden llevar a cabo estos actos por sí solos. Pero, a pesar de ello, nosotros creemos y defendemos que los padres van a poder seguir dividiendo por sí solos en base a las siguientes razones:

1.º No aparece incluida esta limitación en el artículo 166 del Código Civil, a diferencia de lo que hemos visto ocurre en el caso de los tutores que, de acuerdo con el artículo 271, 4, requerirán, en todo caso, autorización judicial.

2.º Además, el artículo 1.060 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, aplicable a la división de la cosa común, por la remisión que el artículo 406 hace a las reglas de la división de la herencia, se refiere a menores y a incapacitados legalmente representados en la partición, que no necesitan de la intervención ni de la aprobación judicial, norma que, por otro lado, está en contradicción con el nuevo artículo 271, 4, del Código Civil, que sí exige esta autorización para aprobar las particiones realizadas por los tutores. Se produce así, dentro del mismo texto legal, una colisión de normas que debe salvarse con una interpretación favorable a la ley más moderna. En todo caso, esto es consecuencia de la modificación troceada y diferida en el tiempo de las instituciones reguladas en el Código Civil, que provoca con frecuencia situaciones como ésta que apuntamos.

ANTONIO MORO SERRANO
Registrador de la Propiedad



Legitimación de las certificaciones de los acuerdos de la Junta General (o Consejo); Artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil

I. a) El artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) establece que los Registradores calificarán «la competencia y facultades» de quien autorice o suscriba los títulos presentados y la «capacidad y legitimación» de los otorgantes; el artículo 4.º, apartado segundo, dice que «también será necesaria la previa inscripción de las facultades de los gerentes o administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; se establece, pues, la norma de calificación de la legitimación en general y, por tanto, la legitimación de los actos de las sociedades a través de sus órganos o representantes; el artículo 4.º citado hace aplicación de ello en cuanto a los gerentes o administradores al exigir la previa inscripción de sus facultades para inscribir los actos y contratos otorgados por los mismos (aunque este principio, llamado por algunos de tracto personal, no es más que una manifestación del requisito de inscripción previa, exigida por otros artículos como el 18 del Código de Comercio, 69 y 96 del RRM).

b) La legitimación para la sociedad sería la necesidad de que los actos de la misma sean hechos por la persona competente, conforme a la voluntad de la sociedad manifestada en los acuerdos correspondientes, y conforme a la ley, estatutos y a los propios acuerdos anteriores de la misma sociedad.

c) Esta legitimación es precisa, como en cualquier acto jurídico, bien sea hecha por los órganos mismos de la sociedad (aun a riesgo de los posibles errores y suplantaciones que pudieran originarse, ya que sus documentos no dejan de ser documentos privados), o bien sea exigible a

través de un mínimo de autenticidad de tales documentos (basado en que han de tener acceso a un Registro público que sólo debe publicar lo veraz.

II. El artículo 108 RRM regula, pero en parte sólo, el problema planteado: *a)* En primer término, sólo se refiere a los acuerdos de la Junta y relativos al *nombramiento de administradores*, y para un supuesto sólo del dicho 108 (1.º, B); no obstante, creemos que debe extenderse a toda clase de acuerdos, y no sólo al supuesto referido de nombramiento de administradores, sean de la Junta o del Consejo, y sean de nombramientos o sea en general de cualquier otro acuerdo, ya que existe la misma necesidad (legitimación) para todos ellos. *b)* Dicho artículo trata de asegurar la legitimación en general, por lo que lógicamente puede no coincidir con la legitimación registral, ya que después de un asiento registral pueden haberse producido otros actos posteriores no reflejados en el Registro que impida con arreglo a los preceptos del RRM su acceso registral. *c)* No se concreta en dicho precepto (108 RRM) los medios o trámites precisos para obtener ese acto, juicio o declaración de legitimación, que presenta dificultad por ser complejo y casuístico y por los diversos supuestos que pueden producirse.

III. Sintetizando la cuestión podría sentarse: *a)* Se precisaría para conseguir dicha legitimación de un juicio o testimonio basado en factores y elementos jurídicos y de hecho que exprese el ejercicio legítimo de los cargos que intervienen (aparte de cualquier otro acto posible de legitimación de firma que pueda ser necesario), sin entrar lógicamente en si el acuerdo adolece de defectos intrínsecos o de fondo (aunque realmente a veces éstos en algún caso dependen de aquella declaración). Para AVILA ALVAREZ («La calificación mercantil de la representación documental») en el 108 RRM se establece un testimonio *sui generis*, mixto de legitimación y declaración de notoriedad, que no deja de ofrecer dificultades; porque si el secretario certificante viene ejerciendo el cargo desde antes de la expedición de la certificación, no le será difícil al Notario declarar ese ejercicio legítimo; pero si se trata de certificación del acta de su nombramiento, al ser el primer acto del secretario, el Notario no puede percibir el ejercicio anterior, a menos que se entienda que lo que el RRM quiere es el dictamen de un técnico jurídico sobre la regularidad del nombramiento a la vista de los estatutos. Precisamente este es el problema; creemos que sin un dictamen, testimonio, juicio o declaración no hay forma de conseguir la legitimación, aunque por supuesto tenga dificultad y complejidad, como se ha dicho. *b)* No se trata de eliminar o interferir las funciones aseguradoras y certificantes del presidente y secre-

tario, sino de tratar de conseguir que los que certifican o aseguran están legitimados para ello, problema diferente y sin el cual toda la vida jurídica de la sociedad quedaría en el aire.

IV. Pueden darse distintos supuestos: el caso simple y más normal es aquel en que el acuerdo se obtuvo con presidente y secretario inscritos y bajo su intervención respectiva, que a su vez son los que certifican; pero puede que en dicho acuerdo se nombraran para dichos cargos a otras personas que son los que expiden la certificación o copia del citado acuerdo (cabría que la expidieran los anteriores si los nuevos nombrados no tomaron posesión aún de sus cargos); puede a veces que no intervengan el presidente y secretario inscritos (por renuncia, fallecimiento, etc., de los mismos), y que se nombren para la Junta a otro presidente y secretario; y el caso extremo, aunque frecuente, es el que produce el dicho conocido de Juan Palomo, como dice PIÑOL AGUADÉ (BCR, núm. 100: «Normas, doctrinas y usos en la representación de las anónimas»), o sea unas mismas personas, no legitimadas registralmente, hacen el acuerdo y ellos mismos expiden la certificación del mismo por ser los nombrados en él (como presidente, secretario, administrador, etc.); el peligro es, lógicamente, gravísimo (en este caso y otros análogos); unas personas, ajenas a la gestión y representación de la sociedad, pueden conseguir una verdadera expoliación de la misma (vendiendo sus bienes) o acordar actos y decisiones que puedan causar un grave daño y quebranto de la sociedad, al no haber un medio que en dichas situaciones garantice la legitimación de la representación de la misma.

V. a) Las personas que aseguran y declaran la veracidad tanto de los *acuerdos de la Junta* (24 y 61 Ley) como de las *certificaciones* o copias que de los mismos se expidan (66 Ley y 108 RRM) son el presidente y secretario (al igual que en el Consejo de Administración: 77-78 Ley); dice la Resolución de 22 de febrero de 1980 «que aun no estando establecido en ningún tipo de precepto con carácter general el que las *certificaciones* de los acuerdos sean expedidas por el secretario con el visto bueno del presidente, en algún caso concreto tanto la Ley (art. 24) como el RRM (108, b) establecen que se expidan formalmente de esta manera, con lo cual se acomodan al criterio general establecido en otras disposiciones legales y se garantiza a través del visado del presidente la *idoneidad y legitimidad* de quien aparece ejerciendo el cargo de secretario».

b) En cuanto al *tiempo* en que se extienden sus facultades, dice AVILA, citado, y en cuanto al secretario (aunque pudiera igual aplicarse al presidente), que sus facultades se extienden desde la copia del acta de la Junta en que sea nombrado hasta la matriz del acta en que se

acuerde su sustitución por otro (inclusive ambas); es lógico, dice, que él no pueda autenticar la matriz (aunque sí las copias) del acta en que se le nombra y acepta, puesto que hasta que dicha matriz no se firma y aprueba no pueden producir efecto los acuerdos y, por tanto, sigue en funciones el anterior secretario.

c) En cuanto al carácter *cometido y finalidad de sus intervenciones*, es asegurar y declarar la veracidad de las actas de los acuerdos y de las certificaciones o copias de los mismos, a través de su función certificante, el secretario, y el presidente a través de su visto bueno, que declara la «idoneidad y legitimidad de quien aparece ejerciendo el cargo de secretario» (Resolución citada de 1980); no obstante, dice AVILA, citado, que no basta el visto bueno del presidente para atribuir facultades certificantes a quien no las tiene (aparte de que el Notario no tendría base para la legitimación de firmas); agrega que se usa y abusa de la figura del secretario en funciones, y dice que si no está previsto el caso en los estatutos, solamente un acuerdo del Consejo de Administración puede hacer que quien no es secretario sustituya a éste, sin que baste para él, como se ha dicho, el visto bueno del presidente.

d) La legitimación, por tanto, tendría que hacerse en relación a ambos, presidente y secretario, y si el proceso legitimador, como se expone en estas notas, ya es difícil y complejo, y máxime en algunos supuestos, la dificultad sería doble, por ser dos las personas cuyo ejercicio legítimo de sus cargos hay que asegurar; si se pudiera conseguir, ante tales dificultades, que una sola persona (obviamente, el presidente, por su carácter, y máxime si es el presidente del Consejo y, como tal, administrador además) fuera el elemento a través del cual pudiera conseguirse la conexión en los sucesivos cargos de la Junta y Consejo, quedaría asegurada la legitimación pretendida.

Trata CANO («Los estatutos de las sociedades anónimas; sus defectos más frecuentes», en BCR, núm. 171), aunque no en relación a esta cuestión, pero que tiene relación con ella, el problema de cuando la Junta es presidida y certificada por personas designadas para una Junta y por la misma en tal momento, y la certificación de lo acordado no se expide inmediatamente de celebrarse la Junta, sino con posterioridad; ante la dificultad de volver a reunir a dicho presidente y secretario (que puede ya no tengan interés, no sean socios, etc.), se admite por los Registradores, dice, que la certificación la expida el órgano administrador, ya que tales personas aparecen perfectamente conectadas con el Registro al estar inscritos sus nombramientos; pone de manifiesto la dificultad cuando la administración es por órgano que no sea Consejo (uno o varios administradores solidarios), ante la exigencia de la Resolución de 22 de fe-

brero de 1980, que exige la intervención del secretario y presidente; aunque el secretario no esté conectado registralmente, pero el visto bueno del presidente, si es administrador, prestó ya la garantía suficiente, pero si no lo es, nada asegura, aunque lleve las dos firmas de los mismos; si existe Consejo la certificación la expediría el secretario con el visto bueno del presidente; si la administración es solidaria la certificación se expediría por un administrador con el visto bueno del otro, y si es administrador unipersonal debería expedirla él solo (aunque pueda chocar con la Resolución citada, que exige dos firmas).

VI. El 108 RRM, como se ha dicho, regula parcialmente y en cuanto al nombramiento de administradores la cuestión que nos ocupa: *a)* en la letra *a)* del número primero simplifica el problema de la legitimación, al sustituir la legitimación en sentido estricto por la legitimación que da la constatación en el libro de la Junta; así pues, tanto en los casos más sencillos, de los antes expuestos, como en los más complejos, basta con el testimonio del citado libro (sin que, por tanto, resuelva ni entre en el problema legitimador expuesto); *b)* en la letra *b)* del mismo número primero del 108 es donde se exige que se «exprese el ejercicio legítimo de los cargos», o sea una propia legitimación, pues para poder hacer esa declaración se precisa el examen de la regularidad, conexión y legitimaciones expuestas, con las dificultades que en algunos casos ello comporta; *c)* en el número tercero del 108 (pues el segundo aplica las normas del primero) exige se acrediten las circunstancias del nombramiento»; acreditar las circunstancias del nombramiento, lógicamente, puede no implicar que los que los nombren estaban legitimados para ello (por cualquier causa) o que el mismo nombramiento en sí, a su vez, sea o no correcto; por eso esta frase del 108, 3.º, no puede tener el mismo alcance que la de la letra *b)* del número primero, en cuanto que de sus términos puede no asegurar el «ejercicio legítimo de los cargos». Siendo el número primero —de los tres que regula el 108— el más fácil y menos arriesgado, lógicamente, pudiera ser el que, a estos efectos, se elegiría.

VII. Para ver las dificultades que el proceso legitimador presenta veremos a continuación los diversos supuestos de nombramientos de presidente y secretario que pueden darse según los casos, conforme al 61 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas.

A) Para la Junta: *a)* La Junta será presidida —dice el 61— por la persona que designen los estatutos; más que nominalmente (pues ello llevaría a modificar los estatutos ante el cambio de la persona designada)

lo serán por referencia a un cargo de la sociedad (como el presidente del Consejo de Administración), debiendo lógicamente figurar nominalmente inscrito previamente en tal cargo; los estatutos podrían también determinar que será presidente la persona que la Junta designe con carácter permanente (distinto, por tanto, del supuesto que contempla el 61, que es el designado «en cada caso»); en este supuesto, aunque no se recoge expresamente en el 86 Ley y 108-110 RRM, sería inscribible y con arreglo a las normas generales de estos artículos. *b)* En segundo lugar, señala el 61, y en defecto del que digan los estatutos, como presidente, al que lo sea del Consejo de Administración (que a su vez deberá figurar nominalmente inscrito con tal cargo); el carácter supletorio se refiere al supuesto de que los estatutos no fijen nada; los casos de que existiendo presidente fijado por los estatutos, pero esté dimitido, renunciado o fallecido, ya entra en problema distinto, que es la legitimación del presidente del Consejo en estos casos. *c)* En tercer lugar, el 61 señala al «accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión»; sobre inscripción de éste nos remitimos a lo dicho antes (nombramiento autorizado por los estatutos, hecho por la Junta, pero con carácter permanente); lógicamente, aquí puede no haber realmente inscripción previa, sino que figurará en el acuerdo de la Junta entre los varios puntos aprobados y su inscripción, posiblemente, no aparecerá expresamente consignada por su carácter esporádico, aunque pueda, si la certificación del acuerdo se expide en el mismo momento, dar su aprobación con el visto bueno como presidente. *d)* La Junta podría (supletoriamente, de estatutos y presidente del Consejo) designar una persona, pero con carácter *permanente*, y en tal caso nos remitimos a lo antes dicho cuando se nombra uno permanente por la Junta, pero por autorización de los estatutos. *e)* Debe entenderse, lógicamente, que aunque la Ley en el 61 establece el orden dicho, cabe que en defecto de estatutos sea la Junta, antes de acudir al presidente del Consejo supletoriamente, la que señale al presidente.

B) Para el Consejo: El 77 Ley, para el nombramiento del presidente del Consejo, dice que «cuando los estatutos de la sociedad no dispusiesen otra cosa el Consejo podrá designar a su presidente»; la Junta, por tanto, podrá, por autorización de los estatutos, designar ella misma al presidente del Consejo o conceder expresamente al mismo Consejo esta facultad.

C) Para el cargo de secretario el mismo 61 Ley establece que será designado por los estatutos (creemos vale lo dicho sobre designación no-

minal) o por los accionistas asistentes a la Junta (igualmente creemos vale lo dicho sobre designación permanente por la Junta).

VIII. Expondremos los trámites que hipotéticamente el proceso legitimador requeriría, en términos generales, según los casos, con las dificultades que ello llevaría, algunas prácticamente insalvables; a su vez, obviamente, ello podría suponer un grave inconveniente en el desenvolvimiento de la vida de la sociedad, al tener que cumplirse unos requisitos que entorpecerían la agilidad normal de la misma.

1) Acuerdos de la Junta obtenidos bajo la presidencia (por lo dicho centramos la legitimación en este sólo) del ya existente como tal presidente y sin que se produzca cambio en el mismo, con lo cual, por tanto, quedaría garantizada la veracidad de los citados acuerdos aprobados; se precisaría: *a)* comprobación de quien sea presidente de la Junta por examen de estatutos, escritura en su caso, libros de actas de la Junta o Consejo; *b)* comprobación del acuerdo de que se trata en el libro de actas, intervenido por el mismo presidente (sobre legitimación de firmas de éste, ver lo que se dice en el supuesto siguiente); *c)* certificación del acuerdo, expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, cuya firma se legitimaría y se declararía, en base de la comprobación anterior, estar en el ejercicio legítimo del cargo.

2) Acuerdos de la Junta celebrada bajo la presidencia del existente como tal, pero en el cual, aparte de otros posibles puntos, se cambia aquél, nombrándose otro presidente, que es el que garantizaría la veracidad del acuerdo; se precisaría: *a)* lo dicho en la letra *a)* del supuesto anterior; *b)* comprobación del acuerdo de que se certifica en el libro de actas de la Junta en el que se hace el nuevo nombramiento, intervenido y presidido por el presidente anterior (pues en otro caso no habría garantía de su intervención); identificación y legitimación de la firma y aceptación del nuevo nombrado puesta al pie del asiento mismo; cabría prescindir de dicha legitimación-identificación del nuevo nombrado por entender queda suplida por la certificación que él expide y cuya firma se legitimaría, con lo que se confirmaría tácitamente su intervención, pero en teoría pudiera ser mejor lo expuesto, pues aparte del problema de los consentimientos tácitos desde el punto de vista registral, si hubiera de expedirse otra certificación, por cualquier motivo, ya constaría en el asiento en el libro de actas la identificación y legitimación del nuevo nombrado, simplificándose, por tanto, este punto para la nueva certificación, evitándose nueva comprobación, en su caso, con ello, produciéndose además una cadena de legitimaciones que facilitaría el problema; esto mismo puede decirse para el supuesto anterior (aunque no hay nue-

vo nombramiento) y para el supuesto siguiente (en que existe nuevo nombramiento y hecho por personas que no son los existentes con anterioridad); *c*) certificación del acuerdo expedida por el secretario con el visto bueno del nuevo presidente, cuya firma se legitimará y declarará estar en el ejercicio legítimo del cargo, en base a todo lo anterior; *d*) si la certificación la expidiera, si es procedente, el antiguo presidente (por no haber aceptado aún el nuevo), entonces sería igual que el supuesto anterior, pero luego habría que justificarse la aceptación del nombrado por medio, por ejemplo, de certificación por él mismo expedida con referencia al libro de actas en que conste la aceptación, con identificación de su firma.

3) Acuerdos de la Junta obtenidos bajo presidente que no es el existente hasta entonces (por haber renunciado, dimitido, fallecido, etc., y sin que tampoco pueda acudir supletoriamente al presidente del Consejo, o también cuando la persona del presidente esté fijada para una Junta concreta sólo), y a su vez se nombre a uno nuevo que es el que debe asegurar la veracidad del acuerdo; supone, pues, un cambio total y entrada de nuevas personas, que a su vez, si las que presiden la Junta y los nombrados nuevos coinciden en las mismas personas (máxime cuando a su vez se nombran administradores para la ejecución del acuerdo), conlleva el riesgo y peligro antes apuntado; se produciría, por tanto, una desconexión legitimadora total; en tales casos, hipotéticamente, se precisaría: *a*) lo dicho, en su caso, en la letra *a*) del supuesto anterior y del primero; *b*) si ha sido preciso acudir, conforme al 57 Ley, a la convocatoria judicial, designándose la persona que presidirá la Junta, quedaría naturalmente obviado el problema; *c*) la comprobación en otro caso es compleja, pues habría, nada menos, que determinar por los estatutos, escritura, etc., la persona que debe presidir la Junta, y además comprobar si la Junta en la cual se nombra a la persona que ha de presidirla, y en la cual se adoptó el acuerdo, se constituyó regularmente por los socios según las acciones depositadas o registradas conforme a los artículos 35 y 59 Ley, quórum, etc., sea en Junta normal o universal del 55 Ley, o sea convocada por un administrador que aunque no tuviera facultad de presidir la Junta fuera el único elemento de conexión existente; *d*) en lo demás se aplicaría lo expuesto para el supuesto anterior (*b*, *c*, *d*).

4) Análogos requisitos pudieran aplicarse cuando además de los cargos de presidente y secretario existen, estatutariamente o designados (en las formas permitidas expuestas), los cargos de vicepresidente o vicesecretario, pero en estos casos a su vez habría que justificar su intervención, ya que será siempre condicionada a casos concretos o supletoria en general; cuando los que intervienen son como presidente o secretario

«en funciones» (ver lo dicho en cuanto al último; el 78 Ley habla de presidente en funciones), habría a su vez que comprobar la posibilidad y legitimidad de tales intervenciones con arreglo a estatutos, escritura, actas, acuerdos, etcétera.

5) La comprobación o justificación de la legitimación a través del Registro Mercantil (aportación de nota, certificación, comunicación, etc.) no resolvería la dificultad, en primer término, porque, como se dijo, puede no coincidir la situación real con la legitimación que aparezca en el RM, pero además aunque concordaran ambas en el momento y punto inicial del proceso legitimador, nunca el Registro, lógicamente, puede asegurar los cambios sucesivos que se produzcan en los diversos supuestos vistos, desconectados del mismo.

6) Para el Consejo de Administración pueden hacerse análogas consideraciones y aplicarse las mismas posibles soluciones; no obstante, en algún aspecto, quedaría facilitada la legitimación al exigirse para el cargo de presidente (y los demás) un especial nombramiento, inscrito previa y especialmente (a diferencia de los cargos de la Junta, que vimos todas las posibilidades de su nombramiento en los diversos supuestos que se dan); no obstante, en los sucesivos cambios por muerte, renuncia, etc., de los miembros del Consejo —del presidente, que es el que pudiera servir de elemento de conexión— surgirían análogas dificultades que las expuestas para la Junta.

IX. La Resolución de 6 de junio de 1983 tocó este punto: constitución de una limitada, por varias sociedades, cuyas respectivas certificaciones de los libros de acta, incorporadas a la escritura de constitución, aparecerían sin fecha ni firma legitimada, según la nota de calificación; el Notario recurrente, a efectos doctrinales, alegó en escritura aclaratoria que la legitimación de firma, hecha en la escritura de constitución, será comprensiva no sólo de las firmas, sino también del ejercicio de los respectivos cargos de los firmantes, por constarle hallarse en el ejercicio de los cargos. La Dirección declaró que no se observaba defecto en cuanto a carencia de fecha y de legitimación de las firmas, pues en la escritura aclaratoria se reafirma la autenticación de las firmas, así como que corresponden a las personas que han expedido los certificados (esto último no es lo dicho y alegado por el Notario y no implica que estén en el ejercicio legítimo de los cargos) y en los textos de los acuerdos figuran las fechas de éstos, mientras que la constancia o no de la fecha en la certificación es, a estos efectos, indiferente, ya que su autenticidad dimana no de que aparezca expresamente, sino de la aplicación del 1.227 del CC. Se refería, pues, esta resolución a la declaración de estar en el

ejercicio legítimo de los cargos, para caso distinto del supuesto en que lo exige expresamente el RRM (108, 1.º, b).

X. Todo lo anterior pone de manifiesto tanto la dificultad como la necesidad de una mínima legitimación, bien extendiendo a todo caso lo dispuesto en el 108, 1.º, b), del RRM, aunque, como dice CANO (citado), esta exigencia (que sería un testimonio *sui generis*, mixto de legitimación-declaración de notoriedad, como dice AVILA) es excesiva, y de ahí que no resulte agradable ni fácil su cumplimiento, o bien dando a los fedatarios mayor intervención en las Juntas, a semejanza de la normativa italiana (PIÑOL, citado), o bien fortaleciendo la figura del secretario, profesionalizándolo y dándole carácter más estable, o acudiendo, como en algunas legislaciones, a figuras jurídicas que, con más o menos intervención en la administración y representación, aseguran la conexión de las diversas legitimaciones o, por último (aunque hemos dicho que presentaría dificultades), intentar conseguirlas a través del Registro Mercantil.

JOSÉ ANTONIO RUIZ RICO
Registrador de la Propiedad y Mercantil
de Málaga

JURISPRUDENCIA

II. Jurisprudencia comentada

Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y de 28 de mayo de 1973)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. UN SUPUESTO DE HECHO DETERMINANTE DE ADOPCIÓN: 1. *Antecedentes*: A) Hechos probados. B) Puntos controvertidos. C) Demanda. D) Ministerio Fiscal. E) Recibimiento a prueba. F) Sentencia del Juzgado. 2. *Sentencia de la Audiencia Territorial*. 3. *Recursos de casación*: a) Por quebrantamiento de forma. b) Por infracción de ley: recurso de la Diputación Provincial; recurso de los padres adoptantes. 4. *Sentencias del Tribunal Supremo*: A) Sentencia de 22 de junio de 1972. B) Sentencia de 28 de mayo de 1973.—III. RECAPITULACIÓN: 1. *Los hechos probados*. 2. *La doctrina sentada en la decisión del Tribunal Supremo*.—IV. NOTAS PARA UNA DIMENSIÓN ESTRUCTURAL DE LA ADOPCIÓN: 1. *Introducción general*. 2. *Naturaleza de la adopción*. 3. *El perfil estructural y sus presupuestos*: A) Presupuestos subjetivos: a) Los padres naturales. b) El menor (adoptando). c) Los padres adoptantes. d) Los intermediarios. B) Presupuestos objetivos: a) El hecho de la exposición o abandono. b) Los criterios básicos determinantes de la adopción. c) La entrega del menor adoptando. C) Presupuestos formales: a) La ausencia de formalidades. b) Los mecanismos habituales.—*Recapitulación parcial*.—V. NOTAS PARA UNA DIMENSIÓN FUNCIONAL DE LA ADOPCIÓN: 1. *Introducción general*. 2. *Naturaleza*. 3. *Presupuestos de la adopción desde el perfil funcional*: A) Presupuestos subjetivos: a) El juego de consentimientos. b) Las declaraciones de voluntad. c) Otras audiencias. B) Presupuestos objetivos: a) La situación de abandono. b) La conveniencia del adoptando. C) Presupuestos formales: a) La tramitación del expediente inicial. b) La intervención judicial: 1. Criterio histórico. 2. Criterios doctrinales: a') Civilistas. b') Procesalistas. 3. Mi posición. c) La escritura pública: 1. Criterio histórico. 2. Criterios doctrinales. 3. Mi posición. d) La inscripción en el Registro Civil. D) Extinción de la adopción: 1. Consideración general previa: los supuestos de ineficacia. 2. La extinción especial a petición de los padres naturales del adoptado. 3. Los efectos de la extinción de la adopción.—*Recapitulación*.—VI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Básicamente dedicado a poner al día mis comentarios a las sentencias emanadas del Tribunal Supremo en materia de Derecho de familia, *la existencia de este supuesto de hecho concreto, que originó una adopción y que determinó las dos Sentencias de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973*, me ha preocupado profundamente y *ha motivado estas reflexiones meditadas desde la distancia en el tiempo y en el espacio*.

Buena parte de estas reflexiones van a consistir en la exposición detallada del *supuesto de hecho subyacente* en este pleito. Supuesto de hecho que, curiosamente, ha preocupado, al parecer, muy poco a casi todos los anotadores o comentaristas de sentencias en las revistas patrias (1).

He elegido después, *previa* la presentación de los hechos y de la decisión del Alto Tribunal, una serie de puntos que habitualmente no son tomados en consideración por la doctrina patria, que suele concentrar todos sus esfuerzos en el análisis de *la dimensión normativa* en tema de adopción (2).

He llamado la atención en otros lugares —los lectores de esta *Revista* ya conocen mi método de trabajo— sobre la importancia de la *dimensión sociológica*, máxime en estas materias de Derecho de familia tan candentes y trascendentes socialmente.

En rigor —dejando aparte las estimables aportaciones emanadas de «los Tribunales Tutelares de Menores», la «Obra de Protección de Menores» (3) y de la «Asociación de Protección a la Adopción»—, en España existen escasas aportaciones en torno a los *aspectos sociológicos* de la adopción, a diferencia de lo que ocurre en otros países (4).

Va a ayudar un tanto a estas reflexiones la conveniente *distinción entre el perfil estructural* (o estático) y *el perfil funcional* (dinámico) del tema, con las consiguientes connotaciones de todo tipo en su caso.

Además, la *incidencia notarial* de la cuestión hace que no pueda ni deba despachar someramente el tema con remisiones a otros autores.

Habrás así una serie de *puntos de reflexión*, inhabituales quizá, pero merecedores de una atención hasta hoy escasa.

II. UN SUPUESTO DE HECHO DETERMINANTE DE ADOPCION

Paso aquí, sin mayores dilaciones, al estudio y análisis del supuesto de hecho que motiva las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio

(1) Me pregunto si la razón será que la sentencia —doble sentencia— ocupa más de un centenar de páginas, comprensivas de los tres recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo. La única excepción, notable, es la del Notario F. CASTRO LUCINI: «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *A D C.*, octubre-diciembre 1973, páginas 1218 y ss.

(2) Dada la abundancia de interpretaciones doctrinales en esta materia, y por la reflexión *centrada únicamente* en este concreto supuesto de hecho, la referencia bibliográfica se limita a una *selección muy personal* de los autores que juzgo de interés en este lugar, y en forma *cronológica* a contar desde el año 1970.

(3) ¿Quid acerca de la *adaptación* de este organismo a la Constitución de 1978? Véase *La Obra de Protección de Menores*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 23 y ss., y allí el trabajo de E. MIRET MAGDALENA, págs. 29 y ss.

(4) Así, en Francia, con notables investigaciones sobre el tema.

1. Ver C. LAUNAY y M. SOULE: *L'adoption, ses données psychologiques et sociales*, París, 1954.

2. Puede también verse la muy interesante obra de M. P. MARMIER *Sociologie de l'adoption (Etude de sociologie juridique)*, ed. L. G. L. D., núm. 100, París, 1969.

Entre nosotros, véase la notable excepción de CASTRO LUCINI, *op. cit.*, *R. C. D. I.*, 1971, páginas 830-848.

de 1972 y de 28 de mayo de 1973. Lo hago en la forma habitual en esta Revista y con mi especial método y sistema.

1. ANTECEDENTES

A) Fueron hechos declarados probados en el presente litigio:

1) Don A. (de veintiocho años) prestaba servicios personales a una familia de elevada posición, y mantenía relaciones amorosas con doña B. (de treinta y ocho años), hija de la casa. A consecuencia de tales relaciones, doña B. quedó encinta en septiembre de 1965. Ambos tenían el propósito de continuar sus relaciones y de contraer matrimonio, una vez cesada la oposición de la familia de doña B.

2) Comunicados al padre y hermano de doña B. los hechos de las relaciones, el embarazo y el propósito de matrimonio, por la familia de doña B. se procuró por todos los medios cortar dichas relaciones y encontrar una fórmula para que la criatura que había de nacer quedara en algún establecimiento y posteriormente fuera adoptada. La familia de doña B. se puso en contacto con una señora especializada en estos temas, a la que nombraré como doña C.

3) Próximo el alumbramiento e ingresada doña B. en la clínica privada del doctor D., se le aplicó el procedimiento de adormecimiento-inconsciencia, dando a luz una niña el 2 de mayo de 1966. Doña B. no recordaba nada de lo sucedido en la tarde y noche de dicho día, pero fue informada por doña C. de que había tenido una niña.

4) El médico que la asistió había declarado (prueba pericial) que «su impresión en todo momento fue que el propósito de doña B. era el de no hacerse cargo de la criatura y entregarla de modo definitivo; que se encontraba en condiciones físicas y mentales para adoptar cualquier decisión, y que si preguntó por su hija no fue para reclamarla, sino únicamente para informarse adónde había sido llevada y cuál podía ser el futuro de la niña».

5) La niña fue ingresada en la «Casa de Maternidad» (5) de la correspondiente Diputación Provincial. Con fecha 6 de mayo de 1966, la niña expósita fue confiada para su acogimiento —y posterior adopción— al matrimonio don T. y doña N.

6) La niña fue inscrita en el Registro Civil el 10 de mayo de 1966, con dos apellidos de uso corriente en la localidad.

7) Don A. y doña B. contrajeron matrimonio el 2 de marzo de 1967.

8) Por la Administración Provincial se inicia con fecha 4 de febrero de 1967 el expediente de adopción menos plena. El Juzgado de Primera Instancia dictó Auto el 8 de marzo de 1967, en el que, previo informe del Ministerio Fiscal, aprobó la adopción menos plena de la niña.

9) Con fecha 15 de marzo de 1967 se otorgó la escritura pública de adopción menos plena de la niña.

10) Por el ya matrimonio don A. y doña B., fracasadas todas las gestiones para recuperar a su hija, se entabla querrela criminal contra la caritativa señora doña C, contra el Administrador de la Casa de Maternidad y contra las personas que retuviesen a la hija de los querellantes en

(5) Cabría preguntar por qué medios o conductos, en base a qué títulos, etc. Pero esto forma parte de la trama novelesca o 'infraestructura' sociológica de ESTA adopción, y de otras mil como ella. Preguntas sin respuesta.

contra del consentimiento de éstos. Querella que originó el sumario número 189 de 1967, en el que quedaron probados los hechos de: la identificación de la hija de los demandantes, inscrita en el Registro Civil el 10 de mayo de 1966; la adopción menos plena por don T. y doña N., y el expediente previo tramitado por la Administración Provincial. Dicho sumario concluyó, al parecer, por sobreseimiento.

11) Identificada la niña, fue reconocida como hija natural por don A. y doña B., en sendos testamentos de 4 de octubre de 1968, de los que se practicó la oportuna anotación marginal en el acta de nacimiento, quedando así la menor legitimada por subsiguiente matrimonio.

12) Se formuló por don A. y doña B. la correspondiente *reclamación previa* al ejercicio de las acciones civiles ante la Diputación Provincial.

B) Había una serie de *cuestiones y puntos dudosos o controvertidos* en este litigio. Así, por parte de *los demandantes (don A. y doña B.)* se alegaba: 1) la oposición constante de la familia de ella al matrimonio; 2) los procedimientos de la familia de ella para que no conociera a la niña y para su adopción; 3) que *doña B. se había negado sistemáticamente en todo momento a firmar un escrito de renuncia a los derechos sobre su hija*, que repetidamente le había sido presentado por la caritativa doña C. (6); 4) que desde el día siguiente al del alumbramiento, la demandante doña B. pidió a unos y a otros la entrega de su hija; 5) que una vez casados los demandantes, al finalizar la ceremonia religiosa se trasladaron a la Casa de Maternidad Provincial (7), donde el Administrador les manifestó que «pronto tendrían a la niña» (*sic*) (8); 6) que en el expediente de adopción se habían *omitido* toda una serie de *requisitos* —tales como la falta de audiencia de los padres naturales, falta de comparecencia de un representante legal de la adoptada (Administrador de la Casa de Maternidad o su representante) y falta de pacto de derechos sucesorios—; 7) que *se ejercita*, en primer lugar, *la acción de nulidad* por imposición legal, ya que la acción de *rescisión* es subsidiaria y no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carece de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Por parte de *los demandados don T. y doña N.* se alegaba: 1) que niegan que la niña adoptada naciera de doña B., así como que fuera fruto de las relaciones con don A.; 2) que el matrimonio demandado había solicitado de la Casa de Maternidad Provincial la adopción menos plena de una niña recién nacida, cuya niña les fue entregada el día 6 de mayo de 1966, «venida al mundo, según se les dijo, el día 2 del propio mes» (*sic*); 3) que tras la correspondiente tramitación, la niña fue adoptada, provocando en el Registro la inscripción marginal oportuna; 4) que para tal inscripción, la adopción realizada había pasado el quintuple tamiz que supone el expediente de adopción; 5) que cabía decir, sin temor a equivocación alguna, que «si *doña B.* tuvo una niña y la abandonó o expuso, lo hizo de manera total y absolutamente culpable, y si tal criatura era hija de ella y don A., la culpabilidad alcanzaría a ambos» (*sic*), ya que dada su elevada

(6) Considérese este hecho, fundamental en el caso de autos.

(7) Recuérdese el *juego de fechas*: expediente iniciado el 4-2-67, matrimonio contraído el 2-3-67, auto aprobatorio el 8-3-67 y escritura otorgada el 15-3-67. Una velocidad tan admirable como sorprendente.

(8) Dicho funcionario al parecer les ocultó cuidadosamente la tramitación del expediente de adopción, por lo que se desprende de los propios autos.

posición social pudo ingresar en una clínica «de más categoría» y había podido casarse antes del parto; 6) que el *otorgamiento de testamentos* reconociendo como hija natural a la adoptada por los demandados «se había hecho sin que ninguno de ellos o ambos acreditaran ser los progenitores, y además, sin obtener decisión judicial alguna y sin contar con el matrimonio demandado ni con la Casa de Maternidad» (*sic*) (9).

Por parte de la *Diputación Provincial demandada* se hacían una serie de alegaciones: 1) una exposición de los hechos determinantes del expediente de adopción, a partir de la *fecha* de la exposición (6 de mayo de 1966); 2) que el expediente de adopción se había iniciado un mes antes casi que don A. y doña B. contrajeran matrimonio; 3) que los testamentos de don A. y doña B. se otorgaron un año y siete meses después de contraído el matrimonio y de formalizarse la escritura de adopción; 4) que la Administración Provincial «*había cumplido* con todos los trámites del expediente de adopción menos plena de la niña..., y al *estimar conveniente y necesaria* la adopción, *autorizó* 'la misma'» (*sic*) (10); 5) que la actuación de don A. y doña B. indicaba a todas luces una desidia y falta de interés notorios, en base a la culpabilidad de ambos en el abandono, a la celebración del matrimonio pasado casi un año desde el natalicio y al reconocimiento en testamento muy posterior; 6) que «si la intención de *doña B.* era mantener bajo su custodia la criatura, pudo *depositarla* en la Casa de Maternidad *previo su reconocimiento, habiéndose identificado como tal* ante la Administración del establecimiento» (11).

C) La demanda es interpuesta por los cónyuges don A.-doña B., contra los cónyuges don T.-doña N., la Diputación Provincial y el Ministerio Fiscal. Finaliza con la *súplica* de que se dicte sentencia: *decretando* la inexistencia, o en otro caso, la nulidad, y subsidiariamente, la rescisión de la adopción menos plena de la hija de los demandantes, María..., contenida en la escritura de fecha 15 de marzo de 1967; *decretando* asimismo la cancelación en el Registro Civil de la inscripción marginal originada por la repetida escritura, al ser declarada la nulidad o rescisión del título en cuya virtud se hizo, y *condenando* a los demandados en las costas del juicio.

D) Por parte del Ministerio Fiscal se manifestó que «por carecer del conocimiento necesario de los hechos a que se contrae la demanda, se abstiene en este trámite de formular alegación alguna, sin perjuicio de hacerlo una vez practicada la prueba, en el momento procesal oportuno».

Por parte de *los demandados don T.-doña N.* se contestó a la demanda oponiéndose a ella y se formuló *reconvención*, terminando con la *súplica* de que, teniendo por contestada la demanda y formulada reconvención, se dictara sentencia *declarando*: A) nulos y sin valor ni efecto legal alguno los reconocimientos y legitimación por subsiguiente matrimonio, aparentemente realizado por los demandantes don A.-doña B., de la menor María..., por no concurrir y, por ende, no demostrarse la indispensable circunstancia de ser hija natural de ambos o de cualquiera de ellos; B) nulas, sin valor ni efecto legal alguno, las inscripciones marginales y notas de referencia producidas por tales aparentes reconocimientos y legitimación por subsiguiente matrimonio, en las correspondientes página y tomo de la sección 1.ª

(9) Delicioso párrafo acerca del 'juicio de capacidad' para otorgar testamento. Sin comentarios.

(10) ¿Qué *críterios decisivos* determinaban esa conveniencia y necesidad de la adopción? Misterio impenetrable.

(11) Esta manifestación podría aceptarse siempre que no existiera la 'caritativa' doña C. como intermediaria.

del Registro Civil de..., que deben ser canceladas; *desestimando* la demanda y *condenando* a los actores en costas y a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

Por parte de la *Diputación Provincial demandada* se contestó a la demanda oponiéndose a ella y formulando *reconvencción*, terminando con la súplica de que *desestimando* totalmente la demanda, *declare: la legalidad* de la adopción menos plena de la niña María...; *la nulidad*, dejando sin valor ni efecto legal alguno, de los reconocimientos y legitimación por subsiguiente matrimonio verificados por los demandantes de la menor citada; *la nulidad*, sin valor ni efecto legal alguno, de las inscripciones marginales y notas de referencia por tales reconocimientos y legitimación verificados en el Registro Civil, y *se condene* a los actores a estar y pasar por tales pronunciamientos y al pago de las costas.

E) *Recibimiento a prueba*: Por la parte *demandante* se practicó la de confesión en juicio, documental pública y testifical. Por la parte *demandada —Diputación Provincial—* se practicó la de confesión en juicio y la documental.

Por los *demandados don T.-doña N.*, adoptantes, se practicó la documental y la pericial. Se interesó *la pericial*, consistente en *que por un solo Perito agente de la Propiedad Inmobiliaria*, y previo examen de las fincas de que resultase ser propietaria la actora doña B. (madre natural), *se emita informe en el que se haga constar el valor* de todas y cada una de las fincas. Dado traslado de *la pericial* propuesta a la contraparte, ésta la estimó impertinente por no ofrecer resultado alguno útil y eficaz para la decisión del pleito. El Juzgado, por Auto de 16 de abril de 1970, declaró no haber lugar a la admisión de la pericial propuesta. Formulado *recurso de reposición* contra dicha resolución, fue confirmada por Auto de 2 de junio de 1970, declarando no haber lugar al recurso de reposición.

F) El Juzgado dicta Sentencia el 7 de diciembre de 1970 por la, desestimando la demanda, absuelve de la misma a los demandados; de igual forma, con desestimación total de la reconvencción, absuelve a los demandantes de los pedimentos que contiene, y *estimando en parte* la reconvencción deducida por la Diputación Provincial, *declara válida* y con plenos efectos legales *la adopción* menos plena de la niña María..., condenando a los actores a estar y pasar por esta declaración, sin hacer expresa condena de costas.

2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL (12)

Por parte de los demandantes don A.-doña B. (padres naturales), y por parte del demandado don T. (adoptante), se interpusieron recursos de apelación contra la sentencia del Juzgado.

El demandado don T. solicitó el recibimiento a prueba del pleito en segunda instancia, a fin de que se llevara a efecto *la pericial*. Dicha prueba fue denegada por Auto de 3 de mayo de 1971. Interpuesto recurso de súplica contra dicho auto, la Sala dictó Auto de 1 de junio de 1971 denegando la súplica interpuesta. La representación del demandante don A. pidió que

(12) La argumentación de la Audiencia, y sus respectivas consideraciones en cada uno de los puntos, la he extraído de los tres escritos de recurso de casación. Los subrayados son míos: J. C. G. En una línea similar, CASTRO LUCINI, en su «Comentario» a estas sentencias, cit., A. D. C., 1973, página 1230.

—sin necesidad de recibir el pleito a prueba— se uniera a los autos el documento que presentaba y se recibiera *confesión judicial* a doña N. demandada (madre adoptante), lo que se acordó por la Sala.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial dictó Sentencia con fecha 21 de diciembre de 1971 por la que *revocando* la sentencia apelada, y *desestimando* las reconvencciones, *estima la demanda, declarando la nulidad* de la adopción menos plena de María..., a que se refiere la escritura de 15 de marzo de 1967, *decretando las cancelaciones* obrantes en la inscripción de nacimiento, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

De entre la fundamentación y argumentación de dicha sentencia, cabe señalar aquí las siguientes *consideraciones*:

○ *Extraídas del recurso de la Diputación Provincial:*

1) La sentencia recurrida considera la nulidad de la adopción bajo una *supuesta falta de consentimiento de los padres a la exposición o abandono*, como síntoma de la falta total de culpabilidad.

2) La sentencia entiende que los padres naturales pudieron tener anulada su voluntad, ya que el consentimiento de doña B. estuvo *viciado* por presión de la voluntad de su padre, originando un temor respetuoso.

3) La sentencia, en su considerando 11, hace una declaración sobre la voluntad de los padres naturales, *que no están exentos de culpa* en la exposición de su hija.

4) La sentencia recurrida aplica el párrafo 1.º del artículo 4 del Código Civil y declara la nulidad de la adopción por considerar «que *la falta de consentimiento de los padres* al abandono o exposición permite la revocación de la adopción».

5) La sentencia considera que *la niña depositada fue retenida* en la Casa de Maternidad provincial *contra la voluntad de sus padres, a quienes se conocía en el Centro*, por haber comparecido y haber manifestado su intención de recuperarla. Y *como en la tramitación del expediente de adopción no se dio audiencia a los padres y éstos no prestaron su consentimiento*, la adopción debe declararse nula, de conformidad con el artículo 176 del Código Civil.

6) La sentencia recurrida dice que hubo «conocimiento» por la Administración de los padres de la niña, ya que fueron reiterados los intentos de recuperación de la niña, *lo que revela convenientemente quiénes eran sus padres naturales*, aunque no hubiera constancia formal de ellos.

7) La sentencia *requiere* que la adopción debe ser consentida por los padres de la menor y que éstos sean oídos al respecto en el expediente tramitado por la Administración Provincial.

8) La sentencia recurrida llega a la conclusión de que *el firmante del expediente de adopción* había causado baja por enfermedad y, por tanto, *era incompetente* para instruir el expediente *al haber sido sustituido* por quien efectivamente ejercitaba las funciones de hecho y de derecho de «Administrador» del establecimiento. Y considera nula la adopción *por falta de comparecencia* en la escritura pública del centro benéfico.

○ *Extraídas del recurso de los demandados:*

1) La sentencia *a quo* vierte graves acusaciones contra la Administración del Instituto benéfico, refiriéndose a una actitud imprudente, temeraria o culposa, al entregar la recién nacida a sus padres adoptivos a los cuatro días del nacimiento, no diciéndole a la madre natural dónde se encontraba su hija.

2) El Tribunal *a quo* manifiesta (considerando 18) que «el *conocimiento* es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos», y *que en este caso existió*, ya que los reiterados intentos de recuperación de la niña revelaron convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia fôrmal de ellos.

3) La sentencia recurrida atribuye (en considerando 23) a la escritura de adopción valor constitutivo o *ad substantiam*, y al expediente administrativo y al judicial un acto de jurisdicción voluntaria, afirmando «que la escritura no está destinada a constatar, sino a hacer nacer la adopción a la vida jurídica».

4) La sentencia (considerandos 23 y 24) entiende que *es necesario que haya dualidad de consentimiento: uno, el preparativo del expediente; otro, el constitutivo* de la escritura pública. Se basa en el carácter constitutivo de la escritura de adopción, sin fundamentar su tesis, y en la consideración de la adopción como un negocio jurídico bilateral.

5) La sentencia (considerandos 15 y 16) expone cómo la depositada fue retenida contra la voluntad de sus padres, a los que se les ocultó su paradero. Aduce como primer motivo de nulidad de la adopción *este hecho de la revocación del depósito* de la recién nacida, revocación manifestada expresamente por sus padres.

6) La sentencia recurrida *declara la nulidad* de la adopción menos plena, a que se refiere la *escritura pública* de 15 de marzo de 1967, *pero no se declara previamente a la vez* la nulidad del expediente administrativo.

3. RECURSOS DE CASACIÓN

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial se interpusieron tres recursos de casación: uno, por quebrantamiento de forma, por los demandados don T.-doña N. (adoptantes), y dos, por infracción de ley, por los dichos demandados (adoptantes) y por la Diputación Provincial. Paso a resumir todos ellos seguidamente (13):

a) *Por quebrantamiento de forma*

Por la representación del *demandado don T. (adoptante)* se interpone este recurso, en base a la siguiente argumentación:

Porque *interesando dicha parte la prueba pericial* en la primera instancia del pleito, fue denegada; y reproducida la pretensión en la segunda instancia, también se denegó. Por tanto, en base al artículo 1.693, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *ha lugar* al recurso de casación por quebrantamiento de forma *cundo* —como en el presente caso—, vista la forma

(13) Subrayados y distinguos son mîos: J. C. G.

en que ha quedado trabada la litis, *resultaba factor determinante de primer orden, a efectos de calificar la exposición y abandono de la niña, conocer cuáles eran y qué valor tenían los bienes de la pretendida madre en el momento del abandono o exposición de la criatura.*

El recurso es rechazado, como veremos luego.

b) *Por infracción de ley*

Por la representación de la *demandada Diputación Provincial*, en escrito de 6 de marzo de 1971, se interpone recurso de casación, fundándolo en los *motivos* siguientes:

1.º Violación del artículo 175, 1.º, del Código Civil [*redacción de 1958*], por error de hecho en la interpretación de la prueba que demuestra la evidente equivocación del juzgador (amparado en el núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Porque dicho precepto señala de forma taxativa que *la adopción es irrevocable y, como excepción a tal principio, los padres naturales pueden pedir la extinción de la adopción en tanto acrediten suficientemente su falta de culpabilidad en el abandono*. Bajo tal posibilidad los padres naturales entablaron el pleito. *Contra la manifestación de la sentencia recurrida de que los padres naturales tenían anulada su voluntad, cabe oponer:* que los padres (veintiocho y treinta y ocho años al ocurrir los hechos) eran personas de normal constitución física y psíquica; que poseían bienes suficientes; que podían contraer matrimonio antes del parto; que durante todo el embarazo podían meditar la importante decisión del abandono; que «la madre buscó el apoyo de su hermano para con su ayuda realizar el abandono» (*sic*) (14); que «se gestionó por medio de tercera persona para que por ésta se hiciera el depósito del recién nacido» (*sic*) (15); que «al día siguiente del parto la madre consintió en el abandono y manifestó sus deseos de no conocer a la recién nacida» (*sic*) (16).

Que todos dichos actos o hechos son motivo del asentimiento al abandono, constante y reiteradamente expresado. Que existe una culpa «relativa», ya que el «temor respetuoso» a que se refiere la sentencia recurrida ni es antijurídico ni engendra un mal inminente, con lo que la adopción permanecería irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley.

2.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4 del Código Civil, en relación con la violación del artículo 175, 1.º, del Código Civil [*redacción de 1958*]. Motivo deducido en interna consonancia con el anterior. Porque el artículo 175, 1.º, dice que la adopción es *irrevocable*, de manera que la sentencia recurrida aplica indebidamente el artículo 4 del Código Civil, ya que no puede declararse nulo lo que es irrevocable, según la ley; ahora bien, *si se quiere extinguir la adopción, se deben contemplar los supuestos que señala el artículo 175, 1.º, concretamente, la falta de culpa total de los padres en el abandono o exposición. El abandono o exposición es un hecho indubitado que lleva encadenado una serie de actos votivos claramente determinados, que conducen a efectuar el abandono o exposición; la sentencia recurrida valora dichos actos bajo una supuesta*

(14) No parece que este hecho afirmado sea cierto, por lo visto en los *hechos probados*.

(15) Tampoco este hecho parece cierto, por la misma razón de la nota precedente.

(16) Vale lo dicho en notas 14 y 15.

falta de consentimiento, por existir vicios que lo invalidan, y *trata de buscar una equivalencia con la intimidación* como vicio del consentimiento en sede de contratación, pero tal tesis es desacertada, ya que señalar la *desheredación* como tal causa de intimidación no encaja en tal supuesto. El *asentimiento* al abandono ha sido continuo e inequívoco, efectivo. *Existe culpa* en el abandono, cualquiera que sea la graduación que quiera dársele; *lo que no existe* es *exención* total de la culpa en el abandono.

3.º Infracción por interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, en relación con la violación del artículo 176 del Código Civil [*redacción de 1958*], por error de derecho en la interpretación de las pruebas que demuestra la evidente equivocación del juzgador (amparado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Porque la sentencia recurrida entiende que es nula la tramitación del expediente al no oír a los padres naturales, pero lo cierto es que «el organismo benéfico no conocía a los parientes de la expósito o abandonada ni pudo conocerlos»; por tanto, la Administración del Instituto no pudo oír a los parientes en el expediente de adopción y, por consiguiente, no cabe la infracción del requisito legal del artículo 176 del Código Civil denunciada en la sentencia. Que en cuanto a la interpretación del «conocimiento» de los parientes de la menor por la sentencia recurrida, tal interpretación es desafortunada, ya que el «conocimiento» debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todo los que *subjetivamente* se puedan apreciar de forma fehaciente y exacta; que *actos válidos para el conocimiento* que se pretende son la querella para localizar a su hija, la legitimación por subsiguiente matrimonio y el reconocimiento hecho en testamento, y todos estos actos *son posteriores* a la adopción. Aduce el recurrente *la normativa legal vigente* (recuérdese que *el escrito* de recurso está *fechado en 1972*, o sea, que la redacción aludida era la de la Ley 7, de 4 de julio de 1970) *en el artículo 174, párrafo penúltimo*, del Código Civil..., que es demostrativa de que *la ley da valor a los «actos efectivos» de los parientes*, no a la mera petición de noticias ni a simples visitas, porque la Administración del Centro benéfico *no está obligada a averiguar* quiénes son los padres del menor. Por consiguiente, de una recta interpretación de los hechos y pruebas practicadas *se infiere* que la Administración no conocía a los parientes de la menor y, *por tanto*, al no haber oído en el expediente a quienes dicen que son sus padres, *no existe el vicio de nulidad* denunciado que considera la sentencia recurrida.

4.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con la violación del artículo 176 del Código Civil [*redacción de 1958*] y del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia recurrida declara existe una causa de nulidad de la adopción de que se trata, por no ser oídos los padres conocidos de la adoptada. Como es la actuación de la Administración Provincial la que provoca el vicio de nulidad de la adopción, se ha de examinar la legalidad o ilegalidad de los actos del órgano administrativo *partiendo de la base de un hecho indubitado*, cual es el de la exposición o abandono, realizado por *persona distinta* de quienes se dicen padres de la menor y *a la que la madre encarga* el abandono de la hija; *la ocultación de la maternidad* es consecuencia de ello, de forma que incluso se retiran los signos identificadores (ropas de la niña), y como reflejo de esto aparece *la inscripción* de naci-

miento *sin constar la filiación* de la menor y atribuyéndole unos apellidos de uso corriente en la localidad. Que ante tal situación, la Administración del Instituto inicia el expediente, y la falta de audiencia de los padres en tal expediente se debe a la falta de conocimiento que de ellos tuvo la Administración benéfica. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción *al identificar* falta de audiencia y falta de consentimiento paterno o materno, tratando de distinguir donde la ley no lo hace (el artículo 176 del Código Civil no requiere el consentimiento, sino «conocer» simplemente la opinión de los parientes sobre la adopción que se tramita). Que la Administración *valora siempre la conveniencia* de la adopción, pero el consentimiento de los parientes ni es vinculante ni es necesario, porque la ley no lo exige, y donde la ley no distingue, no debemos hacerlo.

5.º Infracción, por interpretación errónea, de los artículos 176 [redacción 1958] y 1.253 del Código Civil, por existir error de derecho en la apreciación de las pruebas que evidencian la equivocación del juzgador. Que la sentencia recurrida entiende que el firmante del expediente de adopción era incompetente, pero ello es una interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, ya que *la presunción establecida por la sentencia confunde una baja por enfermedad con la inhabilitación o pérdida* del servicio activo del funcionario que instruye el expediente: el funcionario seguía en servicio activo y estaba facultado para instruir el expediente, y el expediente estaba tramitado por quien administrativamente podía hacerlo —el Instituto benéfico—. Hay una errónea confusión entre la competencia por razón de la persona y la que dimana del organismo facultado para la instrucción. El funcionario instructor del expediente *no era* un funcionario incompetente: porque está en servicio activo, si bien con licencia por razón de enfermedad; porque seguía desempeñando su cargo, y el suplente estaba autorizado por la Diputación para una serie de actos en que, por razón de la enfermedad de aquél, no pudiera ejercer el Administrador propietario. Por tanto, el expediente fue instruido por funcionario competente. Que igualmente es errónea la interpretación dada al *incumplimiento de los requisitos*, que señala el artículo 176 del Código Civil, *para la tramitación* de los expedientes de adopción —la instrucción debe hacerse por el establecimiento benéfico—, porque *la tramitación se hizo por el centro benéfico*: la competencia se refiere al organismo administrativo y no al funcionario (no hay incompetencia personal).

6.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4, 1.º, del Código Civil y artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con la interpretación de los artículos 176 del Código Civil; de los artículos 20, 40 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y de los artículos 40 y 41, 2 y 3, de la Ley de Funcionarios Públicos de 7 de febrero de 1964. Que la *declaración de nulidad de un acto administrativo*, cual es la tramitación de un expediente de adopción, *se aplica indebidamente* en este caso, por no ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil (señala *quién* debe tramitar el expediente) y por existir una competencia clara y *ad personam*. Que la sentencia *hace una interpretación errónea de los criterios legales mencionados* y su apreciación incide en *infracciones legales*, como las siguientes: la incompetencia tiene sus causas tasadas en el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo (entre ellas no está la baja por enferme-

dad); la pérdida del servicio activo se fija por alguna de las causas del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo; el derecho a la inamovilidad del funcionario en servicio activo; el disfrute de licencia o permisos reglamentarios, etc. De ello extrae las *conclusiones* de: a) el órgano administrativo es el competente para la tramitación del expediente de adopción, y así aparece cumplido en el presente caso; b) el funcionario instructor del expediente se encuentra en servicio activo. Que de ello se infiere se ha interpretado erróneamente el artículo 176 del Código Civil, siendo inexistente el vicio de nulidad invocado.

7.º Infracción, por violación, del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con la interpretación errónea del artículo 176 del Código Civil, y violación por inaplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia recurrida considera nula la adopción por falta de comparecencia del Instituto benéfico en la escritura pública, pero el artículo 177 del Código Civil exige *tan sólo* que se otorgue la escritura pública, ya que la adopción —*según expresa (sic)*— ha sido ya aprobada por el Juez: y no existen disposiciones que requieran la presencia del Administrador del establecimiento benéfico al otorgamiento de la escritura. Que el artículo 4, 1.º, del Código Civil supone un auxilio del Derecho para remediar una falta grave o fundamental en un acto jurídico o procesal, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser aplicado con criterio rígido, sino con criterio flexible, como señala la jurisprudencia. Que bajo tal criterio jurisprudencial, la sentencia recurrida adolece de una rigidez inaudita, ya que pretende dar un alcance al precepto que éste en sí no tiene, al considerar necesaria la comparecencia del Administrador del Instituto benéfico en la escritura de adopción para dar su consentimiento en nombre del menor.

Pero tal consentimiento y comparecencia son innecesarios, por los siguientes fundamentos: 1) en los casos de abandono o exposición quien tiene a su cargo la custodia y guarda del menor es quien decide la conveniencia de la adopción, presta su consentimiento en el expediente de adopción y la somete a la definitiva (sic) aprobación judicial; 2) «aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura» —dice el artículo 177 del Código Civil—, es decir, que la adopción de expósitos o abandonados surge desde la tramitación de un expediente por un organismo administrativo, donde fue depositado el menor, y enlaza con otro acto de jurisdicción voluntaria, donde el Juez —con dictamen del Ministerio Fiscal— aprueba, y la adopción queda consumada y perfecta; 3) la escritura de adopción es tan sólo un requisito formal para tener acceso al Registro Civil y anotar el acto; 4) el artículo 177 del Código Civil no exige cuáles son los requisitos que deba contener la escritura; 5) hasta hoy en todas las modificaciones legislativas habidas en materia de adopción no se exigía la comparecencia del Administrador del Instituto benéfico al otorgamiento de la escritura; 6) con los razonamientos de la sentencia, quien podrá intervenir en la escritura de adopción no es el Administrador del Instituto benéfico, sino el propio Juez (que aprueba en definitiva la adopción) o el Ministerio Fiscal (que informa sobre su procedencia). Que por todo ello, realizada la adopción, el pretendido defecto en la escritura pública no puede producir la nulidad radical ex artículo 4.º del Código Civil por las razones siguientes: 1) porque lo que invalida la adopción es el incumplimiento de los requisitos del artículo 176 del Có-

digo Civil; 2) porque el artículo 4.º del Código Civil *no es bastante por sí solo* para fundar una declaración de nulidad absoluta, pues el acto jurídico que se dice viciado puede ser en todo caso objeto de subsanación, ya que *no alteró* el hecho de la adopción.

El recurso es rechazado, como luego se verá.

Por la representación de *los demandados don T.-doña N. (adoptantes)*, en fecha 5 de octubre de 1972 (17), se interpone recurso de casación por infracción de ley fundándolo en los siguientes *motivos*:

1.º Infracción por violación del artículo 176, 2.º y 3.º, del Código Civil [redacción 1958] en cuanto invoca y aduce causas de nulidad del expediente de adopción menos plena no incluidas entre las taxativamente establecidas por tal precepto (18). Se refiere el recurrente a la *Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958*, la cual, con interpretación auténtica, expone *la finalidad de la reforma* de la adopción... Que el artículo 176, tras dicha reforma, *establece un procedimiento especial* para tramitar la adopción de los abandonados por sus padres naturales en un establecimiento benéfico, y consta la tramitación de *dos etapas* claramente diferenciadoras: la primera de *matiz de instrucción* del expediente por el establecimiento público; la segunda de *aprobación judicial*, con audiencia previa del Ministerio Fiscal. Una vez emitido el acto judicial de la aprobación, la adopción surge como vínculo jurídico, y de ahí que el artículo 176, párrafo último, afirme que «será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos»: *es el conjunto de estos requisitos* del expediente, en unión de la aprobación judicial, *lo que hace nacer* la adopción, aunque sea necesaria consignarla en escritura pública con el fin de que pueda ser inscrita en el Registro Civil. *Los requisitos del expediente cuya falta puede dar lugar a su nulidad esencial son los anteriormente señalados y no cualesquiera otros diferentes*. Que en aplicación a este caso particular la Institución benéfica *inicia* el expediente *sin* conocimiento oficial de los padres naturales u otros parientes próximos, continúa con la resolución del Jefe de Administración del Instituto, con citación de las partes solicitantes y de la adoptada, *se concede la autorización* por entender conveniente la adopción, *se eleva* el expediente al Juzgado de Primera Instancia y éste dicta *auto* —con audiencia del Ministerio Fiscal— *por el que, encontrando cumplidos todos los requisitos legales, aprueba* el expediente de adopción menos plena y *ordena* el otorgamiento de escritura pública una vez que el auto sea firme.

Que ni el expediente administrativo ni el auto judicial firme han sido objeto de impugnación en la demanda, ni de petición de declaración de nulidad, ni sobre ellos se ha pronunciado la sentencia recurrida.

Que la sentencia recurrida señala como *defectos formales del expediente* que son causa de nulidad: 1) *la revocación del depósito* por sus padres naturales, habiendo sido la depositada *retenida* contra la voluntad de sus padres, a los que se omitió su paradero (considerandos 15 y 16); 2) *la falta de audiencia* de los padres naturales de la adoptada, «sobradamente conocidos por la Administración» (considerando 18); 3) *la instrucción* del expediente administrativo *por funcionario incompetente* (consi-

(17) Lógicamente, dado que esperaron a la resolución del previo recurso de casación por *quebrantamiento de forma*, antes reseñado.

(18) A pesar de ser comprimido en la tarea típica del Magistrado PONENTE, queda este motivo con una *extensión* tan desmesurada que se hace dificultoso en extremo condensarlo brevemente.

derando 21). Esta parte *recurrente impugna* esas pretendidas causas de nulidad del expediente administrativo: *la primera*, porque la supuesta *revocación del depósito nada tiene que ver con la acción de nulidad* del artículo 176 del Código Civil, aparte de la inoportunidad de las acusaciones contra la Administración, que se ha limitado a cumplir con su Reglamento (19), y de que *habría sido más irresponsable o más improcedente* acceder a peticiones o ruegos de personas que no acreditaron suficientemente su parentesco; *la tercera*, en orden a la supuesta *incompetencia del funcionario instructor*, porque no puede encuadrarse en las causas que *taxativamente* señala el artículo 176, 2.º, y en todo caso se trataría de un *supuesto de anulabilidad del expediente*, en tanto que los actores no sólo no han ejercitado la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad, siendo improcedente la estimación de oficio de una causa de anulabilidad cuando *el procedimiento es rogado*; y *la segunda* en orden a la supuesta *falta de audiencia de los padres naturales* en el expediente de adopción —única causa incluida en el apartado 2.º del art. 176 del Código Civil—, ya que según la Audiencia *los padres naturales de la adoptada eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto*, infiriendo tal «conocimiento» de las visitas efectuadas por *doña B.*, afirmando que ella era la madre de la criatura sin aducir pruebas, en tanto que *el «conocimiento» se refiere a un hecho esencial en la vida y en la filiación de un expósito, cual es el de la paternidad natural, deducido de simples manifestaciones o reclamaciones no respaldadas por ninguna prueba concreta.*

2.º Infracción por violación del artículo 177 del Código Civil [redacción 1958], al estimar como causa de nulidad de la adopción la no comparecencia en la escritura pública del Jefe Administrativo del centro benéfico provincial. Aduce que el artículo 177 del Código Civil no establece causas específicas de nulidad derivadas de la escritura y da por sentado que la adopción nace con la aprobación definitiva por el Juez. *La primera cuestión a dilucidar es si la escritura de adopción tiene o no carácter constitutivo de la misma*, es decir, *si la adopción nace* como vínculo jurídico *en el momento de otorgar la escritura*; para el recurrente ello no es así según el Código Civil, ya que del último párrafo del artículo 176 y del artículo 177 *resulta*: que el vínculo adoptivo nace o surge a la vida jurídica *con la aprobación definitiva* de la adopción por el Juez (la firmeza del auto aprobatorio), que se identifica la aprobación del expediente con la adopción, y que al decir que «se expresarán en ella (escritura) las condiciones con que se haya hecho» evidencia que *al otorgarse la escritura* la adopción está ya hecha. El recurrente entiende «que el criterio doctrinal que atribuye carácter constitutivo a la escritura pública *no está avalado* por el texto reformado del Código Civil ni cuenta más que con la opinión de un sector de la doctrina» (sic), y que *actualmente se dispone de una interpretación auténtica del legislador en la nueva reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970* (art. 173, párrafo 1.º): el criterio de la sentencia recurrida no es más que una opinión que el legislador se encarga de desvanecer en la nueva ley, *debiéndose atribuir a esta interpretación auténtica efectos retroactivos* siquiera sea para explicar la redacción anterior al Código, y por eso dice su *Exposición de Motivos* que «en esta materia no se han introducido modificaciones sustanciales en el

(19) Recuerda el recurrente que por tales actuaciones se instruyó un sumario, que concluyó por sobreseimiento.

régimen precedente», o sea, que tanto en aquél como en el nuevo las formalidades señaladas son requisitos esenciales con igual valor constitutivo. La sentencia recurrida atribuye erróneamente *valor constitutivo sólo a la escritura pública*, cuando en realidad la adopción es un acto complejo con tres fases —consentimiento (concurencia de voluntades), aprobación judicial de la adopción y otorgamiento de la escritura—, de lo que se infiere que el consentimiento sólo es imprescindible prestarlo en el expediente como requisito previo y necesario para que el Juez apruebe la adopción, con lo que es innecesaria nueva prestación del consentimiento por las partes ante Notario. Para que la *incomparecencia* del Jefe Administrativo en la escritura de adopción originase una causa de nulidad absoluta sería necesario que se dispusiera así en la ley o hubiera que deducirlo de los principios normativos que rigen la Institución, lo que no ocurre en el caso de autos.

3.º Infracción por violación del artículo 175, 1.º [redacción de 1958], al admitir la sentencia recurrida la legitimación de los padres naturales de la adoptada para impugnar la adopción legalmente realizada. El referido precepto determina *los requisitos* que simultáneamente han de concurrir en los padres naturales para poder pedir judicialmente la extinción de la adopción: falta total de culpabilidad en el abandono y buena conducta a partir de éste. De la *Exposición de Motivos* de la Ley de 1958 se deduce que la legitimación parece extenderse a toda clase de acciones impugnatorias de la adopción, y en su virtud *sería exigible* la falta de culpabilidad de los padres naturales *incluso* para el ejercicio de las acciones de nulidad. Conforme a la interpretación *estricta* del precepto, *lo que los padres naturales demandantes pretenden es la revocación de la adopción* —«rescisión» se llama en la demanda—, siquiera se aduzca que tal acción se ejercita subsidiariamente. Recuerda el recurrente que *la madre natural* (doña B.), *al tiempo del nacimiento de la niña*, tenía la edad de treinta y siete años, se hallaba en el pleno goce de sus facultades físicas y mentales y disponía de una desahogada posición económica: circunstancias todas ellas que desvirtúan por sí solas cualquier posible *intimidación* influyente en su voluntad. Su voluntad no estaba totalmente anulada, de manera que ella y su novio *no están exentos de culpa* en la exposición de su hija, y, por consiguiente, *la adopción, si existe eficazmente, permanecería irrevocable*, ya que *la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta*, cual exige la ley. En tanto que la sentencia invoca como *causa de extinción* de la adopción *la revocación del depósito* por los padres naturales culpables del mismo, aunque de forma inexacta lo configure como causa de *nulidad*, con lo que aparece clara y patente la infracción por violación del artículo 175, 1.º, aquí denunciada.

4.º Infracción por violación de los artículos 176 y 177 del Código Civil [redacción de 1958], al decretar la sentencia recurrida la nulidad de la adopción sin la declaración *previa* de nulidad del título constitutivo de la misma, constituido por el expediente administrativo, el auto judicial y la escritura pública de adopción. El conjunto de los tres elementos —expediente, auto judicial y escritura— han servido de *título* para que se practicara en el Registro Civil la inscripción marginal primera que refleja la adopción. *Mientras no se declare la nulidad del conjunto de elementos* que integra el título de la adopción ha de mantenerse ésta con su vigencia total, y al no estimarlo así la sentencia recurrida ha incidido en las infracciones denunciadas.

5.º Infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no ser congruente la sentencia recurrida con las pretensiones deducidas por los actores en la demanda —basada en el art. 1.692, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. La demanda *solicita en el suplico* que se decrete la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción contenida en la escritura... (20). La parte recurrente entiende que la declaración de nulidad del título *ha de prece-*der a la de la Institución y a la cancelación de las inscripciones marginales en el Registro Civil: es un *presupuesto* sin el cual no es posible declarar la cancelación referida a inscripciones. La sentencia recurrida *declara* la nulidad de la adopción menos plena, pero no contiene *ni una sola referencia a la declaración de nulidad de la escritura solicitada* de adverso en la demanda: la incongruencia es evidente y notoria y el fallo no puede mantenerse en tales términos, pues en este caso concreto falta la declaración de nulidad del título.

6.º Infracción por violación del artículo 1.218 del Código Civil por error de derecho en la apreciación de la prueba documental. Este motivo es *complementario* del motivo primero, donde se estudiaba el problema del «conocimiento» de los padres naturales desde un punto de vista jurídico. Según la sentencia recurrida, el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos y *no contradicen plenamente la deducción puramente subjetiva* del Tribunal *a quo* los siguientes documentos auténticos: a) certificación literal de la inscripción de nacimiento de la expósita (desde el 10 de mayo de 1966 al 7 de octubre de 1968, fecha de las anotaciones marginales, la filiación natural de la niña era totalmente desconocida como dato objetivo amparado por la fe y publicidad del Registro Civil); b) testimonio del Juzgado de Instrucción sobre particulares del sumario 189/1967 (de donde resulta que *hasta mediados de 1967* no formularon los padres naturales una reclamación en forma de la menor *cuando ya se había otorgado* la escritura de adopción); c) notificación oficial del Presidente de la Diputación comunicando a los demandantes el *Decreto de 26 de noviembre de 1968* (21) y denegándoles la petición de vista del expediente de adopción; d) certificación del Secretariado de la Diputación Provincial acompañando fotocopia del expediente de adopción (del que se infiere la *exposición* de una niña *sin* dato alguno de filiación natural, la *constancia* en el acta resolutoria del expediente de adopción *que no se pudo citar* a los parientes naturales por carecer de ellos o ignorar su existencia y el *auto* del Juzgado *en el que consta* haberse observado en el expediente las prescripciones legales). Que todos los *referidos documentos* gozan de la *cualidad* de públicos y auténticos, y la *conclusión que de ellos se obtiene* —en orden al «conocimiento», resultante de datos objetivos, de los padres naturales— es que son radicalmente *opuestos* a lo que infiere el Tribunal *a quo* de simples declaraciones testificales: el Centro benéfico *pudo tener simples referencias de la existencia* de tales padres naturales pero *no un conocimiento indubitado derivado de datos objetivos*. Y al no haber tenido en cuenta el Tribunal *a quo* el valor probatorio de los documentos mencionados ha incidido en el error de derecho denunciado en este motivo.

Recurso igualmente *rechazado*, como se verá.

(20) Ver anteriormente con detalle dicho *suplico* en el apartado C) de los Antecedentes del pleito.

(21) El *Decreto de 26 de noviembre de 1968* (*sic*), aludido, no he podido encontrarlo en el usual *Repertorio de Legislación* publicado por ARANZIDI. Pudiera haber un error de fechas de origen mecanográfico. Queda en el aire *el porqué y el cómo* de tal Decreto alegado en el recurso.

4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Sentencia de 22 de junio de 1972

Resuelve el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por los demandados don T.-doña N. (adoptantes).

Fue ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, sentando la siguiente doctrina con su claridad expositiva habitual:

Considerando 1.º: *El artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por vulneración de las diligencias esenciales del juicio, entre otros casos, en el señalado con el número 5.º, «por denegación de cualquier diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión». De esta dicción se desprende que el recurso necesitará reunir dos requisitos: 1.º que la prueba sea admisible según las leyes, lo que obliga a fijarse principalmente en el artículo 566 de la Ley Procesal, según el cual «los Jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior (o sea, las que no se concreten a los escritos fundamentales del juicio, que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen) y todas las demás que sean a su juicio impertinentes o inútiles; 2.º que su falta haya podido producir «indefensión», lo que ocurriría cuando la inadmisión de la prueba impida a la parte que la haya propuesto acreditar un hecho alegado que tenga trascendencia en el desarrollo de la litis.*

Considerando 2.º: *Que la prueba propuesta dice así: Pericial, consistente en que por un solo Perito, Agente de la Propiedad Inmobiliaria.. (22).. Diciendo los recurrentes que ello ocurre en el caso de autos, pues vista la forma en que quedó trabada la litis, para el supuesto que se admitiera que la niña era hija, según la carne, de doña B (actora), resultaba factor determinante de primer orden... (23).*

Considerando 3.º: *La contraparte opuso que «estima notoriamente impertinente la referida prueba por no poder ofrecer resultado alguno, útil y eficaz, al Juzgado para la decisión del pleito». El Juzgado, al resolver el recurso de apelación, dijo que nadie había discutido el caudal de la madre y por tanto la diligencia era inútil. La Audiencia se limitó a no admitirla, sin dar ninguna razón especial para justificar su decisión, si bien en el considerando 11 se dice textualmente: «Por consiguiente, la adopción, si existe eficazmente, permanecerá irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley».*

Considerando 4.º: *Siendo la materia del pleito, efectivamente, la inexistencia o nulidad de la adopción menos plena de la niña que fue objeto de la misma, se dan las circunstancias objetivas de la desestimación del recurso siguientes: 1.º No se indica que el precepto infringido es el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conforme a reiterada jurisprudencia sería bastante para rechazar el recurso; 2.º no se discute en el pleito el estado de fortuna de la supuesta madre; 3.º en la hipótesis de la parte demandante no sería ésta responsable del abandono, sino que éste fue obra de un tercero; 4.º según el considerando 11 de la sentencia.*

(22) Ver con detalle en el apartado E) —Recibimiento a prueba— de los *Antecedentes*.

(23) Ver el resto de la argumentación de los recurrentes en el punto 3 (Recursos de casación), en su apartado a), cuando se expone la argumentación del recurso por quebrantamiento de forma.

recurrida, «de no proceder la inexistencia de la adopción por haber causas que determinan la nulidad de la misma, quedaría subsistente la misma adopción», *todo lo que se traduce en que no se produce indefensión al negar la admisión de la prueba*, como sostiene la parte recurrente.

Considerando 5.º: *En consecuencia, el recurso de casación por quebrantamiento de forma debe rechazarse con los pronunciamientos que determina el artículo 1.767 de la Ley Procesal.*

Fallo: *No ha lugar. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas.*

B) Sentencia de 28 de mayo de 1973

Resuelve los dos recursos de casación por infracción de ley interpuestos por los demandados —adoptantes y Diputación Provincial—.

Fue ponente el Magistrado don Antonio Peral García, que sienta la siguiente doctrina:

Considerando 1.º: La sentencia recurrida contiene las siguientes afirmaciones (fácticas): 1) la de que *el «conocimiento» de los padres de la niña adoptada* por parte de la Administración del centro benéfico *era evidente*, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación y que fue retenida indebidamente contra la voluntad de sus progenitores, a los que se les ocultó su paradero; 2) la de que *el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos*, a los que *se ignoró indebidamente*, sino *a sabiendas* de sus deseos de recuperar a su hija, *esto es, contra su consentimiento*. La sentencia recurrida *declara no haberse cumplido en el expediente el requisito* relativo al trámite de «audiencia» de los padres de la adoptada, *a pesar de que eran sobradamente conocidos* por la Administración del Instituto. *Son todas éstas apreciaciones de puro hecho* que el Tribunal *a quo* *deriva del examen conjunto* de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso, *y contra los cuales* se formalizan por parte de los demandados los dos recursos que son objeto de estudio en la presente resolución. Para seguir un orden lógico se estima procedente examinar *primeramente* las motivaciones referentes a la *incongruencia* denunciada en el *motivo quinto* (24) del segundo recurso formalizado por la representación *de los adoptantes* demandados.

Considerando 2.º: En tal aspecto, el *motivo quinto* de este segundo recurso denuncia la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo cierto es que *de los términos* en que dicho precepto está concebido *da a entender que la norma establece una distinción entre la congruencia y el exceso o defecto de poder* (así se deduce también del artículo 1.692, 2.º y 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este *motivo quinto* denuncia el vicio de *incongruencia* precisamente *sobre la base de no haberse resuelto en el fallo* —según el recurrente— *uno de los pedimentos* contenidos en el suplico de la demanda... Es claro que *la impugnación* de esta supuesta omisión *no encaja* en el número 2.º del artículo 1.692 de

(24) El texto mecanografiado de la sentencia habla de 'congruencia' y de motivo *primero*: creo deben salvarse estos errores (quizá mecanográficos) en la forma que indico, para la recta interpretación del conjunto resultante. Por lo demás, el *Considerando* 2.º alude ya al motivo *quinto*, que examina.

la Ley de Enjuiciamiento Civil como fija en su motivo el recurrente, *sino que el cauce obligado para ello está regulado en otro apartado del mismo precepto procesal, por lo que dado el rigorismo formal exigido en el trámite del recurso de casación, este defecto procesal es causa de inviabilidad del motivo. A cuya misma conclusión se llegaría de haberse planteado correctamente la infracción denunciada desde el momento que la resolución recurrida, al declarar la nulidad de la adopción referida a dicha escritura pública, ella comprende a todas las fases como momentos todos ellos constitutivos del mismo acto, por lo que no se da el vicio de incongruencia denunciado.*

Considerando 3.º: El recurso formalizado por la representación de la Diputación Provincial *intenta combatir las premisas de hecho en las que se apoya la sentencia recurrida en varios motivos, sin tener en cuenta que no están ajustados a la técnica procesal: así el motivo primero denuncia un «error de derecho» por violación del artículo 175 del Código Civil, sin advertir que este precepto no contiene norma alguna valorativa de prueba, por lo que nunca puede acusar un error de derecho; el motivo tercero denuncia también por el mismo concepto la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, olvidando que es reiteradísima doctrina de esta Sala que el artículo mencionado no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692 (Sentencias de 25 de marzo de 1958 y 30 de septiembre y 19 de noviembre de 1971), cosá que no se ha hecho; el motivo quinto reúne los mismos defectos acusados en los anteriores. Por tanto se hace obligado el perezimiento de todos ellos.*

Considerando 4.º: *Al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida es evidente que han de ser totalmente respetados, por lo que se hace necesario partir de ellos para el examen de los motivos segundo y cuarto —recurso interpuesto por la Diputación Provincial—, que denuncian aplicación indebida del artículo 4.º del Código Civil, en relación con la violación de los artículos 175 (motivo segundo) y 176 del Código Civil (motivo cuarto), cuyos motivos el recurrente los subordina al resultado de sus precedentes respectivos: (de manera) que al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos. Tanto más cuanto esa «culpabilidad» en el abandono y la falta de «conocimiento» de los padres naturales por la Administración resultan totalmente ineficaces: no sólo constituyen ambos supuestos de hecho totalmente contrarios a los sentados por la Sala sentenciadora, sino que lo real y verdaderamente es que la sentencia recurrida decreta la nulidad de la adopción —no como derivación del caso contemplado en el art. 175 del Código Civil, que sanciona con la «extinción» de aquélla—, sino al amparo del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958], que contiene una sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo. Como es esta «nulidad» la que se declara en el fallo impugnado, es obvio que —dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél— al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos.*

A cuya idéntica conclusión se llega con los ordinales primero, tercero y sexto del segundo recurso —adoptantes—, amparados los dos primeros en alegaciones análogas a los anteriormente estudiados. A mayor abundamiento, los documentos que sirven de base al «error de derecho» acusado

en el motivo sexto citado, *además de haberse tenido ellos en cuenta por el Tribunal sentenciador —aunque con distinto sentido y alcance—, es lo cierto que su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada.*

Considerando 5.º: *Declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 del Código Civil en su redacción anterior, y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos que se contienen en ambos recursos. Dichos motivos se dirigen a impugnar otras conclusiones objeto del fallo recurrido, en relación con el incumplimiento de otros requisitos también exigidos en aquel precepto mencionado (motivos sexto y séptimo del primer recurso y segundo del último): aun en el supuesto hipotético de ser aceptados, ello no produciría el efecto de alterar la parte dispositiva de la sentencia impugnada. Por todo lo cual se hace innecesario su análisis.*

Considerando 6.º: *Casi toda la doctrina científica estima que hasta tanto no se llegue al otorgamiento de la escritura pública no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes. La Ley de 4 de julio de 1970 —reformativa del Código Civil en cuanto a esta institución se refiere—, al establecer que «aprobad judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente» (25), da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia no solamente el acto material de la escritura, sino también la autorización judicial y el consentimiento de las partes como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo. Por todo lo cual no puede prosperar el criterio del recurrente —en el motivo cuarto del segundo recurso (adoptantes)—, sin que, por otra parte, aquella supuesta omisión de declaración de nulidad de la escritura —que denuncia como cometido en la sentencia— tenga refugio correcto en este motivo, por cuanto ya fue rechazado el criterio del recurrente en el considerando 2.º, por todo lo cual declina el motivo cuarto estudiado.*

Como consecuencia de todo lo hasta aquí fundamentado, se hace imperativo la desestimación de los dos recursos formalizados, en los que han de tenerse en cuenta las medidas accesorias previstas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto se refiere a las costas producidas.

Fallo: No ha lugar. Con condena en costas a ambos recurrentes.

III. RECAPITULACION

En el momento de proceder a una recapitulación parcial de entre la serie de hechos, cuestiones y argumentaciones habidas en el pleito analizado, creo conveniente aludir aquí solamente a los hechos probados y a la doctrina de la sentencia.

(25) Es el artículo 175, párrafo 1.º Artículo que *permanece inalterado* tras la reforma de 1981.

1) LOS HECHOS PROBADOS

El *considerando 1.º* recoge las afirmaciones fácticas de la *sentencia de la Audiencia* como apreciaciones de puro hecho que no han sido combatidas ni desvirtuadas en ambos recursos, lo que implica que deben ser totalmente respetadas (véase *considerando 4.º*). Tales hechos son: la falta de consentimiento de los padres naturales en el abandono de la niña —con la consiguiente revocación del depósito en el establecimiento benéfico—, el vicio del consentimiento de la madre por temor respetuoso a su padre, el conocimiento de los padres naturales por la Administración de la casa de maternidad, la falta de consentimiento y audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción y la incompetencia del funcionario instructor del expediente.

Estas apreciaciones fácticas del Tribunal Supremo conducen a la *estimación total de la demanda*, lo que ya había hecho la Audiencia, dado que el *fundamento* de la demanda aludía a una tramitación anormal e irregular del expediente de adopción (26).

Las *argumentaciones de los dos recursos, fundadas* en la tramitación regular y correcta del expediente y en el abandono culpable de los padres naturales —*desarrolladas* en los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso de la Diputación y en los primero, segundo, cuarto y sexto del de los padres adoptantes (en orden al expediente) y en los motivos primero, segundo y tercero del recurso de la Diputación y en los primero y tercero del de los padres adoptantes (en orden al abandono culpable)—, son rechazadas por no haber combatido ni desvirtuado los hechos básicos sentados por la sentencia recurrida.

Son decisivos a este efecto los *considerandos 1.º y 4.º*, que constituyen la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia (27).

2) LA DOCTRINA SENTADA EN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Esquemáticamente contemplada la decisión del Alto Tribunal, se reduce a estas *proposiciones*: la determinación de las apreciaciones fácticas del litigio, la consecuencia de tal premisa —acreditada la falta de audiencia de los padres naturales— lleva a la declaración de nulidad de la adopción ex artículo 176 del Código Civil, la declaración de nulidad comprende a todas las fases de la adopción (no hay incongruencia en la sentencia recurrida) y la adopción se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública.

Algunas de estas proposiciones se reducen a recoger las *afirmaciones fácticas* de la sentencia recurrida, en tanto que otras contienen *argumentos jurídicos* de desigual valor e importancia. Merecen destacarse, entre otras, las siguientes consideraciones:

○ Respecto del recurso *por quebrantamiento de forma* (Sentencia de 22 de junio de 1972):

(26) Basta fijarse en el dato de que la niña es *entregada* a los padres adoptantes a los cuatro días de su nacimiento. En cuanto al *expediente*, es resuelto en poco más de un mes (!): recuérdese nota 7 precedente.

(27) En este mismo sentido, CASTRO LUCINI: «Nulidad de adopción menos plena. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en «Sentencias comentadas», A. D. C., XXVI-IV, octubre-diciembre 1973, págs. 1218 y ss., especialmente 1239 y ss.

— Afirmaciones *fácticas* (considerandos 1.º, 2.º y 3.º).

— Consideraciones *jurídicas* (considerando 4.º): en el pleito no se discute el estado de fortuna de la supuesta madre; no se indica que el precepto infringido sea el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el abandono fue obra de un tercero y la madre no es responsable del mismo; la adopción sería subsistente de no proceder la inexistencia de la misma (28).

○ Respecto de los recursos *por infracción de ley* (Sentencia de 28 de mayo de 1973):

— Afirmaciones *fácticas*: el «conocimiento» de los padres de la niña adoptada por parte de la Administración del centro benéfico era evidente; el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos, a los que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento (considerando 1.º).

— Consideraciones *jurídicas*:

● No hay incongruencia en el fallo recurrido porque es impugnado defectuosamente ex artículo 1.692, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (causa de inviabilidad del motivo) y porque la declaración de nulidad de la adopción referida a la escritura pública comprende a todas las fases, como momentos todas ellas constitutivas del mismo acto (considerando 2.º).

● Los *motivos primero, tercero y quinto del recurso de la Diputación Provincial* no están ajustados a la técnica procesal: en el artículo 175 del Código Civil no se contiene norma alguna valorativa de la prueba; la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (considerando 3.º).

○ *Al no haber sido combatidos eficazmente* los hechos básicos de la sentencia recurrida, *es evidente que han de ser totalmente respetados*, por lo que se hace necesario partir de ellos para el examen de los *motivos segundo y cuarto del recurso de la Diputación* —cuyos motivos los *subordina* al resultado de sus precedentes respectivos, que, al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos...—. Lo real y verdaderamente importante es que la sentencia recurrida decreta la *nulidad* de la adopción al amparo del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958]... Dada la *falta de audiencia...*, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos. Los *documentos* que sirven de base al «error de derecho» (motivo sexto del recurso de los padres adoptantes) han sido tenidos en cuenta y su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada (considerando 4.º).

● Declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 (redacción anterior), y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos de ambos recursos (considerando 5.º).

(28) Para CASTRO LUCINI, *op. cit. en nota 27, págs. 1231 y ss.*, hay que aludir aquí a que «la culpabilidad en el abandono es trascendente para la *revocación* de la adopción, pero es intrascendente cuando lo que se ventila es su nulidad».

○ Casi toda la doctrina científica estima que, hasta tanto no se llegue al otorgamiento de la escritura pública, no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes. La Ley de 1970... da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo (considerando 6.º).

A la vista de lo expuesto, cabe reiterar el valor decisivo de los considerandos 1.º y 4.º, que sientan los hechos probados y declaran la nulidad de la adopción ex artículo 176 del Código Civil en base a la falta de audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción. Esta es la *ratio decidendi* del litigio.

Los restantes considerandos son de menor importancia o accesorios respecto de los 1.º y 4.º indicados. Así, los considerandos 3.º y 5.º son típicamente formales. El considerando 2.º viene a ser complementario del 4.º Y el considerando 6.º viene a referirse al 2.º, del que es consecuencia, y, por tanto, referido también al 4.º

El Tribunal Supremo parte de una serie de *premisas fácticas*, sin que ello implique una renuncia a entrar a valorar una serie de cuestiones jurídicas. Prácticamente todas las presentadas a lo largo de los recursos fueron analizadas. A mi modo de ver, quizá el tema de la *competencia* del funcionario autorizante del expediente de adopción —desarrollado con buena técnica en el motivo sexto del recurso de la Diputación— merecía un análisis y valoración que han sido obviados por el Ponente.

IV. NOTAS PARA UNA DIMENSION ESTRUCTURAL DE LA ADOPCION

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La *primera observación* en este lugar es la de que voy a tratar de *limitar* estas notas al máximo a la reflexión consiguiente sobre *el supuesto de hecho que resuelve el Tribunal Supremo*.

La *segunda observación* es que, dada la abundancia de análisis y estudios sobre los aspectos *normativos* de la adopción en la vigente legislación española (29), me voy a permitir una serie de inevitables remisiones a los autores de mayor solvencia.

La *tercera observación* se refiere a la poca claridad de la institución de la adopción: de un lado, con perfiles borrosos (30), y de otro, ente proteico que encubre diversas formulaciones jurídicas no siempre susceptibles de reconducción a un instituto unitario (31).

La *cuarta observación* alude nuevamente a la necesidad de sentar puntos de referencia del instituto en los *datos tomados* de la realidad

(29) Entre los últimos, el de R BERCOVITZ, en *Comentarios*, cit., EDESA, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 260 y ss.

(30) En tal sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 372.

(31) Se plantea esta problemática MANTECA ALONSO-CORTÉS en «La adopción», *Revista de Derecho Notarial*, 1971, núm. 72, págs. 101 y ss., especialmente 105. (Esta aportación, aparentemente modesta, constituye una espléndida *monografía* que abarca todos los perfiles de la institución y ofrece un exhaustivo tratamiento de toda la normativa vigente. Quizá obra juvenil en su día, hoy podría pedirse al autor una revisión y puesta al día, sintetizando posiciones o convirtiéndola en la monografía que es.)

social (32). Una queja similar a la mía es la de CASTÁN VÁZQUEZ (33). Alude asimismo a los *presupuestos sociológicos* de la adopción F. CASTRO LUCINI, sin extenderse en ello, aunque con perfecta descripción de la *trama sociológica* (34).

La *quinta observación* se refiere a que voy a omitir toda *referencia* a concepto, fundamento, finalidad, clases, historia, causa, etc., de la adopción, para cuyo estudio remito a la aportación de MANTECA ALONSO-CORTÉS antes citada.

La *sexta observación* es la relativa a la *naturaleza* de la adopción. De una parte, es bueno recordar con F. CASTRO LUCINI que «*la práctica profesional nos ha enseñado a desconfiar del conceptualismo*: de la naturaleza jurídica atribuida a una institución no podemos deducir inexorablemente *resultados* de ineludible aplicación práctica, entre otras razones porque es muy posible que al efectuar la *calificación* estemos ya prejuzgando las previsibles consecuencias que deseamos obtener...» (35). De otra parte, parece conveniente separar el aspecto *estructural* y el aspecto *funcional* de la adopción, cosa que intento hacer aquí, con estricta referencia al pleito, en orden a la naturaleza de la adopción.

La *séptima observación* es la derivada de la propia *dimensión estructural* de la adopción en la presentación de los hechos subyacentes a este litigio. Dimensión *no extrapolable* a otros supuestos en línea de principios generales, pero sí *identificable* como incapsulada en la mayoría de los supuestos normales de adopción con sólo cambiar la *referencia a los padres naturales* (peculiaridad decisiva en este litigio).

2. NATURALEZA DE LA ADOPCIÓN

Desde el perfil *estructural*, máxime desde la contemplación del supuesto de hecho de este litigio, la naturaleza hay que referirla a la *institución en abstracto* de la adopción.

La mayoría de los autores —aun tratando de enmarcarla dentro del concepto, de *institución*— hablan de que la adopción «*responde a...*», «*tiene una finalidad...*», «*es un instrumento...*» (36), centrando la figura en «una institución de Derecho natural creada en la línea de las exigencias naturales» (37), o bien en que «la adopción determina una relación de parentesco y engendra un verdadero *status familiar*» (38).

Así las cosas, el *cómo* estructural solamente puede tener una respuesta mínimamente seria y comprensible: la adopción es una *creación directa de la ley*. Que equivalga o no a «una mentira técnica consagrada por la

(32) Rec. nota 4 precedente.

(33) Véase su «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il diritto del minore alla famiglia (Prospettive comparatistiche)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, págs. 391 y ss., especialmente 400, y allí las notas 13, 14, 15 y 16, relativas las dos últimas a las cifras tomadas de la AEPD (Asociación Española para la Protección de la Adopción).

(34) Véase «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 829 y ss., especialmente 837.

(35) Véase en; su comentario a estas sentencias en A. D. C., cit., pág. 1250: subrayados míos (J. C. G.).

(36) Véase, por todos, MANTECA, *op. cit.*, págs. 105 y ss.; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 380.

(37) Así, MANTECA, *op. cit.* lo cual no es demasiado significativo, a mi juicio.

(38) Así, Díez-PICAZO, *op. cit.* El problema reside en la *estructura*, o sea, en el *cómo* se crea, se engendra o se determina ese parentesco y ese *status familiar*.

necesidad» (39), o a una verdadera *ficción jurídica* (40), no es tema de mi incumbencia.

El encuadre de la adopción dentro de las *ficciones jurídicas* es ya antiguo, aunque apenas esbozado ni aludido por los autores. Se refería ya a este punto A. BONILLA SAN MARTÍN (aludiendo a las funciones, histórica y dogmática, de la ficción, a los fines y forma de la ficción jurídica y a las ficciones en el Derecho moderno) (41). Entre los *fines* a que la ficción responde está *el de servir a las instituciones establecidas y a los intereses que han creado*, y, como ejemplo notable de esta finalidad, presenta la historia de la adopción en los pueblos arios: «No obedeció originariamente la adopción al deseo de compañía, ni a la caridad para con los huérfanos, ni a otras consideraciones semejantes. Fue, pura y simplemente, una consecuencia del 'deber de perpetuar el culto doméstico', ya consignado en el *Manava-Dharma-Sastra*... cuando la institución *sustinente* decayó, la adopción se desnaturalizó por completo...» (42).

Aun *presuponiendo* que la adopción sea una ficción jurídica creada por la ley, el tema no terminaría. Hablan unos de asimilación de la ficción a la extensión analógica (DEKKERS), en tanto que otros distinguen entre ficción oculta o encubierta (es la verdadera ficción) y ficción manifiesta (PRINGSHEIM): esta última está más cerca de la idea de *símbolo* (43). Se trataría así de «un procedimiento *indirecto* de determinación de una regla jurídica mediante el empleo de un artificio o rodeo que lleve al cumplimiento del fin deseado sin que el destinatario de la regla se dé cuenta, a primera vista, del mismo» (44).

Prescindiendo de que la adopción fuera una ficción jurídica creada por la ley y *reduciendo* su encuadre al de un *símbolo jurídico*, conviene recordar que el símbolo (natural o artificial) es por naturaleza equívoco y puede tener varios sentidos. Lo cual no nos conduce a ningún punto concreto.

A mi juicio, en el aspecto *estructural*, cabría defender que la adopción es un tipo puro de ficción legal manifiesta, lo que enlaza con la idea de un simbolismo artificial creado *ex lege* para imponer una relación paterfamilias y originar una filiación legal (no natural) cual la adoptiva. Todo ello, en vista al supuesto de hecho del litigio, parece posible, aunque no voy a montar una tesis doctoral sobre el tema.

3. EL PERFIL ESTRUCTURAL Y SUS PRESUPUESTOS

Reitero aquí el carácter *sociológico* en que pretendo enmarcar este punto y su conexión con el litigio resuelto por el Tribunal Supremo.

Los *presupuestos* que presento son los subjetivos, objetivos y formales, en la forma que sigue.

(39) Al decir de IHERING, en *Abreviatura del espíritu del Derecho Romano*, Buenos Aires, 1947, página 418.

(40) Así, CABANILLAS GALLAS, en el *Dictamen* al Proyecto de Ley de 1970 (cita en CHICO ORTIZ, *op cit.*, en esta REVISTA, 1970, págs. 1401 y ss.).

(41) Véase «La ficción en el Derecho (Estudio de Filosofía Jurídica)». Discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 1º de diciembre de 1912, Madrid, 1912.

(42) Así, en BONILLA, *op. cit.*, pág. 29.

No parece opinar lo mismo M. GARCÍA GARRIDO en «Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano», en *A H D E.*, Madrid, 1957, págs. 305 y ss. Véase allí una extensa referencia bibliográfica respecto a la *ficción*.

(43) Véase GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, págs. 306 y 308.

(44) Véase BONILLA, *op. cit.*, págs. 15 y 17.

A) *Presupuestos subjetivos*

Presento aquí los puntos o elementos naturales de la cadena o trama de hechos que *habitualmente* —como ocurrió en el caso de autos— conducen a una adopción: unos padres naturales, un menor (adoptando), unos padres adoptantes, unos intermediarios.

a) *Los padres naturales*

Lo más llamativo del supuesto litigioso es precisamente la *conducta reiterada* de los padres naturales, que no cejan en su empeño en recuperar a la niña, si bien esta recuperación les iba a costar *siete años* (!).

Otro aspecto curioso es la constante referencia de las sentencias de instancia y del Tribunal Supremo al *padre natural*. A mi modo de ver, es la primera vez que se ha tomado en cuenta su existencia, su interés, su opinión y su conducta.

Son de resaltar estos dos puntos en este lugar porque *habitualmente* la práctica totalidad de los autores patrios que suelen analizar el tema de la adopción vuelcan sus simpatías en la persona del *menor*, sin apenas referencias al punto de los *padres naturales*. Ultimamente, con la explosión de la prensa periódica y sus denuncias sobre el tema (45), parecen haber despertado los juristas, sobre todo desde la posición *feminista*, redescubriendo el tema de la *madre natural*. Digna de citar aquí la postura progresiva de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (46), quien denuncia abiertamente «la ausencia de una infraestructura pública de asistencia a la maternidad y a la infancia» y opina sin demagogia que «parece claro que la adopción encubre un traspaso institucionalizado de hijos de padres humildes a personas acomodadas».

Después de la Constitución de 1978 habrá que recordar aquí la prohibición constitucional de *discriminación* por razón de sexo ni de filiación, y, consecuentemente, cambiar la óptica o perspectiva habitual, en torno a las *madres solteras*. Lo que lleva, naturalmente hablando, a lo siguiente: que, en *primer lugar*, la mujer soltera embarazada tenga derecho a ser

(45) Para hacer una referencia global (sintéticamente), pueden verse en las *hemerotecas* estos títulos:

— *Revistas de información general*:

Gentes, núm. 12, 15 octubre 1976, pág. 10, título: «Se compran hijos de madres solteras».

Cambio 16, núm. 523, 7 diciembre 1981, pág. 139, título: «Niños de compra y venta».

Interviú, núm. 301, 17-23 febrero 1982, págs. 78 y ss., título: «Más pruebas sobre el tráfico de niños (La monja cambiaba los bebés como cromos)»; núm. 331, 15-21 septiembre 1982, páginas 90 y ss., título: «Compramos dos niños en Colombia».

— *Prensa diaria*:

El País, 11 y 12 julio 1980, «Una mafia buena envuelve el sistema de adopciones».

— En los *medios audiovisuales* también han aparecido denuncias sobre el tema. Habrá que ver en el futuro las *video-tecas* y allí los *programas* siguientes:

«La Clave» (tema 'El aborto'), día 30 septiembre 1983, 12,40 horas (p. m.): El señor RUIZ GALLARDÓN pone en relación el derecho a la vida con los padres que quieren adoptar. «Lo progresista —dice— es que un niño nazca, atenderlo y que desarrolle su vida» La señora ALMEIDA le replicó: «Es una hipocresía de una sociedad que sanciona a la madre soltera; no es cierta esa relación del derecho a la vida con la adopción, ya que hay *miles* (sic) de centros con niños, pero que no pueden ser adoptados plenamente».

«Estudio Abierto» (*Entrevistas*), día 1 febrero 1984, 10,45 horas (p. m.): Doña M. CUADRA expone que conoce casos de extorsión por religiosas a las mujeres solteras embarazadas en trance de dar a luz.

(46) Véanse «Comentarios a los artículos 172-180 del Código Civil», en *Comentarios*., cit., páginas 260 y ss., especialmente 264 y ss. subrayados míos (J. C. G.)

tratada y considerada como persona, con la dignidad que se merece conforme a Derecho; en segundo lugar, a que la parturienta no sea coaccionada (ni física ni psíquicamente) para que renuncie al hijo que va a nacer; en tercer lugar, a que se combata por todos los medios tales prácticas abusivas que enlazan con la aberración de que se adopte a un *nasciturus* (47); en cuarto lugar, a que se consideren nulos de pleno derecho los famosos escritos de «renuncia» a los derechos sobre los hijos —de un lado, genéricos e indeterminados, y de otro, previos al nacimiento—, otorgados sin ninguna garantía ni formalidad por la embarazada a punto de dar a luz (48); en quinto lugar, a que, por encima de una concepción trasnochada de 'beneficencia' y de 'caridad', debe primar la idea de *justicia*, atribuyendo el niño/niña a su verdadera madre cuando ésta quiere tenerlo consigo; en sexto lugar, a postular la conveniencia de un *plazo de reflexión* mínimo para la madre natural —en la Ley de 1970 era de seis meses; en la reforma de 1981 es de un mes (49)—, en consonancia con el *Convenio Europeo de Estrasburgo* (24 abril 1967) sobre la Adopción de Niños (50).

A lo expuesto cabría añadir la peculiarísima *condición social* de los padres naturales en el presente litigio resuelto por el Tribunal Supremo: «ella, de elevada posición económica...» ¿*Quid* si hubieran sido gente modesta y sin medios materiales? La apreciación que hace el Tribunal Supremo —resolviendo el recurso por quebrantamiento de forma— acerca de la posición económica de la madre natural es para declarar su *irrelevancia* en cuanto al abandono.

b) El menor (adoptando)

Me remito *genéricamente* a las consideraciones de la doctrina acerca de este tema. Aquí me refiero *exclusivamente* a una consideración sociológica primaria, elemental.

En la opinión de CASTÁN VÁZQUEZ (51) «los adoptados son casi siempre —de acuerdo con lo deseado por pediatras, psicólogos y educadores— niños de muy corta edad. Frecuentemente se trata de niños recién nacidos, cuyas madres (madres solteras) dan consentimiento para la adopción». Cita los datos siguientes de la AEPA en base a los 920 casos de

(47) En este sentido, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 323, v. CUEVAS, *op. cit.*, pág. 429 niegan tal posibilidad, cuando precisamente la realidad nos muestra lo contrario y que es la práctica diaria (!).

Quién iba a pensar cuando escribí hace años sobre «La ocupación» en esta REVISTA, núm. 486, septiembre-octubre 1971, págs. 1045 y ss., especialmente 1067 y ss., que una persona humana puede ser ocupada en estado de recién nacido y transferida al mejor postor (!).

Quién iba a pensar, cuando se crearon hace siglos Ordenes Religiosas con la finalidad exclusiva de atender y proteger a la infancia desvalida, que con el tiempo iban a devenir en puntos neurálgicos decisivos en la cadena que lleva a una adopción (!). Cfr. LLOYD DE MAUSE y otros: *Historia de la infancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 160, y FLANDRIN: *Le sexe et l'occident*, Ed. du Seuil, París, 1981, pág. 180 (citas en FOSAR «Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español», en esta REVISTA, núm. 554, enero-febrero 1983, pág. 133, especialmente 148 y 161).

(48) En idéntico sentido, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 323 y nota 23, aludiendo a esta práctica de escritos de renuncia, que «es frecuente en las casas de maternidad y demás establecimientos benéficos» (sic).

(49) Para BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 345 (y notas 19 y 20): «Ciertamente esta disminución del plazo puede dar lugar a que los padres (en especial, las madres) se vean en algunos casos privadas de sus hijos sin tener plena conciencia de ello o en circunstancias cuestionables» (sic) (subrayados míos J. C. G.).

(50) Su artículo 5 y párrafo 4.º establece que «el consentimiento de la madre para la adopción de su hijo no será válido si se da dentro de las seis primeras semanas siguientes al parto».

A resaltar que el citado CONVENIO no ha sido ratificado por España: véase en CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.* en nota 33, pág. 402.

(51) *Op. cit.* en nota 33 precedente, pág. 401 y nota 16.

adopción tramitados por ella en los años 1969-76, en cuanto a la *edad* del adoptado: «recién nacido, 552 casos; durante el primer año, 145; de uno o dos años, 42; de tres o cuatro años, 42; de seis o siete años, 25; de ocho, nueve y diez años, 8; de once, doce y trece años, 3; de más de trece años, 5; sin datos, 98». La Asociación —añade— señala una cierta reacción por parte de los futuros padres para adoptar niños mayores de cuatro años, seguramente por temor a las dificultades de adaptación. En cuanto al sexo de los adoptados, 496 eran niños y 424 niñas.

En opinión de CUEVAS (52), «el Código Civil no contiene especiales requisitos para determinar la aptitud subjetiva del adoptado», y entiende: «que ha de ser persona física (en el sentido del art. 30 CC), que no estuviere ya adoptado por persona del mismo sexo que quien pretenda adoptar... y que el defecto de capacidad de obrar (demencia, imbecilidad o sordomudez), más que un obstáculo, constituye un *impulso* (sic) a la adopción» (53).

En mi opinión, a la vista de los datos proporcionados por CASTÁN VÁZQUEZ y de la experiencia de la práctica vivida, los niños adoptados suelen ser recién nacidos en una proporción muy superior al 50 por 100 apuntado y, en una inmensa mayoría, son preferidas las niñas a los niños. Para muestra clara: en el caso litigioso, el menor tenía cuatro días y era una niña.

c) *Los padres adoptantes*

En cuanto a los padres adoptantes, poco suele ocuparse la doctrina de las condiciones de *idoneidad* de éstos, limitándose a las exégesis de los preceptos legales.

Aunque no reciente, es muy significativa la postura de MANTECA ALONSO-CORTÉS, que en una nota de su estudio afirma: «En toda regulación de la adopción es preciso tener en cuenta *el interés del adoptante*, si queremos que en la práctica esta institución prolifere. *Y ello es así porque el adoptante, casi siempre, tiene un interés propio —y egoísta— en la adopción, ‘el crear una familia, cuya seguridad hay que proteger’.* El *móvil altruista ‘puro’ es raro en la actualidad*; podría verse en la adopción por un matrimonio que ya tiene hijos, que, aunque se da, son escasos y mirados con prevención por el legislador (art. 173 *in fine*)...» Tras citar la Ponencia oficial del BICE en las II Jornadas Nacionales de Adopción, concluye este punto diciendo: «*Y este es, por regla general, el móvil de los adoptantes: la ‘contraprestación’ que buscan es, o debe ser, espiritual, pero digno y necesitado de protección. La ley no alude hoy al interés del adoptante. Pero no le excluye. Y en todos los ordenamientos se protege más o menos fuertemente su interés...*» (54).

(52) *Op. cit.*, págs. 429 y ss.

(53) *Op. et loc. cit.* En cuanto a que *no sea posible* la adopción de un ‘nasciturus’ o ‘concepurus’, ver lo dicho más arriba y notas consiguientes (nota 47). Que la realidad práctica demuestra la evidencia de lo contrario, está al alcance de todos. Conozco el caso de unos adoptantes (matrimonio sin hijos) que han adoptado dos veces: los dos menores adoptados son *hermanos de madre* y seleccionados de intento y previamente.

En cuanto a que los *defectos físicos* impulsen a la adopción, no pasa de ser mera retórica. Aquí están los hechos, denunciados en la *prensa* seria: «los que verdaderamente son *dignos de lástima*, porque nadie se interesa por ellos, son los niños *subnormales, mongólicos o con parálisis cerebral, que nadie se interesa por ellos*, teórica y prácticamente abandonados. Son carne de institución para toda la vida» (*El País*, cit., día 12 julio 1980: subrayados míos (J. C. G.)).

(54) Véase MANTECA, *op. cit.*, pág. 122, nota 21 bis: subrayados míos (J. C. G.).

Más recientemente se ocupa de este punto CASTÁN VÁZQUEZ, diciendo: «Los adoptantes son en la mayoría de los casos *matrimonios* que desean constituir adopción plena. No faltan, sin embargo, adopciones por personas viudas o solteras. *Cuando de matrimonios se trata, éstos suelen carecer de hijos por naturaleza*, pero se dan casos también (al haber desaparecido la vieja prohibición de que adopten quienes tienen descendientes) de adopción en familias donde hay ya varios hijos. *Los adoptantes son indistintamente de posición económica brillante o modesta.*» Añade que, según los datos de la AEPA —antes referidos— para los años 1969-76, *«más del 50 por 100 de los matrimonios adoptantes llevan de cinco a quince años de matrimonio, y un 20 por 100 lleva de dieciséis a veinte años. La mayoría de los adoptantes están, al constituir la adopción, en una edad comprendida entre treinta y cuarenta y cinco años, predominando los de treinta y seis a cuarenta; hay todavía un buen porcentaje de cuarenta y seis a cincuenta años y desciende el número desde esa última edad. En cuanto a la situación socioprofesional de los adoptantes, la Asociación afirma que éstos en general pertenecen a estratos económicos medios y altos, y muy pocos a estratos más inferiores, lo que plantea la necesidad de potenciar las posibilidades de acceso a la adopción de estratos socioeconómicos más débiles»* (55).

Desde un punto de vista menos profesoral y a nivel más popular se ha escrito: «*Adoptantes en línea de espera.* En la mayoría de los casos se trata de matrimonios estériles y su motivación suele equivaler al deseo normal de tener hijos. Sin embargo, la selección indica que hay otras razones: desde el deseo de llenar un vacío en personas que han vivido egoístamente, hasta el hijo 'distracción', el hijo 'salvavidas' o el hijo 'compañía para la vejez'... La selección de padres no puede hacerse bajo un criterio unipersonal. Para esto se creó (en la Diputación Provincial de Madrid) una comisión compuesta por dos médicos, una psiquiatra, dos asistentes sociales y un abogado. *Se aplican unas normativas al estudio de las solicitudes:* edad, características culturales y económicas, motivaciones reales, etc. Las entrevistas entre solicitantes y miembros de la comisión ofrecen gran complejidad. Al tocar detalles íntimos de la pareja se alcanzan cotas emocionales muy altas...» (56). En otro lugar de ese reportaje se escribe: «La investigación y la experiencia han quitado muchos méritos y desmitificado a personas. Asombra la abundancia de hijos adoptivos que fueron utilizados como criados, obreros de labranza o pastores...» (57).

En mi opinión, carecemos de unos estudios *completos y científicos de investigación sociológica* que nos permitan una aproximación seria al tema. Queda en el aire la *duda* de si los padres adoptantes son preferidos por su condición social o por su religión profesada (acendrado catolicismo, v.gr.), o por su popularidad (58), o por su encanto personal o por otras razones hoy por hoy inescrutables. El caso aislado de la Diputación de Madrid del que habla la prensa citada es digno de elogio y podría y debería extenderse a otros centros similares.

En el caso de autos resuelto por el Tribunal Supremo los padres adoptantes parecían ser de familia media. No hay otros datos.

(55) Véase CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 400 y nota 15 subrayados míos (J. C. G.)

(56) Véase *El País*, 12 julio 1980, cit., quinta columna, parte superior: subrayados míos (J. C. G.).

(57) Véase *El País*, 11 julio 1980, cit., tercera columna, parte inferior.

(58) Recuérdese el aireado caso del cantante Manolo Escobar.

d) *Los intermediarios*

En este punto, si la pluma se limitase escuetamente a recoger las versiones publicadas en los medios de difusión social, los epítetos y las denuncias resultarían muy duros. Sin ánimo de herir y sin exhaustividad, caben aquí las siguientes manifestaciones, entresacadas al azar:

❶ «... [las madres solteras] no ven otra solución que la de entregarse a la protección de los 'intermediarios'. Estos, que suelen ser médicos, comadronas, enfermeras, monjas, etc., tienen como *función principal* la de encontrar un matrimonio dispuesto a adoptar al niño que la madre no desea. Ese matrimonio es quien, muy a menudo, se encarga de ayudar a la joven madre durante esa difícil fase. Y si bien la mayoría de estas madres solteras ya se hallan dispuestas, e incluso deseosas, de renunciar a su hijo, el intermediario no cesa con frecuencia de presionar en ese sentido, no vaya la chica, en los últimos meses, a cambiar de idea, con todo lo que eso supone... Lo grave en este caso [*caridad misteriosa*] es el modo como percibe [el intermediario] esas ayudas y las personas de donde provienen. ¿Qué criterios seguirá la hermana X. para elegir a los futuros padres adoptantes? ¿Por qué tanto misterio en torno a esas filantrópicas amistades? ¿Por qué tanto secreto alrededor de ese 'abogado de ..' que a nosotros ya nos parece un mítico personaje?» (59).

❷ «Las intermediarias suelen ser personas que conocen el medio de donde salen los niños: prostitutas y/o las clínicas de maternidad e instituciones que recogen a madres solteras. Alrededor de esos centros las mujeres en trance de parir escuchan voces tentadoras que susurran dinero a cambio de quitarse de encima quebraderos de cabeza y molestias, al mismo tiempo que aseguran que el hijo estará de lo mejor atendido con una familia muy buena. Pero muchas de esas madres solteras no han querido desprenderse del niño y han hablado, y resulta que muchas de las voces susurrantes, que hacían todo eso *por su bien*, resultaban ser de personal con hábito con nombres, apellidos y una dilatada experiencia en ese campo...» (60).

❸ «Un desfile de monjas, asistentes sociales, médicos, abogados, policías, secretarios generales o jueces conforman todavía hoy los pilares de la adopción, una estructura sin delimitar, desorganizada y enclavada sobre terrenos movedizos. Estructura apuntalada por recomendaciones, favores y agradecimientos que se traducen en bastantes ocasiones a 'cheque-regalo', subvenciones o ayudas...» Dicho cortejo es calificado como «una mafia buena». Sigue el artículo: «Los bondadosos dirigentes poseen listas de espera de padres adoptantes, que seleccionan bajo su propio criterio (serio, indudablemente) y solucionan por la vía rápida la transmisión de derechos. Durante todos estos años gran número de personas de diferentes comunidades religiosas fueron los principales intermediarios entre las madres que por necesidad (o sin ella) abandonaban a sus hijos y las parejas que con necesidad (o sin ella) querían adoptarlos. La imagen de confidentes paternalistas les colocaba en el lugar idóneo para proporcionar el apoyo y la cooperación que ambas partes necesitaban » (61).

(59) Véase en Revista *Gentes*, núm. 12, día 15 octubre 1976, págs. 12-13.

(60) Véase en Revista *Cambio 16*, núm. 523, día 7 diciembre 1981, pág. 139: el subrayado viene en el propio texto transcrito.

(61) Así, S. TAPIA y J. BARANDA, en «Una mafia buena envuelve el sistema de las adopciones», en el diario *El País*, día 11 julio 1980, columnas segunda y tercera.

○ Para otros tonos y otras descripciones, me remito a las citas genéricas indicadas más arriba (62).

Con las precedentes muestras estimo suficiente la descripción *genérica* de un hipotético caso de adopción. Para el *concreto* supuesto de hecho que decidió el Tribunal Supremo basta repasar los 'Antecedentes', y en ellos se verá la actuación 'desinteresada' de la que he denominado «caritativa doña C.».

En cualquier caso, entiendo que todas estas descritas manipulaciones tienen poco que ver con la caridad, entrañan una serie de actividades que en muchos casos rozan tipos delictivos y responden a un concepto pequeñoburgués de entender la sociedad, las relaciones con el prójimo y la consideración de la madre soltera. Hay en todo ello subyacente un problema de *justicia*, no de falsa caridad. Esa justicia está pendiente de darse.

B) Presupuestos objetivos

Insistiendo en este perfil estructural, cabe aludir brevemente a lo que se entiende por abandono, a los criterios determinantes de la adopción y a la entrega del menor.

a) El hecho de la exposición o abandono

A mi modo de ver, el hecho de la exposición o abandono es una figura estudiada con gran detención por la doctrina patria, y creo que poco más cabe añadir a sus brillantes exposiciones, de entre las que merecen destacarse las de F. CASTRO LUCINI (63) y la de J. VÉRGER GARAU (64).

Desde el punto de vista *estructural* parece claro que el abandono puede adoptar formas muy diversas, de difícil reconducción a un concepto

(62) Así, en Revista *Interviu*, números citados en nota 45 precedente: de donde se infiere un mercado negro de niños a nivel internacional.

(63) En una primera aproximación se ocupaba de este punto en «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 829 y ss., especialmente págs. 854 y ss. Para una valoración concreta del abandono, en relación con el supuesto de hecho de esta sentencia, véase su espléndido comentario en A. D. C., octubre-diciembre 1973, págs. 1218 y ss., especialmente págs. 1227 y ss.

Se ocupan del tema también MANTEGA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, págs. 1425 y ss.

(64) Aunque más antigua en el tiempo, mantiene su interés, distinguiendo entre abandonados expósitos y abandonados no expósitos: véase su «Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en R. J. Cal., octubre-diciembre 1968, ed. separata, págs. 13 y ss. En sentido similar, ARCE FLÓREZ-VALDÉS: «En torno a los conceptos de 'abandonado' y de 'expósito' como sujetos de la adopción», en R. G. L. J., septiembre 1967, ed. separata, REUS, 1967, especialmente págs. 7 y siguientes y 19 y ss.

Para la noción de *abandono* en otros derechos.

— En *Derecho francés* —STOUFFLET: «L'abandon d'enfant», *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1959, págs. 267 y siguientes; D. HUET-WEILLER: «La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350, alinea 3, du Code Civil», *Sem. Jur.*, 1969, I, pág. 229; A. M. FOURNIÉ: «De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon», *Sem. Jur.*, 1974, I, pág. 2640. En general, A. WEILL y F. FERRE, en *Droit civil (Les personnes. La famille. Les incapacités)*, ed. DALLOZ, 4ª ed., 1978, págs. 655 y ss., especialmente 664 y ss. (y allí, las citas señaladas).

— En *Derecho italiano* —NATOLI: «La adozione», en CARRARO, OPPO, TRABUCHI *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 2, Padova, 1976, págs. 730 y ss.; A. PINO: *Il diritto di famiglia*, ed. CEDAM, Padova, 1977, págs. 217 y ss., especialmente 227 y ss.

Después de la reforma española de 1981, en relación con el punto del *abandono*, puede verse: R. BERCOVITZ: «Comentario al artículo 174 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, citado, págs. 336 y ss., especialmente 339 y ss.

unitario. Parece básicamente consistir en una *situación de puro hecho*, valorable por el juzgador de instancia. Los supuestos que la vida real presenta son muy variados y han originado amplísima literatura (65).

Por lo que respecta al *supuesto litigioso comentado*, el período de tiempo transcurrido desde el momento del nacimiento de la niña hasta su reconocimiento en testamento por cada padre natural parece normal y no excesivo, atendiendo a las vicisitudes habidas y al entorpecimiento y dilaciones planteadas por el centro benéfico. De otro lado, la presunta confabulación del centro con la familia de la madre natural y los reiterados intentos de recuperar a la niña efectuados por los padres naturales parecen implicar la inexistencia de *voluntariedad* en el abandono. Finalmente, el abandono fue efectuado por *persona distinta* de la madre natural, persona de la que habría que saber si tenía o no una relación o vínculo con la madre (o más bien con la familia de la madre) y, concretamente, determinar su responsabilidad (66).

b) *Los criterios básicos determinantes de la adopción*

La experiencia de la *práctica* demuestra que, en el momento crucial de proceder a la entrega de un menor en adopción, no hay unos criterios básicos caracterizadores de *por qué* es entregado a una pareja y no a otra. La experiencia habla de rigurosos controles de solicitantes, de sumas de dinero, de recomendaciones de 'buena conducta', etc., pero nadie sabe exactamente *qué criterios* fueron los utilizados. La experiencia citada en *El País* en cuanto a la Diputación Provincial de Madrid parece muy reciente, y no tenemos otros datos.

La consecuencia extraída del *supuesto litigioso* no es demasiado reveladora: no sabemos por qué fueron elegidos como adoptantes los aquí demandados, y no otros.

La inexistencia de unas estadísticas serias y fiables del *porqué de ser preferidos* unos adoptantes a otros, o, lo que es lo mismo, la ausencia de *criterios básicos* determinantes de la adopción, induce a pensar en si sería posible hoy en día una adopción por pareja no casada, o por matrimonio de posición económica baja, o por matrimonio no católico, etc. Todo ello apunta a una carencia de datos infraestructurales, derivada del desconocimiento real del tema.

A mi juicio, esa *determinación* de criterios básicos parece trascendental y enlaza con una mirada constitucional del tema, si no queremos que la ausencia de *discriminación* entre españoles deje de ser pura retórica.

c) *La entrega del menor adoptando*

En este apartado me refiero, de un lado, a la entrega del menor al establecimiento benéfico, y, de otro lado, a la entrega del mismo *por* el establecimiento.

(65) No es necesario remontarse muy lejos en la historia. Baste recordar la copiosa producción de un DICKENS, un DUMAS, etc. Más modernamente, B. BRECHT, cuya preocupación por el tema del abandono *involuntario* de un hijo por su madre le ha llevado a presentar dos obras de trasfondo similar: *El círculo de tiza del Cáucaso* y *El círculo de tiza de Augsburgo*.

Para una descripción de las situaciones de *abandono*, véase TAPIA-BARANDA, *El País*, cit., día 12 julio 1980.

(66) Curiosamente, el *procedimiento penal* instado por ambos padres naturales contra quienes resultaren ser culpables de la situación de la niña, había terminado con un sobreseimiento. (¿Qué razones hubo para esa decisión? Se ignoran.) Me remito a los *Antecedentes* del supuesto de hecho.

La entrega del menor *al* establecimiento benéfico puede hacerse teóricamente o bien por los padres naturales o bien por una tercera persona. Prescindiendo aquí de la entrega *voluntaria* por el padre o madre natural —supuesto de hecho muy poco frecuente en la práctica—, quiero referirme a la entrega efectuada *por terceras personas*. Este punto enlaza con el de los *intermediarios* en la cadena de personas intervinientes en una adopción, antes aludido. Es una materia apenas estudiada en nuestro Derecho (tampoco en otros ordenamientos lo está) y de la que sabemos lo poco que se trasluce en los comentarios aparecidos en los medios de comunicación social. En el *supuesto litigioso* comentado la entrega había sido efectuada por tercera persona, en el caso la 'caritativa' doña C. En estas entregas por terceros, al parecer de una *habitudinalidad* casi profesional, hay como mínimo implícitas toda una gama de actividades delictivas y, por ende, punibles, tanto en el viejo ordenamiento penal (67) como en el nuevo Código Penal en perspectiva (68). Hay una imputabilidad directa, una culpabilidad manifiesta y una responsabilidad criminal y civil exigible.

La entrega del menor *por* el establecimiento es un hecho más atípico en la cadena de actos que culminan en una adopción. Unas veces se efectúa la entrega en forma de 'prohijamiento' o 'acogimiento' *previos* a la adopción —éste parece que fue el procedimiento en el supuesto litigioso—, *con o sin* instrucción de expediente; otras veces la entrega se efectúa *directamente, sin papeles (sic)*, con lo que el matrimonio adoptante tiene que proceder consecuentemente a una inscripción en el Registro Civil como hijo/hija propio, con clara actividad delictiva de *simulación de parto*. Teóricamente esta entrega previa a la adopción va implícita a unas *garantías* derivadas de una instrucción de un expediente administrativo, a nivel provincial o local. Prácticamente las garantías brillan por su ausencia y no hay control alguno en este período.

C) *Presupuestos formales*

Desde el perfil estructural una adopción puede ser caracterizada por la total falta de requisitos y formalidades previas. Cabe deslindar varios puntos en este lugar, como sigue.

a) *La ausencia de formalidades*

A lo largo de la exposición precedente puede contemplarse una adopción concreta desde el perfil *estructural* como acto carente de las más mínimas formalidades. En efecto, nadie sabe cuántas madres naturales van a desprenderse de sus futuros hijos, ni cómo lo hacen, ni cuántos

(67) El Código Penal reformado por Decreto 23-12-44 trata del delito de suposición de parto en los artículos 468-470 (título XI, delitos contra el estado civil de las personas), y de los delitos de sustracción de menores (arts. 484-486), y del abandono de familia y de niños (arts. 487-489) en el título XII, delitos contra la libertad y seguridad.

(68) En el *Proyecto de Ley de 17 de enero de 1980* (I Legislatura, serie A, núm. 108, I) se sancionan una serie de conductas delictivas de esta clase en los artículos 297 a 300 (Del abandono de familia y de niños) del capítulo III (Delitos contra los derechos y deberes familiares) del título VI (Delitos contra la familia).

En el *Anteproyecto* de nuevo Código Penal, elaborado por el Ministerio de Justicia en 1983, hay pocas alteraciones respecto del Proyecto de 1980, quedando tales conductas aludidas sancionadas en los artículos 225 y 226 del capítulo III (Delitos contra los derechos y deberes familiares) del título X (Delitos contra las relaciones familiares).

hijos son abandonados legalmente, ni quiénes serán los adoptantes, ni qué intermediarios actuarán, ni qué criterios serán decisivos para la adopción, ni cómo se entrega el hijo, ni qué formalidades rodearán a tales actos. Misterio tras misterio. Son demasiados misterios.

Es necesario robustecer y dignificar un *acto previo* a la adopción de forma que existan garantías para todos los que más directamente son afectados por la operación —madre natural, hijo, padres adoptantes— y que haya un rígido control que evite los abusos y el actual 'desmadre' de tanto intermediario. Las garantías van implícitas en todo procedimiento serio, y, consecuentemente, habrá de ser un procedimiento *administrativo* dirigido por funcionarios competentes. El control sólo puede derivar de la actividad administrativa estatal a través de su doble cauce de acción: actividad de fomento (promoción de hogares maternos, campañas de información sanitaria, educación de la mujer, etc.) y actividad de policía (sanción de irregularidades, remoción de dirigentes de establecimientos, control de intermediarios, fiscalización, seguimiento del Registro Civil, etcétera).

b) *Los mecanismos habituales*

Hemos visto precedentemente cómo la mecánica operativa habitual y socialmente vigente es la de que los presuntos adoptantes tratan de ganarse la simpatía de alguna de las personas intermediarias de la cadena que lleva a la adopción.

Ninguna garantía para los adoptantes, ningún control para los intermediarios. Ningún criterio rector que seleccione uno de entre los niños abandonados, ni una de entre las postulantes parejas adoptantes. Todo queda en manos de la improvisación, del azar, de la 'caridad' mal entendida.

Recapitulación parcial

A la hora de resumir estas notas en torno a la dimensión *estructural* de la adopción, cabe señalar:

- 1.º Que las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho conducentes a una adopción concreta se avienen difícilmente a la idea de un concepto unitario del instituto.
- 2.º Que bajo este perfil el *cómo* de la adopción parece responder a un tipo puro de ficción legal manifiesta mediante la cual se crea el *símbolo* de la generación entre adoptantes-adoptado, originando una filiación legal no natural.
- 3.º Que los presupuestos subjetivos apuntan a una maraña de intervinientes y a una cadena en la que los puntos principales suelen ser los intermediarios.
- 4.º Que existe una clara, real e injusta discriminación social y legal en cuanto a las madres naturales, sometidas en su gestación a todas las coacciones y presiones para que renuncien a su hijo/hija.
- 5.º Que existe un turbio mercado 'negro' de niños recién nacidos, que pasan de mano en mano ofertados al mejor postor.
- 6.º Que no se sabe cuáles razones son decisivas para que determinadas parejas sean preferidas a otras como padres adoptantes.

- 7.º Que la situación de abandono o exposición responde a' unas premisas de hecho, de difícil reconducción a un concepto unitario.
- 8.º Que es obvia la ausencia de criterios básicos determinantes de una adopción concreta.
- 9.º Que la entrega del menor está rodeada de oscuras maniobras derivadas de la inexistencia de garantías procedimentales y de un control administrativo serio.
10. Que la ausencia de formalidades evidencia la necesidad de una actividad administrativa total, tendente a conjugar los distintos intereses en juego y a satisfacer las demandas de la justicia y de la no discriminación (ni por nacimiento, ni por sexo, ni por religión, etc.).

V. NOTAS PARA UNA DIMENSION FUNCIONAL DE LA ADOPCION

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Analizado en el epígrafe precedente el perfil *estático* de la adopción tal como se presenta en la realidad diaria, parece conveniente dejar ultimadas estas reflexiones con una inevitable referencia al perfil *dinámico* del instituto en su devenir en el mundo del derecho y, más en concreto, en orden al supuesto litigioso.

Haré también una breve reflexión sobre la naturaleza de la adopción en su perfil *funcional*, para dejar centrado este tema.

Finalmente, habrá una referencia a los *presupuestos* subjetivos, objetivos y formales de la adopción desde este perfil funcional, y a algunas particularidades acerca de la *extinción* de la misma.

2. NATURALEZA

Ha podido decir exactamente HERNÁNDEZ GIL que «cuando se debate la naturaleza de la adopción no es propiamente *la relación derivada* de la misma la que suscita opiniones encontradas, sino más bien *el acto a virtud del cual se funda aquélla*» (69).

Desde este perfil *funcional* es constatable cómo cada ordenamiento jurídico establece una serie de hechos preordenados sucesivamente tendentes a la adopción. Según actúe en cada caso el control estatal podrá hablarse de uno u otro régimen, de uno u otro sistema. Se habla así de sistemas judiciales puros, administrativos puros o mixtos (70), o de sistema como acto privado o como acto estatal (71). El tema ha sido estudiado con profundidad, exhaustividad y cierta rotundidad y dogmatismo por la doctrina para nuestro Derecho, poniéndose el acento en *el momento perfectivo del acto* o en el tema de *cuál sea el verdadero acto constitutivo* de la adopción. Exposiciones técnicamente irreprochables —de un lado y de otro— van decantando sus argumentos en pro de una tesis que ya se había tomado previamente, a veces desde *un punto de*

(69) Cfr. sus *Dictámenes*, tomo I. Madrid, 1968, pág. 41 (subrayados míos: J. C. G.)

(70) Véase CASTRO LUCINI «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción», en *A. D. C.*, 1970, págs. 278 y ss

(71) Véase MANTECA, *op. cit.*, págs. 129 y ss; también CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, enero-marzo 1979, págs. 397 y ss, especialmente 399 y ss

vista abstracto, otras —las menos— desde un concreto problema del cual extraen soluciones generales (el conocido *sofisma* de falsa generalización).

Para un correcto encuadre del tema podría partirse de este aséptico planteamiento de W. FRIEDMANN: «... *la adopción es un proceso delicado en el que la idoneidad, las necesidades y los intereses de tres partes —adoptantes, padres naturales y el niño— tienen que ser cuidadosamente ponderados. De aquí que sea hoy requisito universal la autorización oficial (sic) concedida por UNO de los Tribunales que entienden de asuntos familiares. Mucho menos frecuente es el acuerdo sobre la clase de tribunal que está mejor calificado para actuar. Puede ocurrir muy bien que en lo futuro un organismo social adecuadamente calificado (sic) asuma cada vez más las funciones de jueces jurídicamente preparados para resolver. Entre tanto, con la aparición de trabajadores sociales (sic) preparados, el requisito de una investigación social realizada por funcionarios adecuadamente preparados en las circunstancias de la adopción, que ha de presentarse al tribunal, es un requisito que se generaliza rápidamente. La vigilancia del procedimiento de adopción debe empezar mucho antes del acto real de la adopción, en el momento en que un posible adoptado es colocado en un hogar...*» (72).

Este planteamiento no dogmático, atento a la realidad, permite que se pueda enjuiciar la naturaleza de la adopción —*funcionalmente* hablando— como de un procedimiento de derecho privado con cierta intervención pública. Hablo, *en primer lugar*, de un «*procedimiento*», no como una categoría procesal, sino en sentido menos técnico de una serie o sucesión de actos conducentes a una adopción; en tal sentido, es exacta la conceptualización del *supuesto de hecho* originante de la adopción como integrado por varios elementos o por una pluralidad de actos con ciertos nexos de interdependencia, lo que permite a una buena parte de nuestra doctrina encasillar ese supuesto como un acto o negocio complejo (73). Por lo cual bien puede hablarse en nuestro caso de «un supuesto de hecho *complejo* resultante de varios actos, incluso de diversa naturaleza, consistente unos en negocios de Derecho privado y otros no» (74). Hablo, *en segundo lugar*, de «derecho privado», porque es evidente, como la luz procede del sol, que el acto jurídico en que la adopción se traduce pertenece al ámbito del Derecho privado y se integra en la gran serie de negocios de derecho privado familiar de carácter prevalentemente formal (75). Hablo, *en tercer lugar*, de que hay «cierta intervención pública», sin precisar *cuál* sea ésta, dado que la *actual reglamentación positiva vigente* es un 'co-elemento' —en la terminología de FALZEA (75 bis)— variable y no definitivo, que carece de precedentes históricos *constantes* y que puede cambiar en el futuro; además de las referencias históricas preté-

(72) Así, en *El Derecho en una sociedad en transformación*, Ed. Fondo Cultura Económica, México, 1966, págs. 268 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(73) Véase, por todos, la magnífica exposición de A. DE LA VALLINA DÍAZ, *op. cit.*, R. D. P., 1969, págs. 437 y ss., especialmente 442 y ss. En sentido similar y concorde: PIÑAR, MADRUGA, VERGER GARAU, etc. Últimamente, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 381 y ss.

(74) Así, en CARLOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. de M. ALBALADEJO, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 145, nota 184.

(75) Prácticamente unánime es la doctrina en este punto, al menos la más autorizada: DE LA VALLINA, SANCHO REBULLIDA, CASTÁN TOBEÑAS, DÍEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, DE CASTRO, CASTRO LUCINI, MANTECA, CUEVAS...

(75 bis) Véase *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Ristampa edit. Giuffrè, Milano, 1941, págs. 39 y ss. y 53 y ss.

ritas (76), conviene aquí recordar: que en el momento de la redacción del *Code Napoleon* se quiso suprimir el instituto, que se mantuvo porque el entonces Primer Cónsul «la defendió enérgicamente, en razón de sus preocupaciones dinásticas, y la hizo conservar bajo la forma de un contrato entre adoptante y adoptado» (77); que la transformación de la adopción por las leyes especiales modernas —en prácticamente todos los ordenamientos— es total, y se tiende a hacer de ella una *operación de caridad social* en provecho de los menores (78); que en el *Proyecto de Código Civil de 1851* (A. 139) no existía fase judicial y se perfeccionaba *presentándose ante el alcalde* y consignándose en escritura pública (79); que tal sistema es el que inspira el Proyecto de 1882 (arts. 144 y 145) (80); que con la escueta reglamentación del Código Civil en 1889 el instituto quedó abandonado a las normas reguladoras de las instituciones de beneficencia (81); y que la denominada «fase judicial» es un acto de jurisdicción voluntaria, regido por la LEC (arts. 1.825 a 1.832).

Desde el punto de vista del *supuesto litigioso*, el Tribunal Supremo ha reiterado en el *considerando* 6.º la conocida doctrina del concepto unitario de la adopción, acto complejo formado por *tres fases o momentos* —judicial, notarial y registral—, todos ellos esenciales y *de igual valor constitutivo*, si bien centra la *perfección* de la adopción en el otorgamiento de la escritura pública y considera que el *contenido esencial* de la adopción es *contractual*. Sin embargo, hay que hacer notar exactamente con F. CASTRO LUCINI (82) que este *considerando* 6.º no constituye la *ratio decidendi* del fallo, como ya se dijo antes y como luego se verá, aunque su doctrina sea importante en este punto.

Desde el punto de vista de la vigente regulación legislativa, que es la *tradicional*, el Código Civil sigue manteniendo la normativa sobre la adopción, integrándose en el capítulo V del título VII («Relaciones paternofiliales»), como algo relativo a la *patria potestad*. En realidad, más acorde con la moderna conceptualización de la adopción y con la naturaleza de la relación jurídica que origina, debería situarse tal regulación dentro del título V («Paternidad y filiación») del Código, máxime cuando el artículo 108, párrafo primero, inciso primero, actual dice que «la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción» (83).

Un planteamiento moderno de la adopción debería tener en cuenta las

(76) Para un correcto uso del *canon historicista* en la interpretación del *elemento público* en la adopción, inevitable la referencia a E. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, 1939, rist. 1971, ed. CEDAM, Padova, págs. 285 y ss., que demuestra que «En una investigación ordenada y sistemática sobre los institutos privados en el derecho común, la adopción no merece un puesto especial. Era cosa desacomunada» (pág. 285). Luego recoge la cita de PITZORNO, que distingue entre el aspecto *procealístico* y el aspecto *sustancial* del instituto en cuanto al primero, la «adoption» era concedida por persona dotada de «jurisdicción» (*imperio magistratus*), en tanto que la «adrogatio» podía ser concedida por el «princeps» o por el «delegatus principis», en cuanto al segundo, el nuevo fundamento de la familia en la nueva edad —o sea, el *vínculo de sangre*— no podía armonizar con un instituto que tenía por finalidad crear un vínculo puramente civil (subrayados míos J. C. G.).

(77) Así, en A. WEILL y F. TERRE: *Droit civil (Les personnes, la famille, les incapacités)*, 4.ª ed., Dalloz, París, 1978, págs. 655 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(78) Véase WEILL y TERRE, cit., pág. 656.

(79) Véase GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1952, pág. 15a. En nota añade: «Los Códigos francés, napolitano y sardo prescriben largas y engorrosas solemnidades ante el Juez de Paz, el Tribunal de Primera Instancia y, por último, ante el Tribunal Superior o de Apelación».

(80) Véase DE LA VALLINA, *op. cit.*, pág. 455, nota 148, y allí la referencia a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

(81) Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, «Comentario al capítulo V», pág. 264.

(82) Véase su detenido Comentario a esta sentencia en A. D. C., 1973, cit., págs. 1256 y ss.

(83) En sentido concorde, véase BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 274.

consideraciones propuestas por W. FRIEDMANN antes citadas y prever razonablemente cómo puede ser el devenir del instituto en un próximo futuro (84).

3. PRESUPUESTOS DE LA ADOPCIÓN DESDE EL PERFIL FUNCIONAL

De la misma forma que desde el perfil estructural he efectuado un rápido análisis de la serie de *presupuestos* concurrentes en la adopción, parece conveniente aludir aquí a tales presupuestos desde el perfil funcional. Bien entendido que en esta exposición somera y panorámica del tema es ineludible que tal dimensión *dinámica* aparezca en conexión con las *referencias* a las exigencias legislativas para cada punto, a sus comentarios doctrinales respectivos y a las particularidades del caso. *

A) *Presupuestos subjetivos*

En este apartado paso a referirme a la serie de consentimientos, declaraciones de voluntad y audiencias que exige el Código Civil, y siempre en relación con el supuesto litigioso comentado.

a) *El juego de consentimientos*

El Código Civil, en su *artículo 173*, 2.º y 3.º, *actual*, se refiere a la serie de *consentimientos* y *audiencias* necesarios para dar vida a la adopción. Como negocio *bilateral* que es, la adopción presupone la concurrencia de *dos* consentimientos básicos: el de adoptante(s) y el del adoptado (o su representante legal). Para la interpretación y desarrollo del tema me remito a la doctrina especializada (85).

En el supuesto litigioso la normativa venía dada por el *artículo 176 del Código Civil (redacción de 1958)*, que exigía el *consentimiento* de las personas «que debieran darlo para su matrimonio» —lo que implicaba igualmente que tal consentimiento era una *derivación* de la patria potestad (o tutela, en su caso)— y la *audiencia* de los «más próximos parientes, si fuesen *conocidos*» —cuando el menor estuviese sujeto a la tutela de un establecimiento benéfico—. La sanción establecida en el párrafo 3.º de dicho artículo 176 —caso de *incumplimiento* de tales requisitos— era la de la *nulidad* de la adopción. *Este fue el caso del supuesto litigioso, como he expuesto más arriba*, de manera que en el pleito este artículo 176 del Código Civil tuvo una importancia fundamental. En relación con este punto ha podido con exactitud distinguir CASTRO LUCINI —en cuanto al art. 176 CC citado— entre su aspecto *sustancial* y su aspecto formal (86). En este lugar, relativo al juego de *consentimientos* necesario para la adopción, sólo es el aspecto *sustancial* el de valor decisivo, ya

(84) Para un planteamiento como el citado, véase BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 266 y 270, con el que —salvo mínimos detalles— sustancialmente coincide.

(85) Véanse CANO REVERTE, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 419 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 222 y ss. Recientemente, BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 314 y ss., especialmente 319 y ss. y 231 y ss., para quien la exigencia del consentimiento de los padres obedece a la *patria potestad*, ya que a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) a la *patria potestad*, ex artículo 169-3.º del Código Civil. En cuanto a los denominados por el autor citado consentimientos 'genéricos', me remito a lo escrito más arriba en orden a la madre natural (perfil *estructural*).

(86) Véase en A. D. C., 1973, cit., págs. 1239 y ss. y 1248 y ss.

que es el tema básico que constituye la «ratio decidendi» de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo (87).

En el caso de autos se pretendía por los recurrentes que los *presupuestos* necesarios para la 'audiencia' de los padres naturales eran o bien la inexistencia de abandono, o bien que fuesen 'conocidos' por la Administración benéfica. Lo cual *presuponía equiparar* el abandono al 'desconocimiento' por la Administración. Lo cual *implicaba* un estricto *deber de diligencia* por parte de la Administración benéfica (el art. 176 CC decía que «la Administración... haciendo las comprobaciones necesarias...»). Pero esta tesis de los recurrentes no es correcta, como ha demostrado F. CASTRO LUCINI, ya que ni siquiera en el caso de abandono la ley decía que no deban ser oídos los padres (88).

Los *hechos probados* en este litigio, sentados por la Audiencia y recogidos por el Tribunal Supremo, eran demostrativos de la *inexistencia* de abandono y del *conocimiento* de los padres naturales por la Administración benéfica. Lo que llevaba a la preceptiva exigencia de que los padres fueran *oídos*, cosa que no se hizo. Por ello, está plenamente fundada la sentencia del Tribunal Supremo (considerandos 1.º, 3.º y 4.º). En cuanto a *cuál fuese el tipo de 'conocimiento' requerido* (cierto o indubitado, probable, posible), entiende CASTRO LUCINI que el conocimiento exigido por el antiguo artículo 176 del Código Civil (*hoy*, art. 174) es el *posible*, de manera que es suficiente una *manifestación* responsable y consciente de una persona en base a la cual surge la *obligación de diligencia* del centro benéfico de hacer las comprobaciones necesarias (89).

b) Las declaraciones de voluntad

Se ha dicho más arriba que la adopción es un negocio jurídico bilateral familiar sometido al control estatal que genera un nuevo estado civil (90). Y como tal negocio, sus *elementos integrantes* son el consentimiento, el objeto y la causa, elementos que posibilitan que la adopción aparezca en la realidad jurídica. El *consentimiento* negocial aparece estructurado como una serie de declaraciones de voluntad cuya *causa* es el propósito o fin empírico-práctico de *crear* una filiación adoptiva. El consentimiento negocial queda y permanece como *un acto privado* —hoy por hoy—, si bien sometido a un 'control' público.

¿*Ante quién* se debe prestar el consentimiento negocial necesario para la adopción? Para los que entienden que la adopción es un *acto judicial*, es evidente que debe prestarse ante el Juez. Para los que defienden que la adopción es un *acto privado*, debe prestarse ante el Notario. Como el tema es inacabado e inacabable, luego volveré sobre ello. Me reafirmo en mi idea precedente de que la adopción viene a ser un procedimiento de derecho privado con un 'cierto' control público.

Las declaraciones de voluntad tendentes a la adopción tienen el carác-

(87) En este sentido, CASTRO LUCINI, *op. cit.*, pág. 1239.

(88) Véase *op. cit.*, págs. 1246 y ss. La interpretación dicha está más claramente dibujada con la reforma de 1970, en los artículos 173 y 174, que exigen dicha 'audiencia' de los padres naturales, incluso en el supuesto de abandono.

(89) Véase *op. cit.*, págs. 1248 y ss.

(90) En este sentido, véase CUEVAS, *op. cit.*, págs. 399 y 419 y ss.

ter de *personalísimas*, lo que no es obstáculo para que se puedan realizar a través de un representante con poder especial (91).

De la normativa actualmente aplicable a la adopción (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil) no aparece en ningún precepto que el *consentimiento negocial* se presta ante el Juez (92), ya que el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente habla de 'escrito' *solicitando* la licencia judicial (*sic*) (art. 1.825), de que 'podrán suscribir la *solicitud*' (art. 1.826, 1.º) —en cuyo caso se *ratificarán* en ella ante el Juez—, y únicamente en *caso que no la hubiesen suscrito* deberán dar su consentimiento a presencia del Juez (art. 1.826, 2.º). De manera que lo importante y decisivo es el *escrito* presentado ante el Juez, quien se limita a conceder la autorización y licencia *para que se lleve a efecto la adopción* (art. 1.831, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En sentido concorde con lo expuesto, «*el consentimiento negocial puede ser prestado en documento fehaciente aportado a los autos*», según entiende la Fiscalía del Tribunal Supremo en Circular de 20 de abril de 1971 (93), *lo que evidencia que tal consentimiento no se formalizó ante el Juez*. Por otra parte, aunque sea anticipar ideas, todas las actuaciones de la jurisdicción voluntaria suelen ser encuadradas en tres grandes grupos —autorizaciones y complementos de capacidad, declaraciones de derechos y situaciones jurídicas, fijación o constatación de hechos—, y parece claro que la actividad jurisdiccional en tema de adopción pertenece al *primer grupo*, relativo a las *autorizaciones y complementos de capacidad*. La *inidoneidad* de un acto de jurisdicción voluntaria *para ser vehículo formal* de una prestación de consentimiento negocial parece incuestionable a la luz de los principios, si se apartan prejuicios y dogmatismos estériles.

La *ausencia* de cualquiera de las declaraciones de voluntad constituye un *defecto esencial* del expediente de adopción, que determina la *nulidad* del mismo (94). Esto ocurrió exactamente en el supuesto litigioso, según se expuso precedentemente.

c) Otras audiencias

La reforma de 1970 establece la nítida separación entre personas que deben prestar su consentimiento y personas que deben ser oídas. La distinción entre 'consentimiento' y 'audiencia' ha sido analizada con exhaustividad por la doctrina, a la que me remito (95).

En el supuesto litigioso, la *inexistencia* del 'consentimiento' y de la 'audiencia' de los padres naturales son determinantes de la *nulidad* del expediente de adopción, que conlleva la nulidad de *todas* sus fases procedimentales.

(91) Así, en BEROVITZ, *op. cit.*, págs. 327 y ss. véase allí la cita de los ordenamientos de Alemania (párrafo 1750 B. G. B.) y de Italia (art. 311 del Código Civil), donde la representación está prohibida.

(92) En contra, BEROVITZ, *op. cit.*, pág. 328, basándose en el artículo 1.826 LEC. Pero la dición del antiguo artículo 176-1.º del Código Civil («expediente en el que necesariamente se manifestará a *presencia judicial* el consentimiento») no ha subsistido en la actual redacción de los artículos 173 y 174 del Código Civil.

(93) Véase su *apartado* núm. 2.º en BEROVITZ, *op. cit.*, pág. 328, nota 36.

(94) Así, en BEROVITZ, *op. cit.*, pág. 331, con cita del A. 176-3.º del Código Civil en su redacción anterior, *vigente* en el momento del litigio comentado.

(95) Véanse MANTECA, *op. cit.*, págs. 222 y ss. y 231 y ss.; BEROVITZ, *op. cit.*, págs. 320, 326 y 338.

B) *Presupuestos objetivos*

En este apartado no puedo detenerme en todos los presupuestos objetivos de una adopción, sino en los más relevantes en conexión con el supuesto litigioso. En concreto, voy a referirme a la situación de abandono y a la conveniencia del adoptando.

a) *La situación de abandono*

He aludido a esta *situación fáctica* al analizar la dimensión *estructural* de la adopción. Aquí habrá una referencia más técnica a esta situación, siempre en conexión con el supuesto litigioso y con remisión a los comentarios de la doctrina (96).

Anteriormente he aludido a los distintos *supuestos* de abandono y a su conexión con el supuesto litigioso, en que *no existió* un abandono con plena y libre voluntad de los padres naturales, de manera que la 'aparición' de abandono inicial debió dejar paso a la 'audiencia' de los padres en el expediente promovido por la institución benéfica (97).

La normativa vigente en orden al *abandono* está contenida en el artículo 174 del Código Civil, que establece en sus diversos apartados: la audiencia de los padres o tutores, el concepto general de abandono, el abandono en una cosa o establecimiento benéfico, el plazo para la valoración del abandono y la declaración de abandono por el Juez (98). Destaca la doctrina cómo queda claro que el abandono se relaciona exclusivamente con una *situación de hecho de desatención* del adoptando menor, sin perjuicio de que coincida o no con relaciones legales de filiación (99), y que *lo más frecuente* es que no se conozca a los padres naturales o que éstos no se presenten en el expediente de adopción, citando al efecto las *Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 26 de mayo de 1973*, que aquí se comentan.

De la normativa vigente (art. 174 del Código Civil) y del supuesto litigioso se extrae la *idea principal* de las *peculiaridades* que presenta esa *presunción legal de abandono contenida en la entrega del menor en establecimiento benéfico*. Peculiaridades acrecentadas por la especial tipicidad del supuesto litigioso, en que la entrega la efectúa una *tercera persona* y no los padres naturales, con la *repercusión* en orden a la responsabilidad consiguiente para todos los implicados en la operación. Otra peculiaridad era la de *si* ese abandono concreto en establecimiento benéfico *podía ser revocado* —denunciado en el *motivo 3.º* del recurso de casación de los padres adoptantes— (100). La reducción del plazo a *treinta días* es apuntada por BERCOVITZ como posible origen de supuestos en que las madres naturales se vean privadas de sus hijos sin tener plena concien-

(96) Véanse CANO, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; CASTRO LUCINI, *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1231 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 339 y ss.

(97) Así, en CASTRO LUCINI, *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1238 y ss., quien ciertamente apostilla «se demuestran aquí los peligros de dejar la instrucción del expediente al cuidado del establecimiento, que es también parte interesada en la adopción».

En orden a las posibles *amenazas y coacciones* del padre de la demandante (madre natural) y al *consentimiento no expreso o no oposición inicial al depósito de la niña* por parte de la madre, que deduce CASTRO LUCINI (véase *op. cit.*, pág. 1237), no aparecen en el texto literal de la sentencia, al menos en el que me fue remitido por la Revista.

(98) Véase BERCOVITZ: «Comentario al artículo 174 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 336 y ss.

(99) Así, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 343.

(100) Lo plantea CASTRO LUCINI, *op. cit.*, pág. 1239, resolviendo la cuestión en sentido afirmativo.

cia de ello o en circunstancias cuestionables (101). Otra particularidad es la relativa a la *tutela* ejercida por el establecimiento benéfico cuando la filiación es desconocida: de un lado, habrá que adaptar el artículo 173, 2.º, D —prestar consentimiento— a la nueva regulación de la tutela en su artículo 239, que tiene una dicción *dispositiva* ('podrán') y no imperativa; de otro lado, al no mantenerse la dicción del antiguo artículo 212 (*representación en juicio* correspondiente al Ministerio Fiscal), se plantea la duda de si la eliminación del inciso ha sido voluntaria y deliberada o bien obedece a un *lapsus* legislativo, porque es evidente que el expediente de adopción no es un «juicio» a los efectos expresados (102). Finalmente, en cuanto a la *declaración por el Juez* de la situación de abandono, reina sobre este punto una absoluta orfandad legislativa y las opiniones son múltiples y dispares: para unos, habrá un especial pronunciamiento previo por auto en el mismo procedimiento (*sic*) adoptcional (103); para otros, «no resulta lógico que se declare la situación de abandono para luego rechazar la adopción. Sobre todo si, como parece lo normal, ambas cuestiones se declaran en el mismo auto» (104), e incluso se apunta la posibilidad de que «no se haga en el acto de adopción una declaración expresa sobre la situación de abandono, sino que dándola por existente, se proceda en consecuencia con respecto a la opinión de los padres por naturaleza» (105); otros, con excelente técnica, distinguen entre el auto dictado en el expediente inicial y el auto aprobatorio de la adopción (106); finalmente, para cerrar este punto, parece que la práctica muestra una disparidad absoluta entre el expediente previo de adopción —sobre todo, el tramitado ante el establecimiento benéfico— y el acto de jurisdicción voluntaria sobre la adopción, lo que, en principio, podría equivaler a que la fase del expediente sea normada por las reglas generales típicas del procedimiento administrativo en general (107) que tienen prevista la serie de recursos correspondientes, en tanto que la fase judicial se rige por la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.819 y sigs.).

En el supuesto litigioso no aparece por ninguna parte referencia a la declaración de la situación de abandono de la niña recién nacida adoptada. No sabemos cómo, por qué, cuándo y quién emitió su decisión a tal respecto. Decisión que se tomaba, evidentemente, en contra de los padres naturales y sin haberles oído en el expediente.

b) La conveniencia del adoptando

La conveniencia del adoptando como requisito genérico de la adopción figuraba en el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («... y que es útil al adoptando»). Fue introducido por la ponencia que elaboró el texto de la Ley de 1970, añadiendo un último párrafo al artículo 173, relativo a la «procedencia de la adopción» cuando el adoptante tuviera hijos,

(101) Así, *op. cit.*, pág. 345. Apunta también que para la adopción de recién nacidos se utiliza la vía fraudulenta de la simulación de parto *op. cit.*, pág. 345, nota 19.

(102) En este sentido, MANTECA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.

(103) Así, FERNÁNDEZ y MARTÍN GRANIZO: «La adopción», en A D C, 1971, pág. 769; ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: «El abandono y su declaración judicial en orden a la adopción de menores abandonados», en R D P., 1978, págs. 379 y ss.

(104) Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 349 (subrayados míos: J C G.).

(105) Véase BERCOVITZ, *op. cit.* en nota precedente (subrayados míos: J. C. G.).

(106) Implícitamente, en MANTECA, *op. cit.*, págs. 250 y ss.

(107) Contenidas en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

que posteriormente fue *sustituido* por el de «conveniencia» para el adoptado» (108).

Para BERCOVITZ, «la conveniencia del adoptando implica, como es lógico, una ponderación equilibrada de todos los intereses en juego. En la medida en que la adopción no responda a semejante equilibrio, repercutirá también de forma negativa en el adoptando», y expone su opinión de que «los intereses económicos, siendo importantes, no son los únicos, ni siquiera los principales (al menos, siempre) que el Juez habrá de tener en cuenta» (109). Añade que el procedimiento de adopción previsto por nuestro ordenamiento es *insuficiente* por lo que se refiere a suministrar suficientes (*sic*) elementos de juicio al Juez (110), y que es un procedimiento *inquisitorial* en el que el Juez podrá y deberá recabar todo tipo de información a los efectos de valorar *discrecionalmente* la conveniencia de la adopción, de manera que queda confiado a la iniciativa del Juez un amplio campo de investigación. Para el autor citado, «un procedimiento inquisitorial *presupone* siempre cierto margen de arbitrio judicial. Es esencial para que el mismo se ajuste a sus funciones. Pero aquí el margen es, a todas luces, excesivo» (111).

Para MANTECA, es el mismo concepto de adopción el que conlleva la exigencia *tácita* del requisito de la 'conveniencia del adoptando', conveniencia que ha de ser *puramente objetiva* y que requiere una *calificación judicial*. El fundamento de tal calificación judicial reside en que se trata de una calificación y control sobre el fondo o 'causa' de la adopción y responde al actual control público por órganos estatales de toda adopción (112).

En el *súpuesto litigioso* este requisito acerca de la 'conveniencia del adoptando' no aparece como comprobado y cotejado en la exposición literal de la sentencia. Queda en el aire cómo y por quién se efectuó dicha calificación.

A mi juicio, éste inciso 'conveniencia del adoptando' viene a significar lo mismo que una regla de contenido *indeterminado*, contenido a completar por el Juez *teóricamente* (113); es una regla inserta *dentro* de un trámite inicial esencialmente *administrativo*, lo que, en principio, remite al campo del Derecho administrativo y a la discrecionalidad (114). No parece descabellado pensar que en la mayoría de las veces la *calificación* acerca de esa 'conveniencia' se ha operado *antes que y fuera* de la inter-

(108) Véase en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 332, el desarrollo legislativo de este inciso del precepto, hasta la reforma de la Ley 11/1981.

(109) Véase *op. cit.* en la nota precedente, pág. 333 (subrayados míos: J. C. G.).

(110) Véase *op. cit.*, págs. 333 y ss., donde señala los *fallos principales*: la inexistencia de un período de prueba entre adoptante y el adoptado (previsto en Alemania, Francia e Italia), el reducido elenco de personas que deben ser oídas y la inexistencia de *órganos públicos especializados* dedicados a tramitar y controlar esos contactos iniciales.

(111) Véase *op. cit.*, pág. 336 (subrayados míos: J. C. G.) y la referencia precedente a la importancia de los intereses económicos en juego derivados de los derechos sucesorios.

(112) Véase MANTECA, *op. cit.*, págs. 211 y ss. (subrayados míos: J. C. G.). Para una profundización de la evolución del contrato público sobre la adopción: es indispensable la remisión a E. BUSSI (*op. cit.* en nota 76, anterior), y sobre la *reserva al Emperador de la facultad de arrogar*, la cita que hace de ERCOLE: *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del rinascimento*, Bologna, 1911, especialmente págs. 186 y ss.

(113) Ya vimos que en la *práctica* el establecimiento benéfico es quien decide y actúa inicialmente, limitándose la actividad jurisdiccional a recoger y dar por buenas las actuaciones precedentes.

(114) Para una ampliación de este punto puede verse la espléndida monografía de F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1979. Acerca de la discrecionalidad judicial, véase REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, especialmente págs. 16 y ss., en especial las págs. 18 y ss. (calificando el supuesto de adopción de discrecionalidad judicial pura), y pág. 35.

vencción judicial, máxime en los supuestos de niños recién nacidos (115), y con *criterios* objetivamente desconocidos y subjetivamente discrecionales.

C) *Presupuestos formales*

Me refiero en este lugar a la serie de requisitos que afectan a la forma de dar vida a la adopción, en conexión con el supuesto litigioso en su caso, y por el mismo orden en que aparecen: la tramitación del expediente inicial, la intervención judicial, la escritura pública y la inscripción en el Registro Civil.

a) *La tramitación del expediente inicial*

Ni en el Código Civil ni fuera de él existe una normativa adecuada de los trámites *previos* al expediente de adopción, ni un control eficaz de los mismos, asegura BERCOVITZ (116), quien entiende que el Código ha conservado el sistema *tradicional* de que en la adopción de los acogidos en establecimientos benéficos la tramitación del expediente se encomienda a la administración de los mismos. Para dicho autor, la supresión del inciso del párrafo 2.º del artículo 176 [redacción de 1958] y la no inclusión de norma similar en la reforma de 1970, han de interpretarse en el sentido de que tales establecimientos benéficos *deben continuar* instruyendo los expedientes, y para ello utiliza los siguientes argumentos: el principio de 'máxima protección del menor', la no prohibición en el nuevo texto, el de que con otro criterio se llegaría al absurdo de dejar sin efectividad el propósito legislativo, el de conservación del criterio tradicional que inspiró la Ley de 17 de octubre de 1941 y la Ley de Reforma del Código Civil de 1958 (117).

Diversamente, entiende CASTRO LUCINI que —*quizá en base a los peligros de dejar la instrucción del expediente al cuidado del establecimiento benéfico, que es también parte interesada en la adopción— «la reforma de 1970 ha suprimido el párrafo 2.º del antiguo artículo 176... Al haber suprimido este párrafo y manifestar el final del artículo 174 que 'la situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción', parece que es el propio Juez quien será competente para instruir la adopción de los acogidos en centros benéficos, cualesquiera que éstos sean»* (118).

Los autores citados se han ocupado del tema de los *adoptandos sometidos a la tutela de un establecimiento benéfico*, pero no de los adoptandos depositados en *cualquier otro centro* o en manos de una persona física. Parece que en estos últimos supuestos debería, *teóricamente* al menos, corresponder la *instrucción* del expediente al Juez competente para entender de la adopción, lo que enlaza con el tema de la *declaración* de la situación de abandono antes visto y con las prácticas denunciadas en su momento.

Desde el punto de vista de que la instrucción corresponde al *Juez com-*

(115) Me remito a lo escrito antes sobre el perfil *estructural* de la adopción.

(116) Véase *op. cit.*, pág. 270.

(117) Véase *op. cit.*, «Comentario al artículo 174 del Código Civil», págs. 350-357. En cuanto al tema de los argumentos empleados, véase G. TARELLO: *L'interpretazione della legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1980, págs. 341 y ss., especialmente 350, 357, 367 y 369.

(118) Véase su *Comentario* a esta sentencia en *A. D. C.*, 1973, págs. 1238 y ss.

petente, tanto en el caso de los acogidos en establecimiento benéfico como en otros supuestos posibles, parece que la tramitación y fases procedimentales serán las señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1.825 y sigs.).

Desde el punto de vista de que la instrucción corresponde al *Director del establecimiento benéfico* —en cuanto a los adoptandos en él acogidos—, se opina que *«la cuestión del procedimiento a seguir... no debe ofrecer dudas ni dificultades. La administración de dichas instituciones puede, ateniéndose a las normas administrativas por las que se rigen (sic), completadas con... practicar la correspondiente información en la que conste cómo resultado de la misma el parecer del establecimiento acerca de la adopción solicitada»*... (119). A pesar de tales afirmaciones, no parece muy convencido BERCOVITZ de la bondad del sistema cuando denuncia *dos consecuencias* prácticamente inevitables: *una*, la ausencia total de *coordinación* entre dichos centros benéficos a los efectos de seguir unos criterios homogéneos; *otra*, la ausencia de *garantías* suficientes en la selección de los hipotéticos adoptantes, efectuada por personas no calificadas y no sometidas a control alguno.

Desde el punto de vista del *Derecho comparado*, la tramitación del *expediente previo* al acto jurisdiccional ha sido encomendada a diversos organismos especializados. Así, en *Alemania*, la 'Ley de Mediación de la Adopción' (AVG), de 2 de julio de 1976, dispone que se creará una red de oficinas de 'Mediación de la Adopción,' controladas por la 'Oficina de Protección de Menores' (JUGENDAMT) y autorizadas expresamente para la mediación entre los adoptantes y el adoptado (o sus representantes legales). Tales oficinas públicas pueden también ser *creadas* por instituciones privadas (confesionales o no), siempre que sean *reconocidas* por la autoridad competente. Las oficinas citadas tienen la *función de asignar* los adoptantes idóneos al adoptando y de comprobar si la adopción en concreto ofrece garantías de éxito. Fuera de dichos centros autorizados queda prohibido a toda otra persona gestionar una adopción, con excepciones que señala el parágrafo 5, 1, 2 (120). El sistema se culmina con una 'Oficina de Mediación Central'.

En la legislación de *Italia* esta tramitación inicial corresponde al llamado 'Juez tutelar' o Juez especial de menores, que, entre otras audiencias, debe contar con la del 'Instituto de Asistencia' correspondiente al domicilio del menor (121). Con todo, la más moderna doctrina italiana es propensa a 'desjurisdiccionalizar' y a 'administrativizar' las problemáticas familiares, siguiendo a la generalidad de los ordenamientos de las sociedades industriales evolucionadas (122), e incluso se habla de una *conexión y cooperación* entre órganos jurisdiccionales y aparatos del 'servicio social' cuando está en juego la posición de los menores; en este sentido, hablan algunos de un 'curador especial' elegido *de entre* las estructuras

(119) Así, en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 351.

(120) Véase en A. LÓPEZ CABALLERO, S. J. «La adopción en Alemania», en R. G. L. J., tomo LXXXII, núm. 5, mayo 1981, págs. 561 y ss., especialmente 567 y ss.

(121) Véase A. PINO: *Il diritto di famiglia*, ed. CEDAM, Padova, 1977, págs. 217 y ss., especialmente 225 y ss.

(122) Así, expresivamente, titulando el epígrafe «De la jurisdicción a los servicios sociales», E. ROPPO: *Il giudice nel conflitto coniugale*, ed. Il Mulino, Bologna, 1981, págs. 378 y ss., con cita de J. C. XUEREB: «La giurisdizione specializzata per i minori: una istituzione del passato o una soluzione per l'avvenire?», en *Esprised*, 1978, núm. 4, págs. 50 y ss.

del 'servicio social para la infancia', y otros de un 'defensor cívico de los menores' dotado de extensas competencias (123).

A mi juicio, y desde el punto de vista de la práctica, parece que toda esta fase inicial de tramitación del expediente de adopción es una fase 'prejudicial' carente del más mínimo requisito de objetividad e imparcialidad —sobre todo, cuando la instrucción corre a cargo de un establecimiento benéfico—. Como fase 'prejudicial' que es, en principio suele estar *normada* —en la mayoría de las veces, tratándose de establecimientos benéficos— por las obsoletas disposiciones reglamentarias de tales centros. Lo que equivale a una inserción plena en el campo del *procedimiento administrativo general*, ya que tales centros benéficos tienen la consideración de *órganos provinciales (o locales)* de la beneficencia oficial, dependientes de una Administración provincial o local sometida, en consecuencia, al dictado de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (124).

Esto sentado, parece que tendrán su directa e inmediata aplicación los denominados *principios generales* del procedimiento administrativo (125), de entre los que interesa señalar aquí el del *carácter contradictorio* del procedimiento administrativo (art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo), que implica la posibilidad de *que se hagan* valer los distintos intereses en juego, y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados *en presencia* de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva. Mucho me temo que dicho principio brilla por su ausencia en más del 90 por 100 de los supuestos de instrucción de expedientes de adopción por centros benéficos.

Por otro lado, considerada toda esta fase inicial *como lo que es, típico procedimiento administrativo* (126), la *competencia* (127) atribuida al correspondiente órgano administrativo *es el antecedente de la potestad* que, dinámicamente, origina en su ejercicio una serie de relaciones jurídicas

(123) Vide ROPPO, *op. cit.*, págs. 384 y ss., especialmente nota 108, y allí la cita de G. SALMÈ «Dalla parte dei figli», en *Pol. del dir.*, 1980, págs. 30 y ss., F. UCCELLA. «Spunti preliminari alla istituzione del difensore cívico dei minori», en *Giust. civ.*, 1980, II, págs. 301 y ss., y M. DOGLIOTTI. «Intervento, pubblico e diritti del minore. Assistenza, giustizia, emarginazione», en el volumen colectivo *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (a cura de M. DE CRISTOFARO y A. BELVEDERE), Milano, 1980, pág. 173.

Todas estas ideas parece que nos retrotraen a la figura *histórica* en el Antiguo Reino de Aragón conocida como el 'Padre de Huérfanos'. Véase sobre el tema, F. ROJAS: *El Padre de Huérfanos de Valencia*, ed. Hijos de Vives Mora, Valencia, 1927. «oficio creado por privilegio del Rey don Pedro II en 1338, con su tribunal, escribano y depositario; lo desempeñaba un *notario*» (subrayado mío: J. C. G.). En relación con este punto, últimamente, véase RICO PÉREZ: «El 'Ombudsman' de Menores», en *Revista La Ley*, núm. 594, 18 enero 1983, COBO MEDINA: «Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España», en *Revista Menores*, año I, núm. 2, marzo-abril 1984, págs. 16 y ss.; VACAS GARCÍA-ALÓS: «En torno a la figura del defensor de menores», en *Revista Menores*, núm. 3, mayo-junio 1984, págs. 66 y ss. El Estatuto de Autonomía para ARAGÓN (art. 33) ha reimplantado la vieja figura del 'Justicia Mayor', con misión de defensa de los derechos individuales y de lejano parentesco con el 'Padre de Huérfanos' medieval.

(124) Véase el artículo 1.4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que «esta Ley será supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales».

(125) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1977, págs. 376 y ss.

(126) Característica que podría *también* mantenerse para los supuestos —raros— de instrucción inicial judicial: véase luego, respecto de la jurisdicción voluntaria, lo que se dirá al respecto.

(127) En *Derecho Público* la idea de *capacidad* es sustituida por la de *competencia*, así como la idea de '*persona jurídica*' por la de *órgano* dotado de potestad. De ahí que no me parezcan apropiadas las calificaciones de CASTRO LUCINI acerca de «la imputabilidad a la persona jurídica de los actos ilícitos (civiles o penales) realizados por sus órganos o representantes»: véase *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1224 y ss. El órgano no tiene por qué tener responsabilidad, porque al órgano le es atribuida otra cosa: la competencia.

concretas (128). Aceptando como *presupuesto*, o bien la *actividad jurisdiccional* en jurisdicción voluntaria (arts. 1.825 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien un *órgano administrativo local* creado con competencias para la instrucción del expediente de adopción (el *típico* centro benéfico), aparece claramente la *potestad* como atribución *ex lege* y con una serie de aspectos reglados y discrecionales. Es precisamente este aspecto *discrecional* de la potestad del órgano (judicial, administrativo) el que puede originar problemas (128 bis), que deben tener solución partiendo de la *idea fundamental de que la potestad discrecional implica necesariamente una adecuación al principio de legalidad* a través del ajuste a la ley, del ajuste a la finalidad de la potestad, del ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley y del ajuste a los principios generales (129).

Finalmente, desde el punto de vista del *supuesto litigioso*, el tema de la competencia y del órgano administrativo aparecían desarrollados perfectamente y con claridad en los *motivos 5.º y 6.º del recurso de la Diputación Provincial*, y en menor escala, en los *motivos 1.º y 2.º del recurso de los adoptantes*. El Tribunal Supremo los rechaza *sin entrar en el fondo del tema*, fundamentalmente «porque aun en el supuesto de ser aceptados, no producirían el efecto de *alterar* la parte dispositiva de la sentencia impugnada». Conviene recordar que la demanda estaba fundamentada en la *falta de comparecencia* del Director del centro benéfico en la escritura pública, defecto en la tramitación del expediente que acarrea la nulidad de la adopción *en base al último párrafo del artículo 176 entonces vigente* (aspecto *formal* de dicho precepto, en la terminología de CASTRO LUCINI). La cuestión la centra CASTRO LUCINI en si debe o no ligarse con el tema de la naturaleza de la adopción y considerando que el consentimiento de dicho funcionario *fue prestado anticipadamente* con la entrega de la niña, remitiéndose a la legislación notarial (130).

A mi juicio, toda la argumentación del *recurso de la Diputación Provincial —motivos 5.º y 6.º—* era y sigue siendo válida y correcta, dado que la *competencia* se refiere al órgano administrativo y no al funcionario, y dado que la *suplencia* implica una sustitución puramente personal en la titularidad de un órgano (prevista en el art. 15 de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 13, 9, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Es evidente que el *órgano que dicte un acto ha de ser el competente por razón del territorio, de la materia y de la jerarquía* y no otro órgano, y que *una cosa* es la incompetencia del órgano y *otra cosa* es la suplencia de la persona física titular del mismo (131). Dejo apuntadas estas ideas en este lugar a mayor abundamiento, dado que ni los motivos ni los considerandos que los rechazan fueron *ratio decidendi* del pleito.

(128) Para todo ello, y cuanto subsigue, véase VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo Parte General*, UNED, Madrid, 1974, tomo I, págs. 159 y ss.

(128 bis) Véase en tal sentido REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Madrid, 1980, págs. 181 y ss.

(129) Así, en VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, págs. 172 y ss.

• (130) Véase *op. cit.*, págs. 1257 y ss.

(131) Así, en VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, págs. 231 y ss., y tomo II, págs. 68 y ss.

b) *La intervención judicial*

He caracterizado anteriormente a la adopción como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública. Actualmente esta intervención pública se manifiesta mediante el *control judicial*, que opera conforme a las reglas de la *jurisdicción voluntaria* (arts. 1.825 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dado que aquí se opera en vía no dogmática y en *función* del supuesto litigioso, no me voy a referir al tema de si la adopción es acto judicial, ni al del momento perfectivo de la adopción, ni a cuál sea el elemento esencial o constitutivo de la misma. Me voy a limitar más modestamente a preguntar acerca del *porqué* de ese control judicial (haciendo recurso del criterio *histórico* para ver 'cuándo' aparece) y acerca del *qué* de tal control (yendo a buscar la 'esencia' de esa actividad judicial con un repaso rápido a las posiciones doctrinales al respecto).

1. *Criterio histórico*

Entre los *antiguos pueblos arios del Indostán* ya aparece la adopción como consecuencia de la necesidad de perpetuar el culto doméstico (132). No parece que fuera necesaria la intervención pública.

Entre los *babilonios y asirios*, la adopción aparece regulada desde la más remota antigüedad. La adopción —*marutu*— es un contrato que exige escritura pública y entrega efectiva del adoptado (133). El *Código de Hammurabi* dedica a la *marutu* los párrafos 185 a 193, preceptos de difícil comprensión y objeto de interpretaciones diversas por los especialistas (134). Al parecer, el fundamento es el mismo, el de la familia doméstica y los cultos familiares.

Entre los *hebreos* no se encuentra referencia alguna a la adopción, ausencia quizá explicable porque la ley del levirato la hacía innecesaria (135). Ello no obstante, pueden rastrearse una serie de preceptos relativos a los *huérfanos* en la curiosa recopilación de los talmudistas (136).

Entre los *egipcios*, la adopción —*zesis*— tiene un carácter eminentemente patrimonial y sucesorio y se lleva a cabo redactando un documento (presumiblemente notarial) (137).

Entre los *griegos* aparece la adopción como un acto excepcional con finalidades sucesorias en orden a la perpetuación del culto familiar (138).

Entre los *romanos*, el nombre de adopción responde a preocupaciones tan alejadas de las actuales que no nos es posible comprender su verdadera naturaleza si no nos trasladamos a aquel ambiente, a aquel mundo. La adopción se subdistingue en *adoptio* (adopción propiamente dicha) y *adrogatio*, pero una y otra expresan sólo la agregación de un extraño

(132) Así, en el *Manava-Dharma-Sastra*, cit. de BONILLA SANMARTÍN (*op. cit.* en nota 42 precedente).

(133) Así, en RODRÍGUEZ ENNES *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, págs. 22-25.

(134) Véase *Código de Hammurabi*, de F. LARA PEINADO, Editora Nacional, Madrid, 1982, páginas 113 y ss., y las *notas* del comentarista números 482 y ss., en págs. 233 y ss. Véase también RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, y allí la cita de GAUDEMET, CRUVEILHIER, FURLANI, MAZZARELLA, DAVID, SCHUPFER y SAN NICOLÒ.

(135) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 21-22.

(136) Véase *La MISNÁ*, ed. de C. DEL VALLE, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 1417, y allí las citas.

(137) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 25-26, y notas 16 y 17.

(138) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 27-28 y nota 25.

elegido para acrecentar el grupo familiar (139): bien sirven para evitar la extinción de las grandes familias de la República, bien para designar sucesor en el Principado, bien para pasar de la clase de los plebeyos a la de los patricios. *En ningún caso es institución idónea para realizar una relación de filiación.* Comoquiera que aquí lo que interesa es la *intervención pública* en la adopción, me limito a consignar los requisitos *de forma en cada época* de la historia del Derecho romano: a) En la *época arcaica*, es la *'adrogatio'* la más antigua y primera históricamente, consistente en la propuesta —*rogatio*— que el Presidente de la asamblea de 'comicios curiados' dirigía al pueblo en el sentido de si aprobaba o rechazaba la sumisión de un ciudadano a la potestad de otro, y tras la aprobación el adoptado hacía la *detestatio sacrorum* o renuncia al propio culto familiar (140), sin que existan reglas expresas al efecto, ya que se trata de un acto legislativo (*lex curiata*) realizado *populi auctoritate*. Por su parte, la *'adoptio'* aparece después de las *XII Tablas* y consiste en un acto jurídico especial de carácter *privado*, en cuya virtud —y por aplicación del viejo precepto *decemviral* sobre el *ius vendendi*— se procedía por tres veces consecutivas a la venta del hijo por el padre a favor de un tercero con el *pactum fiduciae* de manumitirlo, pero la tercera venta no iba seguida de manumisión, sino de *una segunda fase de adquisición de la patria potestad por el adoptante*, que es el verdadero *acto de adopción*: acto que reviste la forma de una *in iure cessio*, *proceso fingido* por el que el adoptante ejerce una acción imaginaria —*vindicatio in patriam potestatem*— contra el antiguo *pater familias*, por la que reclama como suyo al hijo que quería adoptar, resolviendo el *pretor* la disputa adjudicando el hijo al nuevo *pater*. Es aquí donde aparece por vez primera la intervención judicial (*imperio magistratus, veluti praetoris*) (141). b) *Epoca del Derecho clásico*: la institución, bajo las dos formas citadas, perdura con similares características. La *'adrogatio'* queda bajo el control del Colegio Pontifical, ya que la intervención del pueblo no tenía valor real, y solamente podía operarse en Roma (142). La *'adoptio'* conserva su primitivo formalismo durante toda esta época, y pasa a convertirse en Derecho de todo el Imperio con el Edicto de Caracalla (año 212). Limitándonos a la *'adoptio'*, si en la etapa inicial aludida el adoptado —al ingresar en la familia adoptiva— rompía todos sus lazos con su familia originaria, en esta época clásica el *pretor* eliminará los inconvenientes introduciendo el nuevo parentesco de la *cognatio* y decidiendo que, si el adoptado entra

(139) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 46 y ss., con una perfecta descripción de las diversas etapas de la vida de esta institución, a quien sigo sustancialmente en lo pertinente al tema.

(140) Desaparecidos los comicios curiados, la representación de éstos recaía en 'treinta lictores', cuyo consentimiento queda como una formalidad, mantenida durante toda la *época clásica*. Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 46-53; R. SOHM (rev. MITTEIS-WENGER) *Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia y sistema)*, trad. de W. ROCES, Ed. R. D. P., Madrid, 1928, págs. 487 y siguientes; B. BIONDI *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.^a ed., Milano, 1965, págs. 554 y ss.

(141) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 53-54; SOHM, *op. cit.*, págs. 487 y ss.; BIONDI, *op. cit.*, págs. 537 y ss. Hacen notar los autores citados que «el magistrado —a diferencia de los Pontífices respecto a la 'adrogatio'— no ejercía aquí ningún control sobre la oportunidad del acto», y que podía la adopción celebrarse «en cualquier lugar en que hubiera magistrado romano con plena jurisdicción»; por lo tanto, *también en las Provincias ante el Gobernador* (véase GORDIANO, C., 847.1.)» El procedimiento es calificado por RODRÍGUEZ ENNES de «tortuoso e inútilmente complicado», explicable por el primigenio carácter de la familia romana y por el significado de *cambio real de ciudadanía* que originariamente tenía la adopción.

(142) Véanse autores citados en nota 140. A una forma especial de arrogación, la denominada 'adoptio per testamentum' (adopción testamentaria), se refiere RODRÍGUEZ ENNES (*op. cit.*, págs. 58 y siguientes) que, recogiendo la opinión de los romanistas italianos (BONFANTE, GUARINI, VOLTERRA), llega a la conclusión de tratarse más bien de una normal institución de heredero bajo la condición de que éste tome el nombre del testador (*nomen ferre*)

como *agnado* en la familia adoptiva, no rompe sus vínculos con su familia natural, en la que continúa como *cognado* (143). c) *Epoca del Bajo Imperio o postclásica*. En frase de SCHULZ, el arcaico y petrificado Derecho fue drásticamente reformado en este período. *Adrogatio* y *adoptio* sufrirán transformaciones radicales. El influjo de las costumbres helénicas y del pensamiento cristiano contribuye a dar un nuevo sentido a la adopción, en sentido *opuesto* al romano, ya que lo importante es el derecho a la asistencia y a la sucesión por parte del hijo adoptivo (144). De la adopción en interés del adoptante y de la familia considerada como grupo, se pasa a una nueva adopción en interés del adoptado: de la vieja *patria potestas* y de la antigua adopción sólo sobrevive el nombre. La nueva adopción pasa a asumir una *función ético afectiva*, en tanto en cuanto se concibe como un acto destinado a proporcionar consuelo a los matrimonios sin hijos (145). La adopción se configura ya como un *vínculo ficticio* de parentesco entre adoptante y adoptado y viene a ser un *sustitutivo* de la filiación natural (146), pero sin que las modificaciones introducidas en el instituto lo desvíen de sus bases clásicas en lo que a sus *efectos* se refiere. d) *Epoca justinianea*: La doble influencia helénico-cristiana va a ocasionar la desaparición de los caracteres originarios de la institución. Justiniano consagra el principio de que la «adopción imita a la naturaleza» y lo desarrolla en forma concordante con el *ius novum* relativo a las instituciones familiares. En cuanto a la *adrogatio*, establece la nueva forma del *rescriptum principis* y puede también verificarse en provincias ante el gobernador. En cuanto a la *adoptio*, procede a la *abolición* de todo el arcaico y complicado procedimiento *decemviral*, por no entender su significado (147), y a *mantener la intervención del magistrado*: adoptante y padre natural se presentan *ante* el magistrado en su domicilio y declaran su voluntad de efectuar el negocio (voluntad a la que luego se adhiere el adoptado expresamente o a través de la forma pasiva de no disentir), teniendo el magistrado ya el *poder de control* de los requisitos de legalidad de la adopción; la *forma* ahora es adecuada al nuevo concepto de la adopción, ya que lo importante es que *el traspaso de la potestad* de uno a otro *pater familias* es diferente al antiguo procedimiento y el hecho de que el adoptado pase a ser en la familia adoptiva un simple hijo agregado a efectos de la sucesión; se distingue entre '*adoptio plena*' (hecha por un ascendiente consanguíneo paterno o materno del adoptado) o '*adoptio minus plena*' (hecha por un extraño), esta última clara construcción de una filiación artificial; queda ya la adopción *no* como una institución natural que sea parte integrante del sistema familiar, sino como una institución *excepcional y ficticia* dirigida a objetivos sentimentales y filantrópicos (148).

Entre los germanos es conocida la adopción desde épocas muy remotas. El *acto* de la adopción consistía en que el padre consanguíneo entregaba el hijo al padre adoptivo, sobre el que éste emprendía una serie de

(143) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 61-62; el pretor es el artífice del desarrollo de la '*adoptio*', que deviene pura *institución judicial* y no ya política.

(144) Así, en BONFANTE, citado por RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, pág. 62.

(145) Así, en D'ORS PÉREZ-PEIX: *Derecho Privado Romano*, 2.^a ed., Pamplona, 1973, págs. 247 y siguientes.

(146) Aparece ya en la *Paráfrasis de Teófilo* (pr. 1.11.4) la formulación del principio '*adoptio naturam imitatur*'.

(147) Ver C.8.47 (48) de *adoptionibus*.

(148) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 76-82; SOHM, *op. cit.*, págs. 487 y ss.; BIONDI, *op. cit.*, págs. 558 y ss.

actos o ritos que daban expresión jurídica a la relación paterna (149). Las formas usuales eran la *adoptio in hereditatem* (*affatomia*, *thinx*), la fraternidad artificial y la *perfilatio*. El acto de creación de heredero (*adoptio in hereditatem*) se llevaba a cabo ante la *Asamblea judicial pública* mediante las formas de la adopción (150); su desaparición la conexas BRUNNER-SCHWERIN con el disfavor de la Iglesia sobre la filiación extra-matrimonial (151). De todas estas formas, la más interesante es la *perfilatio*, de la que todavía se discute si es una forma más germánica de la *adoptio in hereditatem* o si se origina en prácticas procedentes de la deformación del Derecho romano vulgar (152). A lo que parece, la *adfilatio* o *perfilatio* fue siempre un acto de naturaleza privada celebrado únicamente entre el adoptante y el adoptado; constituía un término *genérico* que podía predicarse de relaciones jurídicas diversas (personales, patrimoniales e incluso espirituales) y que presenta claramente los caracteres de la *adoptio in hereditatem*: acto *intervivos*, irrevocable, de carácter eminentemente patrimonial, que deriva todos sus efectos de una *traditio* y que es un *negocio privado sin ninguna intervención pública*. La *perfilatio* se realizaba por medio de una escritura pública semejante a las de donación, compraventa, etc. (153).

En el Derecho histórico español reaparece la adopción con los mismos caracteres y regulación del Derecho romano justiniano en el transcurso del siglo XIII. Las Partidas recibieron las dos formas romanas de arrogación y adopción bajo el nombre genérico de 'porfijamiento', y subdividen la adopción en plena y menos plena (*Partida* 4.7.7 y *Partida* 4.16.1). El procedimiento consistía en la prestación del consentimiento efectuada por el prohijante y por el padre natural del prohijado o por éste mismo: en caso de *arrogación*, ante el Rey; en caso de *adopción*, requiere la intervención de la autoridad judicial («por otorgamiento de *qualquier Juez*», *Partida* 4.7.7; la fórmula de la escritura o Carta de Porfijamiento viene señalada en *Partida* 3, 18, 91, y 92). Esta regulación castellana de la adopción, verdadera *recepción* de la adopción romano-justiniana, viene a representar una total *discordancia* o *desarmonía* con el Derecho consuetudinario tradicional (154): las *circunstancias* políticas, religiosas y sociales justificadoras de la adopción en Roma habían desaparecido totalmente con las invasiones germánicas y la situación *de facto* de la adopción seguía igual en el siglo XIII, sin que existiera un ambiente social que la hiciera necesaria (155).

En el Derecho común, la adopción no merece un puesto especial: aunque en los formularios se reproduzcan los modelos para redactar los

(149) Véase PLANITZ: *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. de C. MELÓN INFANTE, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, págs. 332 y ss. y 363 y ss. BRUNNER-SCHWERIN *Historia del Derecho germánico*, trad. de J. L. ALVAREZ LÓPEZ, Ed. Labor, Barcelona, 1936, págs. 233 y ss.; RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 90 y ss.

(150) También podía hacerse, más tarde, ante el Rey, el Conde o los 'missi dominici'.

(151) Véase *op. cit.*, pág. 234.

(152) Un excelente resumen de esta cuestión en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 104-125, y allí las referencias a PITZORNO, SCHUPFER y BRAGA DA CRUZ.

(153) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 104 y ss., especialmente 122. Véase también OTERO: «La adopción en la historia del Derecho español» (en el volumen *Dos estudios histórico-jurídicos*, C. S. I. C., Madrid-Roma, 1955, págs. 83 y ss.) y «Sobre la realidad histórica de la adopción», en *A. H. D. E.*, 1958, págs. 1146 y ss.

(154) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 136 y ss., especialmente pág. 149.

(155) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, pág. 150, y allí las citas de OTERO (*op. cit.* en *A. H. D. E.*, página 1148) y de MERA («Sobre a adopção no seculo XII», *B. F. D. C.*, tomo XXXI, 1955, pág. 376).

documentos de adopción, son raras las alusiones a ella en la Edad Media y en la Edad Moderna (156).

En la *época de la codificación* (siglo XIX español), la situación no había variado y la *vigencia social* de la adopción era inexistente. Baste recordar que al prepararse el *Proyecto de Código Civil de 1851* había casi absoluta unanimidad en pasar en silencio la institución (157). La *doctrina de la época* era coincidente en esto; así, decían unos: «En España no tuvo más motivo —la regulación de la adopción de las *Partidas*— que la rutina de copiar cuanto disponían las leyes civiles...» (158), en tanto otros sostenían: «Poco frecuente entre nosotros (la adopción), debe su origen a las leyes romanas, a las que siguieron las *Partidas*, a pesar de no existir aquí las razones políticas, económicas, civiles y aun religiosas que la recomendaban» (159). Para P. GÓMEZ DE LA SERNA, «menos frecuentes son las adopciones en España que entre los romanos..., aunque... exigimos... los mismos requisitos que los romanos. Más sencilla, más filantrópica y más usada en nuestros días es la adopción de *espósitos* (sic) no reclamados por sus padres y la de los *huérfanos abandonados*. Conceden estas adopciones las *Juntas de Beneficencia* a personas honradas que tienen los medios de mantenerlos y educarlos...» (160). Más avanzada la codificación, uno de los primeros comentaristas decía: «*Imagen pálida de la naturaleza o ficción de derechos*, la adopción no ha figurado en nuestros Códigos sino por la influencia que el Derecho romano ejerció sobre nuestros legisladores» (161).

En la *codificación civil española*, el tratamiento de la institución —en lo que al tema de la *intervención pública* se refiere— fue variado y no uniforme (162). No aparecen referencias al instituto de la adopción en los *Proyectos de Código Civil de 1821 y de 1833*. En el *Proyecto de 1836* hay dos preceptos sobre los hijos abandonados (arts. 125-126, con una noción de *abandono* de gran técnica jurídica para aquel tiempo) y trata de la adopción en los artículos 370 a 383 (título XI del libro I: «De las personas»); en el artículo 374 dice que «para ejecutar la adopción, el adoptante y el adoptado *deben comparecer* por sí o por Procurador con poder es-

(156) Así, en OTERO, *op. cit.*, pág. 1148. También en E. BUSSI: *La formazione dei dogmi...*, citado en nota 76, pág. 285.

(157) Véase GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, tomo I, pág. 147.

(158) Véase HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Lecciones de Derecho español*, tomo I, Madrid, 1838, página 127 (subrayados míos: J. C. G.). En sentido similar, FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1897, tomo I, pág. 318.

(159) Véase GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 14.ª ed., Madrid, 1886, tomo I, pág. 418 (subrayados míos J. C. G.), y en otro lugar de la obra (tomo I, págs. 127 y ss.), a propósito de la observancia de la legislación alfonseña, señalan que: «Mas si el *Fuero Real* no había podido conseguir una obediencia general, y en gran parte de la nación había caído ante las exigencias de los nobles... mucho menos podía esperarse que prevaleciera desde luego una legislación desconocida hasta entonces, tomada del Derecho Romano y de los decretales, y contrariada por las preocupaciones y por los usos del país» (subrayados míos: J. C. G.).

(160) Véase *Curso histórico exegético del Derecho Romano comparado con el español*, tomo I, Madrid, 1850, págs. 97 y ss., especialmente 107 y ss. (subrayados míos J. C. G.).

(161) Véase M. FALCÓN *Código Civil español*, 1888, tomo I, pág. 189 (subrayados míos: J. C. G.). En otro lugar (*Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1897, tomo I, pág. 339) el propio FALCÓN escribe que «la adopción es institución importada por Don Alfonso el Sabio» (subrayados míos: J. C. G.). De manera similar, B. GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho Civil español*, Madrid, 1874, tomo I, pág. 675, decía: «El origen de la adopción es romano... el Derecho reproduce bajo distintas formas las instituciones que representan una necesidad social, como ésta no lo era, los godos no la copiaron» (subrayados míos: J. C. G.).

(162) Para todo este examen, véase J. F. LASSO GATTE: *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, 1980, especialmente págs. 7, 73, 89, 321, 497 y 545 y ss.

pecial ante el Juez del domicilio del adoptado, donde harán constar...» (163). En el *Proyecto de 1851* se regula la adopción en los artículos 133 a 141 del título V del libro I, consignándose en el artículo 139 que «la adopción ha de hacerse presentándose ante el Alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que... deban prestar su consentimiento, y se consignará en escritura pública» (164). En el *Proyecto de 1869 del libro I*, la adopción viene regulada en su título VIII, artículos 161 a 175, estableciendo el artículo 167 que «la persona que se proponga adoptar y la que quiera ser adoptada se presentarán ante el Juez de paz del domicilio del adoptante, acompañados de las personas..., para prestar su correspondiente consentimiento» (165). El *Proyecto de 1882 de los libros I y II* trata de la adopción en sus artículos 139 a 146, en el capítulo V del título V (*Patria potestad*), y en lo que al tema aquí aludido interesa, dispone en sus artículos 144 y 145 lo que sigue: «La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado..., y el Juez... aprobará la adopción si está ajustada a la ley y la cree conveniente el adoptado», y «aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará la escritura en que consten las condiciones en que haya tenido lugar, y se inscribirá en el Registro civil correspondiente».

Este somero recorrido histórico debe completarse luego con la aparición del Código Civil en 1889 y sus respectivas reformas en este punto, para lo que me remito a la doctrina más autorizada y a los tratados de Derecho civil.

Para finalizar este punto, una ojeada panorámica a lo que sobre el tema disponen los *Códigos Civiles europeos* de nuestro entorno inmediato será suficiente. El *Código Suizo* —reformada la adopción por la Ley de 25 de junio de 1976 (entró en vigor el 1 de enero de 1978)— se refiere a la adopción en el capítulo IV del título VII («Del establecimiento de la filiación») del libro 2.º («Derechos de la familia») en su 2.ª parte («De los padres»), artículos 164 a 269, disponiendo el artículo 265, a), 2, que: «El consentimiento del padre y madre del niño es declarado, por escrito u oralmente, a la autoridad tutelar del domicilio o del lugar de residencia de los padres o del niño y debe ser consignado en acta». El *Código Francés* —reformada la adopción por Leyes de 11 de julio de 1966 y 22 de diciembre de 1976— trata de la adopción en el título VIII («Filiación adoptiva») del libro 1.º («Personas»), artículos 343 a 370, estableciendo el artículo 343 que «El consentimiento es dado por acta auténtica ante el Juez del Tribunal de Instancia, o el Notario francés o extranjero, o agente diplomático o consular francés, o ante el 'Servicio de Ayuda Social a la Infancia'...». En Italia, la reforma de la adopción se ha efectuado por la Ley número 184, de 4 de mayo de 1983, con una extensa regulación de 82 artículos, siendo la forma eminentemente judicial (competente el Tribunal de Menores del distrito en que se encuentra el menor, tanto para

(163) No aparece justificación alguna en la *Exposición de Motivos*. Los subrayados son míos (J. C. G.).

(164) Subrayados míos (J. C. G.) En cuanto a la justificación dada por GARCÍA GOYENA me remito a la nota 79 precedente.

(165) Subrayados míos (J. C. G.). En orden a la justificación, la *Exposición de Motivos* dice que «la adopción se ha introducido para consuelo de los que no tienen hijos».

la declaración de adoptabilidad como para la declaración de adopción, artículos 8 y 25 de la ley) (166).

2. Criterios doctrinales

La consabida frase tópica acerca de los ríos de tinta es aplicable en este lugar cuando se piensa en la inacabada e inacabable polémica acerca del *carácter* de la intervención judicial en la adopción, bien sea al tratar de la naturaleza del instituto, bien sea en el encuadre del sistema legislativo patrio, bien sea al analizar el momento perfectivo de la adopción, bien sea considerando el valor del auto aprobatorio de la adopción, bien sea al tratar de los elementos constitutivos de la adopción, bien sea si se atiende a la prestación del consentimiento, etc. Las olas levantadas por dicha polémica han afectado tanto a la opinión jurídica en general, que uno no puede menos de hacer notar el *impacto socialmente calculado* de esas olas y sus previsibles efectos. Con todo, no pienso entrar en la polémica, sino recoger de aquí y de allá los testimonios posibles en orden al *qué* o *esencia* de la actividad del Juez en este instituto y a su posible fundamentación. Entonces ocurre que la sorpresa salta ante nosotros: nadie se ha preocupado de si es o no conveniente la presencia judicial en el instituto, de su posible *porqué*, de la actividad desarrollada por el Juez. Calificaciones y descalificaciones, repartidas a diestro y siniestro y adoptadas la mayoría de las veces *en función* de un prejuicio o posición previamente adoptada, aparecen y desaparecen, *pero no se trata nunca de la esencia de la actividad judicial* en la adopción.

Para una mayor claridad, cabe aquí deslindar los distintos criterios doctrinales patrios en dos grupos, el de los civilistas y el de los procesalistas. Resumidamente me refiero a ellos como sigue:

a') Civilistas

Dentro de este subapartado cabría hablar de dos posturas irreconciliables: *la tradicional*, que considera —con diversos matices— que la adopción se perfecciona con la escritura pública y que la intervención judicial es a modo de *función calificadora* de la legalidad del acto y de la conveniencia de la adopción para el adoptado (167), y *la radical o maximalista*, que considera que la adopción se perfecciona con la *aprobación* por el

(166) Véase A. FINOCCHIARO y M. FINOCCHIARO: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184), ed. Giuffrè, Milano, 1983, páginas 97 y ss. y 291 y ss.

(167) La relación sería interminable. En orden cronológico, en cuanto a la *legislación de 1958* CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral* (rev. CASTÁN VÁZQUEZ), tomo V (Derecho de Familia), vol. 2.º (Relaciones paterno-filiales y tutelares), 7.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, págs. 214 y ss.; GAMBÓN ALLX: *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, págs. 150 y ss y 170 y ss.; SANCHEZ REBULLIDA: «Notas para la perfección y formas de la adopción», en esta REVISTA, 1965, págs. 1109 y siguientes; DE LA VALLINA: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción», en *R. D. P.*, 1969, págs. 437 y ss.

En cuanto a la *Ley de 1970*: PUIG BRUTAU: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo IV (Derecho de Familia), vol. 2.º (Filialidad. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela), Ed. Bosch, Barcelona, 1970, págs. 296 y ss.; CANO REVERTE: «La nueva adopción», *R. D. Not.*, 1971, págs. 24 y ss.; CASTRO LUCINI: «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 56 y ss.; MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción (Comentarios a la reforma de 1970)», *R. D. Not.*, 1971, páginas 145 y ss., 152 y ss., 206 y ss. y 254 y ss.; CUEVAS CASTAÑO: «Visión crítica de la escritura de adopción», *R. D. Not.*, 1979, págs. 407 y ss y 416 y ss.; SANCHEZ REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHEZ: «Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)», vol. IV de los *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 698 y ss.

Juez de la adopción (168). Algunos autorizados expositores aparecen dubitativos (169). Recientemente, los comentaristas últimos del Código Civil se mantienen en la línea tradicional (170).

Los argumentos *en pro* de la tesis *radical o maximalista* pueden reducirse a estos grandes apartados: los de tipo jurídico-positivista (interpretación *literal* de los artículos del Código Civil), los de tipo dogmático (en orden a la prestación del consentimiento y al carácter de las resoluciones judiciales), los de tipo analógico (con relación al matrimonio), los derivados de la complejidad del actual procedimiento y los consiguientes a la problemática de las situaciones anormales (muerte del adoptante antes de la aprobación judicial o del otorgamiento de la escritura). De toda esa serie de argumentos únicamente rozan a la *esencia* de la actividad judicial en el instituto aquellos que se refieren al *carácter de las resoluciones judiciales*, que se postula como *constitutivo*, lo que se evidencia como una petición de principio, ya que es precisamente lo que debe probarse. A los restantes argumentos aludiré en el epígrafe siguiente.

De los argumentos *en pro* de la tesis *tradicional* únicamente me interesan aquí los relativos al *carácter* de la intervención judicial: para unos, es una autorización o permisión del acto (SANCHO REBULLIDA); para otros, es un acto de control de legalidad o de mérito de un acto jurídico realizado por particulares confiriendo *eficacia* al acto homologado o *acto negocial* (DE LA VALLINA); para otros, un acto de jurisdicción voluntaria no es marco idóneo para el encuadre de un consentimiento negocial (CUEVAS); para otros, el carácter constitutivo del auto judicial es requisito *sine qua non*, pero la *constitución del acto* es obra de los interesados como otorgantes de un negocio bilateral familiar (MANTECA) (171).

b') *Procesalistas*

También dentro de este subapartado aparecen dos grandes posturas *en orden a qué cosa sea la actividad judicial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria*: la tesis *maximalista* entiende que ejercita un acto de ver-

(168) La lista es menos numerosa, pero de cierta entidad. Para la legislación de 1958: CAMY SÁNCHEZ-CANETE. «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación», en esta REVISTA, números 368-369, enero-febrero 1959, págs. 65 y ss. y 73 y ss.; PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, pág. 480; CIMA GARCÍA: «Finalidad constitutiva del auto aprobatorio de la adopción», en *Rev. D. Proc. Iberoamericana*, 1970, núm. 2, págs. 413 y ss. Para la Ley de 1970: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La adopción», *A. D. C.*, 1971, págs. 756 y ss.; GARCÍA CANTERO: «El nuevo régimen de la adopción», *A. D. C.*, 1971, págs. 837 y ss., y «De nuevo sobre el momento perfecto de la adopción», en *Estudios F. de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 628 y ss.; RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 101 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil* (dir. M. ALBALADEJO), tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. rev., Madrid, 1982, páginas 352 y ss.

No incluyo en esta línea *radical* a J. VERGER GARAU, como hacen alguno de los indicados, porque me consta que en su estimable aportación sobre el tema («Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en *R. J. Cat.*, octubre-diciembre 1968, edición separata), al aludir a los puntos que deberían reformarse no dice que deba suprimirse la escritura de adopción.

(169) Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 383-384.

(170) Véase VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984, pág. 316; J. BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (Título Preliminar y Libro I), Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 493.

(171) Precisamente es notable que los recientes comentaristas de la última reforma italiana de la adopción, al aludir a la *prestación del consentimiento* ante el Tribunal de Menores (art. 25 de la Ley), digan sobre este punto que «Además de la *inidoneidad* del mismo al incidir sobre un procedimiento de fondo marcadamente publicístico, introduciendo en el mismo elementos de naturaleza privatística» véase FINOCCHIARO, *op. cit.*, pág. 296 (subrayados míos: J. C. G.).

dadera jurisdicción (172); la *tesis minimalista* considera que se trata de una actividad típicamente administrativa, es una Administración pública de Derecho privado (173).

Los argumentos de la que llamo *tesis maximalista* se concretan en los siguientes *puntos*: superación de la dualidad jurisdicción contenciosa/jurisdicción voluntaria (dualidad derivada de los *signos distintivos* de la jurisdicción voluntaria: voluntariedad, ausencia de controversia, ausencia de partes litigiosas y contraposición entre *expediente* y proceso); superación de la dualidad jurisdicción/administración (inexistencia de la potestad de organización, ausencia de cosa juzgada, datos típicos de la inexistencia de jurisdicción); carácter *heterogéneo* de los actos de jurisdicción voluntaria regulados como tales en el Derecho positivo, y carácter *jurisdiccional* de los actos de jurisdicción voluntaria (174). Al tratar de la posibilidad de encontrar una *clasificación* satisfactoria de los actos de jurisdicción voluntaria, afirma que todo intento choca con la realidad positiva actual asistemática y en función de los criterios doctrinales imperantes distingue tales actos por la naturaleza de la participación estatal en la configuración jurídica, por el carácter de la intervención judicial y por la naturaleza de las relaciones jurídicas sobre que recaen. Atendidos estos criterios, la *intervención judicial* en la adopción se encuadra dentro de los actos civiles de jurisdicción voluntaria referentes al Derecho de familia, como acto de *documentación* y *publicidad del estado civil de las personas* y como acto *constitutivo* (175).

Los argumentos de la que llamo *tesis minimalista* parten del *presupuesto* de que la jurisdicción voluntaria es un concepto integrado por dos *notas*: la presencia de un órgano jurisdiccional y la existencia de un objeto jurídico privado. Jurisdicción voluntaria es, por tanto, la *administración judicial del Derecho privado*. De tal concepto se desprende la *esencia* o *razón de ser* de esa jurisdicción voluntaria: no es auténtica jurisdicción por no comprender verdaderas actuaciones procesales, tiene más bien un cometido estrictamente administrativo. La jurisdicción voluntaria es, pues, *actividad administrativa*, si bien *acotada objetivamente* en

(172) En nuestro Derecho, RAMOS MÉNDEZ *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, págs. 41 y ss., y *Derecho Procesal Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, epígrafe 79 (La jurisdicción voluntaria), págs. 1229 y ss., y allí la cita de la novísima doctrina italiana SATTI, «La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento», *Quadermi del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, I, págs. 3 y ss., y en *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, págs. 663 y ss.

(173) En nuestro Derecho, GIMENO GAMARRA: «Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria», A. D. C., 1953, págs. 10 y ss.; PRIETO CASTRO: *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, págs. 590 y ss. (cita de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 1235); GUASP *Derecho Procesal Civil*, tomo II (Parte Especial), 3ª ed., I. Est. Pol., Madrid, 1968, págs. 945 y ss.; SERRA: *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, pág. 619 (cita de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.* y *loc. cit.*). Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1975, págs. 30 y 38 y ss.

Las referencias a la reciente doctrina italiana pueden verse en DE LA VALLINA (*op. cit.*, págs. 446 y ss.) y RAMOS MÉNDEZ (*op. et loc. cit.*) deben citarse los nombres de CHIOVENDA, CALAMANDREI, ZANOBINI, AURICCHIO, PALERMO y JANNUZZI. Últimamente, arguyendo en pro de un *tertium genus* (?), FAZZARALI: *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, y en «Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)», en *Encic. dir.*, tomo XIX, Milano, 1970, pág. 334.

(174) Véase RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1234 y ss., argumentando básicamente que la presencia del Juez es garantía de jurisdiccionalidad, que existe un *processus iudicii*, que los actos llamados «constitutivos» demuestran su jurisdiccionalidad y que existe cosa juzgada. Tales argumentos no se desarrollan *in extenso* y no parecen tener demasiada fuerza convincente. Como *ejemplo* del argumento *ad nomen*, dice: «Si se desvaloriza el argumento personalista, para determinar la naturaleza del acto, habría que llegar a conclusiones un tanto atrevidas: v. gr., un Notario en un acto de presencia con el mismo contenido que una información para perpetua memoria (arts. 2.002 y siguientes de la LEC) desarrollaría función jurisdiccional; un Registrador actuaría con el mismo alcance en muchas de sus funciones, etc.» (*sic*). Dejo al buen lector que saque sus conclusiones.

(175) No dice nada en orden a la caracterización y esencia de esos que llama actos «constitutivos».

razón de que su materia la constituye el Derecho privado. El *fundamento* de la jurisdicción voluntaria debe ser negado y debe encaminarse la reforma de esta materia «a un acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores del Derecho que verdaderamente son más afines a la misma que la judicial, como ocurre con las *notariales* y *registrales*, los cuales, verdaderamente, asumen una fisonomía extraordinariamente próxima a la jurisdicción voluntaria» (*sic*) (176). No se dan en la jurisdicción voluntaria los efectos propios de los procesos, ni existe cosa juzgada: la única eficacia es la *constitución* típica de los actos de jurisdicción voluntaria, dada la función de *administrar* el Derecho privado trabajando directamente sobre él para obtener unas *consecuencias propias de situaciones extra-procesales* (es una repercusión constitutiva, material, en la órbita del Derecho privado). Añade GUASP que la regulación de los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere no sólo a la *adopción*, sino también a la *arrogación*, y que «*aunque se hayan modificado los supuestos materiales* a que se refiere esta normativa, *continúa en vigor la ordenación de la actividad del Juez con las modificaciones introducidas en ella por la norma civil*».

3. Mi posición

Por lo que se refiere al *porqué* de la intervención judicial en la adopción, una vez señaladas esquemáticamente las características de los *requisitos formales* de la institución en cada período histórica, parece que el *origen* de su aparición debe centrarse en el período formulario romano y en el complicado procedimiento de los negocios *per aes et libram*, pasando a ser un protagonista decisivo en el Derecho pretorio y deviniendo luego un formalismo más con la evolución de la institución. Con Justiniano, superado el arcaico procedimiento, reaparecerá la figura del Juez con un carácter distinto ('*imperio magistratus*'), quizá como representante de la potestad imperial. Tras un salto de siglos —por lo que a España se refiere—, vuelve el Juez a reaparecer en el siglo XIII con las *Partidas*, quizá como mera imitación de la técnica romano-justinianeana, pero en claro contraste con la realidad social. Nueva desaparición del personaje hasta bien entrado el siglo XIX, con el Proyecto de 1836. Se pierde en el Proyecto de 1851 y reaparece en el Proyecto de 1869. No cabe señalar, en consecuencia, una trayectoria rectilínea y uniforme a lo largo de los siglos para la tan debatida intervención judicial en la adopción. Quizá ni cabe hablar de trayectoria, dados los sucesivos ortos y ocasos de la figura que no posibilitan una panorámica exacta. No figurando como *constante histórica*, lo que parece evidente, tampoco parece posible hallarle un *fundamento* seguro a esta intervención; a lo sumo, cabrá hablar hoy, con técnica y visión modernas, de la necesidad y conveniencia de cierto control público en la adopción, pero no referido hacia atrás y al pasado como requisito permanente, uniforme y seguro.

Una visión *comparatista* con las restantes legislaciones europeas actuales tampoco ayuda demasiado: la opción por un *sistema judicial* más o menos puro es la elegida en Alemania, Suiza e Italia; la elección por un *sistema* acorde con nuestra *tradición jurídica* parece ser la de Bélgica

, (176) Así, GUASP, *op. cit.*, pág. 949: subrayados del propio autor.

y Francia. Qué duda cabe que en todo ello la única *justificación* posible es la política, ya que el tema entra de lleno en la *política jurídica*.

Por lo que se refiere al otro gran tema, centrado en el carácter esencial de la *actividad* desarrollada por el Juez al intervenir en la adopción, y una vez conocidas las grandes discusiones doctrinales, parece posible sentar dos *premisas* iniciales: *una*, la de que la adopción es un negocio privado sometido a un control público; *otra*, la de que el Juez desarrolla una actividad de jurisdicción voluntaria. A través de la *premisa primera* se llega a una idea fundamental, la de que en todo negocio son decisivos los elementos del *consentimiento* y de la *causa*, con el corolario de que ese negocio *es un acto privado familiar, pero no un acto judicial*, y de que el control judicial afecta a la *causa* o propósito negocial de crear una filiación adoptiva (177). A través de la *segunda premisa* se obtiene la convicción de que la actividad del Juez no es jurisdiccional, sino *administrativa*, con el corolario de que *no* produciéndose el efecto de la *cosa juzgada material*, sus decisiones o resoluciones no son definitivas y *pueden reproducirse* en un proceso ordinario, y de que la *subsistencia* de la resolución judicial depende en buena parte de la conducta de los intervinientes en el expediente.

Por lo que se refiere a la *perspectiva desde el supuesto de hecho litigioso*, aparentemente el Juez que consideró conveniente la adopción, se limitó a dar como buenas las actuaciones precedentes del establecimiento, actuaciones incursas en vicio de nulidad dada la falta de audiencia de los padres naturales, nulidad que arrastraba la del auto judicial correspondiente.

En cuanto a la *'ratio' última* acerca de la intervención judicial en la adopción, consideradas las premisas precedentes, parece lógico suponer:

1.º El posible encuadre de la *justificación* de la intervención judicial en las preocupaciones que tenían los codificadores del siglo XIX en torno a los grandes temas de la vida social, preocupaciones que cristalizaron en una larguísima serie de preceptos dispersos en leyes sustantivas donde se exige la intervención judicial, quizá partiendo del *dato sociológico* de aquel entorno burgués-liberal que veía en la figura del Juez el único remedio posible a las desviaciones de la norma jurídica o a las dificultades de la convivencia social. Con los *datos sociológicos actuales*, desbordada la Administración de Justicia por inúmeros problemas (178) —de entre los cuales no es el más pequeño la gran cantidad de asuntos *no jurisdiccionales* a los que dedicar su tiempo el juzgador—, considerada la enorme proliferación de asuntos *criminales* y de temas de drogadicción, demostrada la evidente evasión o retraimiento de llevar a los Tribunales los conflictos jurídicos *civiles* —a causa de la lentitud, carestía y complicación de los procedimientos judiciales, como gráficamente muestra TONARRIA (179)— y postulada como *arquetípica* una figura del Juez que —además de conocer todas las ramas del Derecho— disponga de conocimientos

(177) Ese control judicial es un *presupuesto* o 'co-elemento' integrante del negocio adoptacional, calificado por el Tribunal Supremo como constitutivo y necesario para la validez del negocio véase *nota 75 bis* precedente.

Control judicial que *no* equivale a una *función jurisdiccional* propiamente dicha, pero este tema enlaza con la otra premisa subsiguiente.

(178) Basta repasar la prensa diaria y las revistas especializadas, a las que me remito.

(179) Véase su obra *Cambio social y vida jurídica en España*, Ed. EDICUSA, Madrid, 1974, páginas 174 y ss., especialmente 194 y ss. y 198 y ss.

especiales en orden a psicología, pedagogía, técnicas de trabajo social, etcétera (180), no parece descabellado aventurar la hipótesis de que lo que está demandando la sociedad actual no es un Juez, sino un «Supermán», que sepa de todo y que trabaje cuarenta y ocho horas al día. Por el camino de la *especialización* según los temas a tratar, se conseguirá aumentar los conocimientos de los juzgadores, pero no por ello va a disminuir su trabajo.

2.º La configuración como *típica actividad administrativa* en cuanto a la *función* que el Juez desarrolla en el expediente de adopción, lleva a coordenadas *distintas* de las habituales. En lo *estructural*, porque su *auctoritas* va vinculada a la *potestad* implícita en el ejercicio de una función administrativa más, con lo que ello conlleva de discrecionalidad (181). En lo *funcional*, porque el desarrollo de esa potestad no es necesario que sea efectuado por un Juez, dado que, en base a los *criterios de política jurídica* imperantes en un momento dado, cabe suponer que en el futuro sea encomendada tal función de 'control' administrativo de la adopción a una persona o a un órgano designados o creados por la Administración (182).

C) La escritura pública

Caracterizada previamente la adopción en su *aspecto funcional* como un negocio privado familiar, y *excluidas* también en este lugar todas las polémicas habituales en torno a si es más el auto judicial que la escritura notarial (o viceversa), me voy a limitar también —como hice en el apartado b) precedente— a preguntar acerca del *porqué* de la escritura notarial y acerca de la *esencia* de tal escritura, con los recursos consabidos a los criterios históricos y doctrinales (en lo pertinente) respectivos.

1. Criterio histórico

He efectuado en el apartado b) precedente una exposición resumida de la evolución que la adopción ha tenido en cuanto a los *requisitos de forma* exigidos en cada período histórico concreto. Baste aquí la correspondiente remisión. Cabe así hablar de unos remotísimos precedentes de la intervención notarial en la adopción en los sistemas legislativos no europeos (India, Babilonia, Egipto) y quizá entre los griegos. Tras las invasiones germánicas y la proliferación de la *perfilatio* detectable a través de los numerosos cartularios medievales, parece defendible que tales

(180) Así lo demanda para el Juez de Menores MARÍA J. CORONADO: «El Juez de Menores», en Revista *Menores*, año I, núm. 3 (3.ª época), mayo-junio 1984, págs. 14 y ss., especialmente 19 y ss. En sentido concorde, C. COBO MEDINA: «Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España», en la misma Revista *Menores*, núm. 2, marzo-abril, págs. 16 y ss., especialmente 29 y ss.

En lo que respecta a los *Jueces de Familia*, a quienes se les exigirá idéntica especialización, véase J. MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: *Los Juzgados de Familia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1981.

(181) Me remito a las *notas* 128, 128 bis y 129 precedentes. Véase también REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 17 y ss., y 181 y ss y 191 y ss.

(182) Que sea un «organismo social adecuadamente calificado», como propone FRIEDMANN (véase *nota* 72 precedente), o un 'Servicio social para la infancia', o 'defensor cívico de menores' (véase ROPPO, *nota* 123 precedente), o de un «Defensor de Menores» (L. VACAS), o de un 'Promotor de Menores' (MARTÍNEZ DÍAZ), o de un 'Ombudsman de menores' (RICO PÉREZ), o de cualquiera otra figura o denominación que en el futuro se introduzca (v. gr., el 'Servicio Nacional de Adopción' propuesto en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción de 1968), es lo de menos. Lo importante y trascendente es el hecho básico de que la *vigente* intervención judicial en la adopción articulada en el siglo pasado ha quedado obsoleta y sin sentido.

documentos eran típicamente notariales. Los historiadores han expresado, según vimos, cómo la legislación de *Partidas* rompía con la realidad social circundante, que iba por otros derroteros distintos a los romanos reintroducidos por Alfonso X. Hay que saltar al siglo XIX y encontrar la intervención notarial en el artículo 139 del *Proyecto de 1851*, regulación que, con ligeros altibajos, es la que pasará al Código Civil. Desde aquí, comentarios innumerables, a los que me remito.

Una visión comparatista nos lleva a las novísimas reformas introducidas en el Código Civil en Bélgica y en Francia, quienes mantienen la *posibilidad* de intervención notarial en sus artículos 349 y 343, respectivamente.

2. Criterios doctrinales

En este lugar cabe también —y sin entrar en la *polémica* ya citada— agrupar los comentarios doctrinales aparecidos en dos grandes grupos: *el radical o minimalista*, que considera que la escritura pública es superflua e innecesaria para la adopción (183), y *el maximalista*, que parte de la consideración de la escritura como acto constitutivo esencial para que surja la adopción (184). Por supuesto, que cada uno de estos grupos coincide, a su vez, y a la inversa, con los que denominé 'radical o maximalista' y 'tradicional' en orden a la intervención judicial.

Los argumentos de la *tesis maximalista o tradicional* se pueden reducir en esquema a éstos: los derivados del criterio historicista (los precedentes inmediatos de la institución: DE LA VALLINA, SANCHEZ REBULLIDA); los de tipo dogmático jurídico (la adopción es un negocio jurídico privado familiar solemne que requiere la forma de la escritura pública, con las cláusulas y estipulaciones convenientes al adoptado: DE LA VALLINA, SANCHEZ REBULLIDA, CANO, CUEVAS, CASTRO LUCINI, MANTECA y la práctica mayoría de la doctrina patria y jurisprudencia); los de tipo jurídico-positivista (interpretación literal, lógica y sistemática de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los arts. 173 y concordantes del Código Civil, y de la Exposición de Motivos de la Ley de 1970: SANCHEZ REBULLIDA), y los exclusivamente notariales (*contenido* de la escritura pública, con estipulaciones no incluidas en la autorización judicial: SANCHEZ REBULLIDA).

Los argumentos en pro de la tesis *radical, minimalista o negativa* de la escritura pública proceden de varios frentes y pueden reducirse a los siguientes:

○ CAMY: de tipo jurídico positivista (interpretación literal de los antiguos arts. 176, 3.º, y 177 del Código Civil) y de tipo dogmático (los consentimientos se prestan en el expediente judicial).

○ RODRÍGUEZ CARRETERO: de tipo dogmático (la modificación del estado civil que la adopción comporta exige una intervención judicial concretada en una resolución similar a las sentencias 'constitutivas' del estado civil; la extinción de la adopción se alcanza por sentencia judicial exclusivamente; en la *adopción simple* el *contenido* de la escritura queda

(183) Véase la relación de autores citada en *nota 168* precedente.

(184) Véase la relación de autores dicha en *nota 167* precedente.

reducido a la simple ratificación de los consentimientos exigibles para la perfección del negocio) (185).

○ GARCÍA CANTERO: de tipo jurídico positivista (interpretación *lógica* del art. 173 del Código Civil (186) y de las modificaciones de la Ley de 1970); de tipo analógico (por comparación con el *matrimonio civil* como negocio familiar tipo y en relación a las hipótesis *anormales* del mismo), y de tipo formal (la escritura notarial, al igual que el *acta* del matrimonio civil, en sí misma es forma *ad probationem* y no *ad substantiam*, y en ella se reproduce fehacientemente lo que el Juez autorizó (187)...).

○ BERCOVITZ: la abundante crítica de este autor en orden a la escritura pública es variada y abundante en argumentos de difícil encuadre (188), que literalmente reproduzco aquí:

1. La escritura no aporta nada al auto judicial de aprobación de la adopción.
2. (La escritura) no introduce ninguna especificación ulterior en la adopción.
3. El auto judicial aprobatorio tiene tanta fe pública como la escritura.
4. La escritura introduce un plazo de reflexión que no aporta nada nuevo.
5. Origina mayor lentitud en el procedimiento.
6. Produce un aumento de los costes.
7. Origina falta de seriedad y responsabilidad en los interesados que promueven el procedimiento judicial de adopción.
8. Determina una ocupación del organismo judicial en procedimientos inútiles si posteriormente no se otorga la escritura.
9. Origina una tendencia a descuidar el contenido de los autos aprobatorios de adopción en orden a la determinación de los apellidos del adoptado.
10. Produce complicaciones posibles y perjuicios a los interesados.
11. La escritura resulta inútil no sólo como elemento esencial, sino también como elemento de mera publicidad, como requisito en orden al Registro civil.
12. Si la escritura tuviera valor publicístico se solucionarían una serie de problemas (el de la muerte del adoptante antes de otorgarse la escritura, el del consentimiento del cónyuge del adoptando, el de la ausencia legal de un período máximo de tiempo entre la autorización judicial y la escritura pública).

(185) *Op cit.*, págs. 101 y ss.: argumentación reproducida por GARCÍA CANTERO posteriormente. Curiosa utilización de vocablos no existentes en castellano, como 'otorgación' (*sic*) de escritura pública, quizá tomados subconscientemente de terminologías foráneas.

(186) Véase *De nuevo*, cit., págs. 628 y ss., donde gráficamente dice: «Es cierto que el Código Civil no contiene ninguna norma que expresamente diga 'bajo pena de nulidad la adopción requiere'... Pero creo que el legislador implícitamente ha atribuido tal función al artículo 173...» (subrayados míos: J. C. G.).

(187) Véase *op cit.*, en nota precedente, págs. 633 y ss., donde llega a afirmar: «Sólo se entiende la subsistencia de este requisito como un arrastre histórico», y en nota 24 dice que «el requisito de la escritura pública se introduce en el Proyecto de GARCÍA GUYENA con un alcance poco claro y por la vía de la LEC pasa a sucesivas redacciones del título de adopción en el Código Civil» (*sic*) (subrayados míos: J. C. G.). Así se escribe la historia.

(188) Véanse *Comentarios*..., cit., págs. 356 y ss. Alguno de estos argumentos ya venían expuesto anteriormente por CIMA GARCÍA (*op. cit.*).

3. *Mi posición*

En cuanto al *porqué* o *justificación* de la escritura pública, delimitados previamente los *requisitos formales* de la adopción en cada periodo histórico, tampoco en orden a la intervención notarial cabría hablar de una trayectoria rectilínea y uniforme a lo largo de los siglos, *aunque sí presumible* dada la abundancia de documentos y cartularios medievales (anteriores al siglo XIII) recogiendo *perfilaciones*. Sí cabe afirmar que desde mediados del siglo XIX la exigencia de escritura pública para la perfección de la adopción es *una constante*. Tan es así que recientes reformas legislativas en países de similar tradición jurídica (Bélgica, Francia) siguen acudiendo en vía *opcional* a la escritura pública. El posible *fundamento* de esta forma (escritura notarial) quizá vaya ligada a una *doble idea*: la de que la adopción sigue siendo un acto privado y familiar, y la de que la alta cualificación y prestigio profesional del Notariado hacen a éste especialmente apto para *dar forma* a los actos jurídicos más importantes de la vida civil (189). Con todo, también es éste un tema de *política jurídica*, ya que, por especiales razones, un sistema puede ser variado por el poder público en atención a los intereses generales.

En cuanto al tema de la *esencia* de la escritura pública, conocidas las grandes posiciones doctrinales y las críticas a la escritura pública, parece posible efectuar estas *consideraciones previas*: *primera*, la de que la argumentación de la doctrina tradicional en base a criterios históricos, dogmáticos y notariales no ha sido desvirtuada por los oponentes o críticos radicales; *segunda*, que hay divergencias perfectamente superables en los argumentos jurídico-positivistas; *tercera*, que entre los críticos hay argumentos insatisfactorios e insuficientes, bien de tipo dogmático, bien de tipo formal, bien de tipo analógico, todos ellos merecedores de una revisión más completa que la mía; *cuarta*, que la crítica más reciente utiliza argumentos que nada tienen que ver con la escritura pública, en una primera aproximación al tema.

Por lo que se refiere a los argumentos *jurídico-positivistas*, al menos en alguno de ellos, hay una imputación (¿transposición?) de intenciones al legislador con olvido del principio de no distinguir donde la ley no lo hace (190), sin perjuicio de que el artículo 173 del Código Civil se está refiriendo a los *presupuestos* o antecedentes del acto jurídico privado en que la adopción consiste (191).

Por lo que se refiere al argumento *analógico* (192), argumento lógico decisonal a emplear por el Juez, requiere encontrar una *semejanza* entre la hipótesis legal y el hecho no previsto. Es obvio que tal semejanza no se da entre la adopción y el *matrimonio civil*, como algunos pretenden. Sin entrar en el condicionamiento exigido por nuestra más autorizada doctrina (VILLAR PALASÍ) sobre la *relación biunívoca* de tal semejanza, es

(189) Razones éstas quizá determinantes de que, en el supuesto litigioso, el Juzgador de Instancia no declarase la nulidad de la escritura de adopción: argumento reiterado, según vimos, en los recursos de casación.

(190) Véase claramente la dicción de GARCÍA CANTERO en nota 186 precedente, y en lo que sigue: «el legislador pudo haberse contentado con un acta judicial...» (op. cit.). Pero no lo hizo, a lo que veo.

(191) Así, LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 701.

(192) Sobre la *analogía*, por todos, véase VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 163 y ss., especialmente 174 y ss. y 207 y ss.

A la analogía como procedimiento *prelógico* alude DUARDE: *Una revolución en la lógica del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1933, pág. 75, que la califica de «antediluviana armazón mental blindada con el prestigio y la exquisita labor de sus defensores».

decir, el carácter reversible de ésta. De buscar una semejanza habría que acudir al *reconocimiento de hijo extramatrimonial* (principio subyacente, *favor filii*).

Por lo que se refiere al argumento *formal*, en orden a que la escritura sea forma *ad probationem* —como el *acta* del matrimonio civil—, dejando aparte el argumento de tipo analógico ya excluido, confunden algunos la forma como requisito esencial del negocio y la forma como prueba del negocio (193). Hay un concepto de la forma en sentido institucional y otro en sentido legal, éste en relación con el caso concreto que la exige. Hay formas 'habilitantes' del negocio, formas 'integrativas' del negocio y formas de publicidad (194). Gráficamente escribe CHICO ORTIZ que «la escritura pública sólo puede tener dos finalidades: o ser forma constitutiva de la adopción o servir de vehículo para lograr la inscripción en el Registro civil, pero esta segunda finalidad debe ser descartada, a la luz del artículo 23 de la Ley del Registro Civil» (195). A mi juicio, pocas cosas más claras que todo lo relativo al estudio de las formas, en especial en la doctrina notarial, a la que me remito.

En cuanto a los argumentos de tipo *dogmático*, son de escaso valor y poco satisfactorios: 1) el que la adopción conlleva una modificación del estado civil tan importante que exija una resolución 'constitutiva' judicial no presupone la eliminación de la escritura, ya que existen otros importantes actos modificativos del estado civil (v.gr., reconocimiento, emancipación) que constan perfeccionados mediante escritura pública, y ésta no implica la eliminación de la actuación judicial (196); 2) el que la extinción de la adopción sólo se alcance con sentencia judicial, aparte de que incide en una aplicación incorrecta del argumento de analogía y de que olvida otros supuestos posibles de *extinción* de la adopción, es una consecuencia del principio natural de 'irrevocabilidad' implícito en toda adopción; 3) el que el *contenido* de la adopción —en los casos de adopción *simple*— se limite a la ratificación de los consentimientos exigibles para la perfección del negocio, es un argumento que quiere demostrar demasiado, lo que no es, ya que dicho contenido es siempre un *mínimo* (no un máximo), y, por otra parte, se elude la cuestión de la representación del adoptando menor de catorce años a efectos del consentimiento negocial (197).

Por lo que se refiere a los argumentos utilizados por BERCOVITZ, pese a su aparente aparatosidad, ofrecen mucho ruido, pero pocas nueces y, en esencia, poco o nada tienen que ver con la escritura pública, como voy a tratar de demostrar:

... Los argumentos que numero como 1, 2, 4, 7, 8, 9: no tienen ninguna relación con la escritura pública. A lo sumo, se tratará de unos temas de política jurídica.

... El número 3, de que el auto judicial aprobatorio de la adopción tiene tanta fe pública como la escritura, es tautológico y quiere probar demasiado. En principio, porque *de lo que el Secretario judicial —no el Juez— da fe es de las actuaciones judiciales*, pero nunca de los negocios

(193) Véase DE LOS MOZOS: «La forma del negocio jurídico», *A. D. C.*, 1968, págs. 745 y ss.

(194) Véase DE CASTRO: «El negocio jurídico», *I. N. E. J.*, Madrid, 1967, págs. 278 y ss.

(195) Véase «La adopción y el Registro de la Propiedad», en esta REVISTA, 1970, págs. 1401 y siguientes, especialmente 1436 y ss.

(196) Así, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 701.

(197) Así, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 702.

jurídicos *extraprocesales*, cual la adopción; además, por ley, la fe pública *extrajudicial* está reservada al Notariado (198); finalmente, porque, según vimos, mal puede un expediente de jurisdicción voluntaria, típicamente administrativo, servir de cauce o medio idóneo para instrumentar el acuerdo de consentimientos típico en todo negocio jurídico *privado*, y la adopción lo es.

... El número 5, sobre lentitud del procedimiento, además de poco serio, es infundado e increíble. Bastaría con la remisión a la cita de TOHARIA, antes efectuada (199). Pero todo el mundo sabe que el despacho de un asunto típico del estado civil —cual la adopción— es cuestión de pocas horas de trámite en un despacho notarial.

... El número 6, sobre el encarecimiento de costes, es poco serio e infundado (200).

... El número 10, que habla de «perjuicios», incide en un tema de *responsabilidad* notarial, lo que conlleva a denunciar el supuesto concreto, caso por caso.

... El número 11 hace de la cuestión supuesto, además de la confusión que conlleva entre Registro civil y Registro de la Propiedad. En el *Registro de la Propiedad*, como magistralmente sentenció LACRUZ BERDEJO, ingresan títulos, se inscriben actos y se publican derechos (más exactamente, titularidades) (201), en tanto que en el *Registro civil* se inscriben hechos inscribibles que acceden al Registro, bien como simples hechos, bien como declaraciones de voluntad, bien como documentos auténticos (202). En otro lugar me he remitido a la *forma* y sus comentarios.

... El número 12 alude a una serie de *problemas* que tendrían solución —se dice— si se eliminase la escritura pública. De creer al autor, sería fácil el remedio: suprimamos la escritura y se solucionan todos los problemas (203). Ahora bien, tales problemas no son propiamente problemas de la escritura, sino cuestiones implícitas en lo que CUEVAS ha denominado «patología» de la adopción: los derivados de las alteraciones subjetivas, los de la adopción *post mortem* (de adoptante o de adoptado), los del

(198) Del principio de *delimitación de competencias* y de la *invasión* en la competencia notarial se ocupaba (ya en 1946) GARCÍA OVIEDO: «La función notarial en la vida administrativa» (conferencia pronunciada el 14-3-1946), en *A. A. M. Not.*, tomo IV, 1948, págs. 329 y ss., especialmente 348 y ss. Para una visión actualizada y reciente del tema, véase F. SAINZ MORENO «Ejercicio privado de funciones públicas», en *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre 1983, págs. 1699 y ss., especialmente 1717 y ss. y 1726 y ss.

(199) Véase *nota* 179 precedente.

(200) Véase *El País*, cit. en *nota* 45 precedente. Allí se da la cifra de *unas cien mil pesetas* como *coste* del procedimiento para la adopción. Si se toma en cuenta que la escritura de adopción costaba entonces —como hoy— entre 2.000 y 3.000 pesetas, se verá la enorme desproporción de cifras manipuladas y la poca credibilidad del argumento.

(201) Véase en *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 94 y ss.

(202) Véase DIEZ DEL CORRAL: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, ed. JUNTA DE DECANOS DE COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, Madrid, 1983, págs. 12 y 113.

(203) Que ésta sea una tendencia moderna *no quiere decir* que sea equivalente a una mayor dosis de libertad. Con gran autoridad pudo escribir IHERING (*El espíritu del Derecho Romano*, Abreviatura, traducción F. VELA, 2.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1962, págs. 284 y ss., especialmente 501 y ss.) que «aunque la libertad y la forma parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y relación oculta. El pleno auge de la idea de la libertad coincide con el reinado tiránico de la forma, cuando la libertad zozobra, la forma mitiga su rigor, y cuando, bajo el régimen de los Césares, la libertad se desploma totalmente, desaparecen también el formalismo y las fórmulas del Derecho antiguo. Esta coincidencia parece inexplicable, pero en la época de los Emperadores bizantinos las oraciones fúnebres con que acompañaron la desaparición de la forma, y la aversión y desprecio que le manifestaron, nos descubren esa relación. *Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad; es el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia, la que la contiene y protege. El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino el guardián de su libertad*» (subrayados míos: J. C. G.).

desistimiento, etc. (204). Cuestiones todas ellas que implican un vacío legal, una aporía legislativa, que lo único que demanda es una reforma de la ley cubriendo el vacío. *El supuesto de muerte del adoptante* durante la tramitación del procedimiento es tema resuelto en otros ordenamientos legislativos, generalmente en el sentido de retrotraer los efectos al momento de la muerte o de entender que la autorización judicial recaída es como si se hubiera producido antes de la muerte. *El supuesto de la exigencia del consentimiento del cónyuge del adoptando* (art. 173, 2.º, B), del Código Civil) lo que evidencia es el carácter de negocio *privado* en que la adopción consiste y que la fase judicial no es el nudo gordiano de la cuestión (205). *El supuesto de la no regulación de un período máximo de tiempo entre el auto judicial y la escritura pública* y la consideración subsiguiente de «ser puerta abierta al fraude» no deja de ser mera retórica: piénsese en los autos *declaratorios de herederos abintestato* pendiente el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia, supuestos más importantes y trascendentes que el de la adopción, y en tales casos, aunque el plazo sea más o menos largo, no por ello hay que eliminar la escritura.

Examinadas las consideraciones precedentes, parece posible concluir en orden a *la intervención notarial* en la adopción:

- 1.º Que en tanto en cuanto la adopción continúe siendo un *negocio privado familiar* fundado en un acuerdo de voluntades, la función autenticadora y de legalidad del acto es misión estrictamente notarial.
- 2.º Que *de lege ferenda* podría configurarse el sistema de la adopción como un acto judicial o administrativo, pero no por ello la adopción dejaría de ser un negocio privado familiar y no por ello la intervención judicial o administrativa *darian forma* al negocio celebrado, sino que *la función* que tal intervención presupone *es la de protección de personas y bienes* (206).
- 3.º Que si es cierto que «el sentimiento de justicia es la base de todo derecho» (RECASENS SICHES), habrá que atender al dato *sociológico* fundamental de lo que la convicción popular 'siente' ante la firma de la escritura de adopción (207). Ese sentimiento de lo que es justo va ligado, en nuestro caso, a la figura del Notario y *no* a otra persona o funcionario.
- 4.º Que *la esencia* de la actividad notarial —ejercicio privado de una

(204) Véase CUEVAS CASTAÑO, *op cit*, págs. 423 y ss.

(205) De ahí que el propio BERCOVITZ reconozca la «endeblez» de su utilidad final; *op cit*, página 366.

(206) Así, MANTECA, *op cit*, págs. 262 y ss. (subrayados míos. J. C. G.)

La referencia a una posible *revisión* del sistema en CUEVAS CASTAÑO, *op cit*, págs. 419 y ss., que propone un sistema *mixto* distinguiendo según puedan comparecer o no todos los que deben consentir, asentir o ser oídos y según exista o no oposición de intereses.

En cuanto a los problemas de la *organización judicial* actual, en parte denunciados por TOHARIA según expuse y que son actualidad permanente en los medios de comunicación social, basta la remisión a los argumentos de BERCOVITZ numerados como ocho y nueve para darse cuenta de cómo esa problemática judicial está pesando seriamente en la consideración del tema.

(207) En lo que a *mi experiencia personal* respecta, en más de dieciocho años de vida notarial solamente he autorizado *una escritura* (en un día de frío invierno en la semisierga de Huelva, en un pueblo minero), y en el momento de firmarla los padres adoptantes exclamaron que «con la firma del Notario ya no nos quita nadie esta hija» (!) Delicioso sentimiento, tan puro como ingenuo y tan lleno de fuerza expresiva y dramática, ya que toda la fase judicial precedente no les decía nada.

función pública, en feliz frase de F. SAINZ MORENO— es la de dar fe de los actos extrajudiciales en general, y de los negocios privados en particular (208).

d) *La inscripción en el Registro Civil*

Este requisito ha sido ampliamente tratado por nuestra doctrina, por lo que en este lugar procedo a las correspondientes remisiones (209).

Quiero, no obstante, hacer unas ligeras *matizaciones*: la *primera*, derivada de que muchos autores —y los propios *recurrentes* en esta sentencia comentada— parecen tener una concepción del Registro civil *como si fuera* el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (210), cuando —como demostró en su día el maestro F. DE CASTRO (211)— «*el título de atribución del estado civil no es el documento, sino el supuesto de hecho del que depende su existencia jurídica, que puede ser o un simple hecho (artículos 136 y 17, 4.º, del Código Civil), una declaración de voluntad (artículos 15, 1.º; 18; 100; 131, etc., del Código Civil) o un acto o sentencia judicial (artículos 218, 221, 228, del Código Civil)*» (212); la *segunda*, respecto al valor de lo *afirmado por el Tribunal Supremo* que la adopción «es un concepto unitario» y que «los tres momentos integrantes del mismo tienen idéntico valor constitutivo» —*en el considerando 6.º*, que parece un *obiter dicta*, ya que la inscripción en el Registro civil *nunca* tiene valor 'constitutivo' (en el sentido de 'integrativo'), sino el valor de *medio de prueba privilegiado* de los hechos que al Registro civil tienen acceso (213)—; la *tercera*, que el título normal que *accede* al Registro civil es la escritura pública; la *cuarta*, que lo que *publica* el Registro civil *no es* la adopción ni una relación paterno-filial adoptiva, sino una *filiación*.

D) *Extinción de la adopción*

Tema éste que también ha originado una amplísima literatura, a la que me remito en este lugar (214).

Aquí solamente voy a aludir brevemente a tres *puntos*: una consideración general *previa*, el tema de la extinción a petición de los padres naturales del adoptado y, el tema de los efectos de la extinción.

(208) Es curioso que, a pesar de los furibundos ataques en los últimos años a la intervención notarial en la adopción, a pesar de las poquísimas escrituras de adopción autorizadas por los Notarios (¿por qué?: otro impenetrable misterio) y a pesar del escaso rendimiento económico que la escritura de adopción reporta al Notario, si se repasan las aportaciones bibliográficas sobre esta materia en los últimos cincuenta años se observará que existe una elevadísima proporción de Notarios que se ocuparon del tema. ¿Otro misterio?

(209) Véanse GAMBÓN ALIX, *La adopción*, cit., págs. 178 y ss.; PERÉ RALUY, *op. cit.*, tomo I, páginas 479 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 280 y ss.; CASTRO LUCINI, *Comentario*, cit., págs. 1257 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 367 y ss.

(210) En el mismo sentido, CASTRO LUCINI, *op. cit.*, págs. 1257 y ss.

(211) Véase su *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 4.ª ed., 1968, pág. 208.

(212) Nótese que los artículos del Código Civil citados por DE CASTRO lo son en la redacción vigente en 1968.

(213) Distinguí a muy bien GAMBÓN ALIX (*op. cit.*, pág. 179, nota 121) «Una cosa es el valor privilegiado y preferente de la inscripción como instrumento probatorio, y otra que la inscripción se erija en requisito cuya concurrencia es indispensable para que el acto surja a la vida jurídica con plena efectividad» (subrayados míos: J. C. G.).

(214) Véanse GAMBÓN ALIX, *op. cit.*, págs. 301-425; CASTRO LUCINI: *Comentario*, cit., págs. 1221 y ss. y 1235 y ss.; CANO REVERTE, *op. cit.*, págs. 35 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 317 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 395 y ss.; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 706 y ss.

1. Consideración general previa

Es de toda lógica comenzar aquí con la afirmación de LACRUZ-SANCHO de que «en principio, y en la medida en que resulten adecuadas y adaptables, se aplicarán a la adopción las categorías de *ineficacia* del negocio jurídico» (215). La exposición más completa de este tema es la que efectuaba en su día MANTECA ALONSO-CORTÉS, al que sigo aquí por su gran claridad y con las matizaciones relativas al supuesto litigioso comentado. Se examinan, por tanto, seguidamente los posibles supuestos de *ineficacia* de la adopción:

1) *INEXISTENCIA*. Por falta de alguno de los elementos esenciales y constitutivos de la relación adoptcional: defecto de consentimiento, defecto de causa, defecto de formas esenciales constitutivas.

○ *Falta de consentimiento*: ha de ser un defecto absoluto, tanto del consentimiento del adoptante como el del adoptado.

La falta de *otros* consentimientos provocará la NULIDAD (216).

○ *Falta de causa*: bien porque ésta *falte totalmente* (supuesto improbable, dado que precisamente la intervención judicial tiene por *objeto comprobar oficialmente la existencia de la causa*) (217), bien porque sea *ilícita* (v.gr., adopción mediante precio o contraprestación, supuesto rechazable dada la naturaleza del negocio) (218).

○ *Falta de forma esencial constitutiva*. La adopción, como negocio *solemne* que es, exige con valor 'integrativo' la forma *habilitante* de la intervención judicial y la forma pública de la escritura. La *falta* de cualquiera de ellas o su *nulidad* provocan la inexistencia o la nulidad de la adopción. Este era el gran tema del litigio, según vimos, centrado en el quicio del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958].

2) *NULIDAD*. Esta sanción era recogida en el artículo 176 [redacción de 1958], fundamental en este litigio, aunque fueran supuestos claros de *inexistencia*. Hoy, con la reforma de 1970, ha desaparecido como función específica. Con todo, entiende MANTECA aplicable el artículo 4 del Código Civil [redacción de 1889] en los supuestos de infracción de las normas contenidas en los artículos 172 y 178 del Código Civil.

3) *ANULABILIDAD*. Los supuestos típicos son los de *vicios* del consentimiento.

(215) Véase *op. cit.*, pág. 706; concorde, MANTECA, *op. cit.*, pág. 317. Para la categoría general, indispensable la consulta de L. Díez-PICAZO: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», A. D. C., 1961, págs. 809 y ss., y *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1970, páginas 283 y ss.

Por supuesto, todos los que propugnan la eliminación de la escritura pública *se olvidan* de este tema de la ineficacia de la adopción.

(216) Véase, sin embargo, la *sentencia* de 11 de noviembre de 1961, que entiende que la falta del consentimiento del cónyuge del adoptante determina la *inexistencia* de la adopción. Con MANTECA habría que estimar que lo correcto es entenderla como *nulidad* *op. cit.*, pág. 319.

(217) MANTECA engloba aquí el *defecto de objeto* (transferencia al adoptante de la patria potestad) y el supuesto de *simulación*. Véase, sin embargo, la *sentencia* de 30 de mayo de 1951, que examina el supuesto de una causa consistente en obtener beneficios fiscales, estimándola válida.

(218) A pesar de ello, cabría afirmar que la *práctica totalidad* de las *adopciones constituidas* adolecen de este defecto sustancial. Me remito a los apartados correspondientes del análisis estructural efectuado anteriormente.

4) *RESCISION*. En sentido técnico, es una especie de la *anulabilidad* que opera por imperativo legal, fundada en que el negocio válidamente celebrado sufre una lesión objetivamente considerada. En este sentido, sólo hay una causa en el Código Civil: el artículo 177, 3, 2.º, equivalente al antiguo artículo 175, 2, 1.º, en la redacción de 1958. Este supuesto de hecho implica una *fricción* entre el principio de seguridad y estabilidad de la adopción y el derecho de los padres a no perder «por sorpresa» a los hijos si no es por causa a ellos imputable, problema que la ley resuelve a favor de los padres con ciertas limitaciones (219). Este era el gran tema del litigio aquí comentado, ya que los padres naturales *demandantes* habían ejercitado la acción de rescisión *en forma subsidiaria*, lo que les era más ventajoso: con la acción de nulidad ejercitada, bastaba probar la *falta* de un requisito legal (la 'audiencia' de los padres), en tanto que con la acción de rescisión habrían tenido que *pechar con la carga de la prueba* de que no hubo abandono o de que no fueron culpables del mismo (220).

5) *REVOCACION*. El negocio válidamente celebrado puede ser extinguido por un cambio de voluntad de uno de los sujetos del negocio. Causa *defendida* por todos los que entienden que la adopción es un negocio privado y *atacada* por quienes parten del principio general de irrevocabilidad de la adopción. LACRUZ-SANCHO dicen que en este punto la doctrina patria —*de lege ferenda*— y el Derecho comparado están divididos.

Como supuestos de *revocación* se citan (221): la contractual o por mutuo disenso (222), la legal, la judicial, la administrativa y la unilateral.

Respecto de las causas establecidas en el vigente artículo 177 del Código Civil, la doctrina también anda dividida: para LACRUZ-SANCHO, se trata de supuestos de extinción; para la doctrina mayoritaria, son supuestos de impugnación; para BERCOVITZ, son supuestos de revocación; para MANTECA, el primero es de revocación por voluntad condicionada de uno de los sujetos, el segundo es de rescisión y el tercero es de resolución; para CANO REVERTE, el primero es de resolución, el segundo de impugnación y el tercero de resolución (223).

6) *RESOLUCION*. La doctrina es casi unánime en considerar que esta causa es la contemplada en el artículo 177, 3, 3.º, del Código Civil.

2. La extinción especial a petición de los padres naturales del adoptado

Contemplada en el artículo 175, 2.º [redacción de 1958], pasa a ser el actual artículo 177, 3, 2.º Vimos ya, al tratar de la rescisión, las peculia-

(219) Solución criticada por ARCE, *op cit*, separata de la R G L J, pág 84

(220) Así, CASTRO LUCINI, *op cit*, págs 1221 y ss

(221) Véase CASTRO LUCINI, *op. cit.*, págs. 1221 y ss y 1238 y ss, donde plantea el tema de las excepciones al principio de irrevocabilidad y el engarce con los motivos 1.º y 2.º del recurso de la Diputación y el motivo 3.º del recurso de los adoptantes, ya que —al amparo de la acción de nulidad— los demandantes hubieran tenido que demostrar su falta total de culpabilidad en el abandono planteamiento que no se produjo en el supuesto, según vimos

(222) Véanse CASTRO LUCINI, *op et loc cit*, MANTECA, *op cit*, págs 344 y ss, quien recoge la idea de GAMBÓN ALIX (*op cit*, pág 356) de que «este criterio no ha sido ni con mucho universalmente aceptado, seguramente por el arrastre histórico de la adopción en cuanto que relación paterno-filial constituida a imagen de la naturaleza (subrayados míos. J C G)», y entiende que en el futuro esta idea progresará una vez se afirme la adopción como institución típica de la beneficencia.

(223) Es difícil dar un encuadre exacto a cada uno de estos supuestos, fundamentalmente dada la naturaleza de negocio contractual familiar que la adopción supone. Véanse con mayor detalle. MANTECA, *op cit*, págs. 346 y ss.; CANO REVERTE, *op cit*, págs 39 y ss, BERCOVITZ, *op cit*, págs 400-403, LACRUZ-SANCHO, *op cit.*, págs 707-708

ridades de esta acción y la carga de la prueba, tema obviado en el supuesto litigioso al ser ejercitada la acción en forma *subsidiaria*.

Las *diferencias de regulación* son examinadas atentamente por BERCOVITZ, y a su exposición me remito (224): en ella no falta la consabida 'puntada' a la escritura notarial en el tema del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, se alude a la difícil diferenciación entre nulidad y rescisión y se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre ella, *esta sentencia* aquí comentada).

3. Los efectos de la extinción de la adopción

Actualmente regulados en el artículo 173, 4.º, del Código Civil, que sienta la regla de irretroactividad en cuanto a los efectos *patrimoniales*. En cuanto a los efectos *personales*, la extinción es retroactiva para LACRUZ-SANCHO y para BERCOVITZ (con las salvedades en orden a la nacionalidad y la vecindad (225)).

Una vez declarada la ineficacia (extinción) de la adopción, ésta quedará como no producida. En cuanto al *adoptado*, vuelve a la situación anterior a la adopción y se reintegra en su familia natural. Precisamente esta *reintegración* es la finalidad de la impugnación ejercitada. Este tema, *huérfano de tratamiento* legislativo, jurisprudencial y doctrinal, *subyace* en el supuesto de hecho litigioso de la Sentencia de 1973 aquí comentada: ¿quid respecto de la niña adoptada? Las consecuencias de la nueva situación —pasados siete años—, ¿a quién se imputan?

RECAPITULACIÓN PARCIAL

Parece llegado el momento de dejar terminadas estas notas en orden a la dimensión *funcional* de la adopción y finalizar aquí con los puntos siguientes:

- 1.º Es necesario efectuar un planteamiento no dogmático de la institución, en relación con los distintos intereses en juego (W. FRIEDMANN).
- 2.º Bajo el perfil funcional, la adopción se presenta como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública.
- 3.º Los presupuestos subjetivos aluden al necesario juego de consentimientos, básico para dar vida a la adopción, cuyo incumplimiento origina la nulidad de la adopción (*ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Supremo). Complemento de lo expuesto, las declaraciones de voluntad implícitas en el consentimiento negocial pueden prestarse en documento fehaciente presentado al Juez.
- 4.º La situación de abandono debería ser declarada por el Juez y presenta una serie de particularidades típicas cuando el menor se entrega en un establecimiento benéfico, peculiaridades que adornan el supuesto de hecho litigioso.
- 5.º La conveniencia del adoptado es una regla de contenido indeterminado a completar teóricamente por el Juez, regla inserta dentro de un procedimiento típicamente administrativo.

(224) Véase *op. cit.*, págs. 407 y ss.

(225) Véase *op. cit.*, págs. 708 y 411-413, respectivamente.

- 6.º El expediente inicial de la adopción viene a ser en la práctica una fase 'prejudicial' normada por obsoletas disposiciones administrativas, sometida a las reglas del procedimiento administrativo (Ley de 17 de julio de 1958) y en la que la potestad del órgano aparece con un fuerte aspecto discrecional.
- 7.º El porqué de la intervención judicial en la adopción proviene de un arrastre histórico, sin una constante histórica y sin ser requisito permanente, uniforme y seguro, viniendo hoy a responder a la demanda social de un Juez superdotado y superespecializado. La actividad judicial es propia de la jurisdicción voluntaria, eminentemente administrativa, viniendo en lo estructural vinculada a la potestad, y en lo funcional, a un control administrativo superior.
- 8.º El porqué de la escritura pública de adopción responde a que la adopción es un acto privado familiar solemne, siendo el Notario la persona encargada de 'dar forma' a los actos jurídicos más importantes de la vida civil. La actividad notarial en la adopción podrá —*de lege ferenda*— ser excluida, pero la adopción seguirá siendo un negocio privado familiar, y la actividad notarial seguirá siendo la función pública de otorgar fehaciencia con carácter exclusivo y excluyente.
- 9.º El título de atribución del estado civil es el supuesto de hecho concreto del que depende su existencia jurídica. El valor de la inscripción no es constitutivo, sino medio de prueba privilegiado de los hechos inscribibles.
- 10.º De los numerosos supuestos de ineficacia o extinción que analiza la doctrina es de relevante importancia, en el supuesto de hecho litigioso, el de la rescisión a petición de los padres naturales del adoptado. Queda pendiente el tema de las consecuencias negativas en cuanto al adoptado tras la declaración de extinción de la adopción.

VI. CONCLUSIONES

Efectuadas las consideraciones previas que he creído necesarias, presentado en detalle el supuesto de hecho determinante de una adopción que ha motivado estas reflexiones, resumidas unas notas en torno a la dimensión estructural de esta adopción y perfilados los puntos pertinentes en orden a la dimensión funcional *de esta adopción*, parece posible cerrar este comentario y como resumen, a modo de conclusiones, presentar los criterios siguientes:

1.º La adopción *estructuralmente* parece responder a un tipo puro de ficción manifiesta creadora del símbolo de la generación entre adoptantes-adoptado. *Funcionalmente* aparece como un supuesto de hecho constitutivo de un procedimiento de Derecho privado con cierto control público.

2.º Parece detectable una discriminación social hacia las madres solteras y un extraño mercado de niños recién nacidos.

3.º La entrega de un menor aparece rodeada de oscuras maniobras,

que evidencian la necesidad de una actividad administrativa de control total.

4.º La adopción, como negocio bilateral que es, requiere la prestación de los consentimientos básicos para darle vida. El incumplimiento de este requisito, causa de *nulidad* de la adopción, es la *ratio decidendi* del supuesto litigioso comentado (considerandos 1.º y 4.º de la sentencia del Tribunal Supremo).

5.º El expediente inicial de la adopción, fase prejudicial administrativa, está sometido a las reglas del procedimiento administrativo y debe adecuarse al principio de legalidad.

6.º El porqué de la intervención en la adopción, tanto del Juez como del Notario, responden plenamente a los criterios de la política jurídica y no son constantes históricas uniformes y permanentes.

7.º La actividad desarrollada en la adopción por el Juez es eminentemente administrativa y no jurisdiccional. La actividad notarial es la típica de dar fehaciencia y forma jurídica a los actos de la vida civil, y en la adopción responde a la consideración de la misma como un negocio privado familiar solemne.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

BIBLIOGRAFIA

La relación bibliográfica en tema de adopción sería muy abundante. Se ha procurado de intento una *selección* cuidada, que es *la directamente utilizada* en este trabajo, como sigue:

- SANCHO REBULLIDA, F.: «Notas para la perfección y forma de la adopción», en esta *Revista*, 1965, págs. 1109 y sigs.
- VERGER GARAU, J.: «Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en *R. J. Cat.*, octubre-diciembre 1968 (ed. separata).
- DE LA VALLINA, A.: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción», en *RDP*, 1969, págs. 437 y sigs.
- CANO REVERTE, J. M.: «La nueva adopción», en *R. D. Not.*, 1971, págs. 7 y sigs.
- CASTRO LUCINI, F.: «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta *Revista*, 1971, págs. 41 y sigs. y 829 y sigs.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «La adopción», en *ADC*, 1971, págs. 685 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, G.: «El nuevo régimen de la adopción», en *ADC*, 1971, páginas 789 y sigs.
- MANTECA ALONSO-CORTÉS, J.: «La adopción (Comentarios a la reforma de 1970)», en *R. D. Not.*, 1971, págs. 101 y sigs.
- RODRÍGUEZ CARRETERO, J. A.: *La persona adoptada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.
- CASTRO LUCINI, F.: «Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *ADC*, octubre-diciembre 1973, páginas 1218 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, G.: «De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción» (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 8 de junio de 1973), en *Estudios F. de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, páginas 619 y sigs.

- RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J.: «Visión crítica de la escritura de adopción», en *R. D. Not.*, 1979, págs. 397 y sigs.
- LÓPEZ CABALLERO, A.: «La adopción en Alemania», en *RGLJ*, 1981, págs. 561 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. rev., Edersa, Madrid, 1982, págs. 260 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en vol. *Il Diritto del minore alla famiglia*, Napoli, 1982, págs. 391 y sigs.

III. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD. ACCION DECLARATIVA. IDENTIFICACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, revocatoria de la del Juzgado número 3 de Oviedo, por estimar que la finca estaba perfectamente identificada.

Manifiesta nuestro más Alto Tribunal que para la acción declarativa de propiedad se exigen los mismos requisitos esenciales que para la reivindicatoria, entre los que figuran la posesión de la cosa por el demandado o al menos una posición frente al dominio que lo haga dudoso o lo desconozca, y también la misma acción exige la prueba de la identidad de las fincas de que se trate, sin que interese la circunstancia de que el demandado esté poseyendo de hecho la cosa reclamada si no se solicita su entrega ejercitando la acción reivindicatoria. Siendo de la competencia del Tribunal de Instancia apreciar la identificación teniendo para ello presente todos los elementos aportados al pleito y la esencialidad o accidentalidad de las discrepancias que puedan existir en cada caso en cuanto a linderos, extensión y demás elementos que se hayan de tomar en cuenta.

PROPIEDAD. TERCERA DE DOMINIO. EMBARGO POR DEBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, revocatoria de la del Juzgado número 3 de Zaragoza, por la parte demandante y apelada, ya que, según el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la tercera de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor, dominio que ha de corresponder al «tercero» que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercera es propiamente «tercero», es decir, no es el deudor en este caso, de las cuotas de la Seguridad Social que integraron el crédito a ejecutar; y de lo actuado deriva sin duda alguna que el recurrente carece de aquella condición de tercero por cuanto es el mismo deudor titular y representante legal de la empresa.

SERVIDUMBRE DE PASO. TERCERO CIVIL E HIPOTECARIO. BUENA FE (ARTS. 541 DEL CODIGO CIVIL Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA) (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmando la del Juzgado número 3 de esa ciudad conforme a la siguiente doctrina:

Que, sintéticamente expuestas, fueron circunstancias básicas del proceso, origen de este recurso, las siguientes: a) en pleito seguido por don R. S. F. contra los hermanos señores N. R. se dictó por la Audiencia Territorial de Sevilla sentencia definitiva en diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno, quedada firme por la del Tribunal Supremo de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno, que desestimó el recurso de casación por quebrantamiento de forma contra ella interpuesta por dichos hermanos; b) en dicha resolución se declaró la existencia de una servidumbre de paso, con fundamento en el artículo quinientos cuarenta y uno del Código Civil, a favor de la finca del señor S. F., gravando la de los hermanos N. R.; c) estos hermanos venden, por escritura pública de diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, parte de su finca sirviente al señor A. G., quien la inscribe en el Registro de la Propiedad; d) éste intenta, compareciendo como tercero, suspender la ejecución de aquella sentencia, que restablecía o reconocía la servidumbre sin éxito por serle negada por el Juez, y la Audiencia, en apelación, su cualidad de tercero; e) finalmente, el señor A. G. interpone la demanda origen de este recurso, mediante acción negatoria de servidumbre, contra don R. S. F., titular del fundo dominante, quien opone la excepción de cosa juzgada (operada por

la Sentencia de Sevilla de diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno), que es admitida por el Juez de Primera Instancia en atención a lo dispuesto en el artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil y no ser tercero de esta clase el actor, sino parte por su condición de causahabiente de los hermanos N. R., dueños del fundo sirviente transmitido al señor A. G. con esa servidumbre según el fallo firme citado.

Que apelada la citada resolución de primer grado, la sentencia que hoy se recurre la confirma y funda su desestimación en dos conclusiones decisivas: a) no ser tercero civil el actor adquirente de la finca gravada; y b) no serlo tampoco hipotecario; lo primero por ser causahabiente de quienes ostentaban el dominio de la finca gravada con una servidumbre de paso, es decir, adquirente de la misma según su situación jurídica (artículos mil doscientos treinta y ocho, mil doscientos cincuenta y dos y mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil), y lo segundo porque como subadquirente de un derecho real hipotecario —el dominio— aun sin constancia tabular de la servidumbre, no puede acogerse al beneficio de la fe pública registral por carecer de uno de los presupuestos esenciales que para ello exige el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, es decir, la buena fe (que en el caso sería el desconocimiento de la servidumbre de paso que gravaba la finca adquirida como situación jurídica extrarregistral), buena fe que aparece contradicha por la prueba que pormenorizadamente aprecia, en el sentido de que hubo sin duda una colusión, acuerdo o confabulación entre los titulares registrales transmitentes y el comprador (hoy recurrente) para, al amparo y cobertura del artículo treinta y cuatro citado, mediante la creación artificiosa de la figura del tercero hipotecario, eludir con esa compraventa aparente la existencia y eficacia jurídica de la citada servidumbre, gravamen que dichos transmitentes pretendieron eliminar anteriormente al oponerse a la demanda que el dueño del predio dominante, señor S. F. (al que demanda el hoy recurrente y es por tanto recurrido ahora), entabló para que dicha servidumbre se declarase existente, como así se hizo por la Sentencia de Sevilla de diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno, con la circunstancia añadida de que la compraventa, como se ha dicho, y su escritura pública lleva fecha de diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, es decir, a escasos días de la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno, confirmatoria de la de Sevilla, y que es la declaración judicial que se pretende eludir mediante la simulación que aprecia y sienta la sentencia hoy impugnada.

Que solamente y en hipótesis, de modo subsidiario y *ad abundantiam*, la sentencia recurrida añade para reafirmar aún más la denegación de la demanda de la doctrina de esta Sala relativa a la desaparición del requisito de la buena fe —integrante con otros de la condición de tercero hipotecario—, cuando la realidad extrarregistral sea tan nitidamente ostensible que por sí misma impida admitir que fuera desconocida por el pretendido tercero subadquirente, con cita de las sentencias, entre otras más antiguas, de siete de noviembre de mil novecientos once, tres de enero de mil novecientos trece, seis de abril de mil novecientos cuarenta y seis, veintitrés de enero de mil novecientos setenta y dos y dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y tres, realidad extrarregistral que ha de prevalecer frente a la que el Registro incorrectamente proclama.

Que los motivos primero, tercero, cuarto y quinto del recurso se refieren

a la inaplicación e interpretación errónea, bien de los artículos treinta y dos y treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, ora del artículo seiscientos seis del Código Civil, pero con una incidencia en el fondo común de sus razonamientos, cual es la prevalencia de la inscripción registral y la concurrencia de buena fe en el señor A. G. como adquirente y acreedor al beneficio de la fe pública registral como tercero hipotecario prefigurado en el artículo treinta y cuatro de la Ley, con fundamento en la presunción que la propia Ley establece, mas con olvido —lo que conlleva su desestimación— de que ese concepto de buena fe deriva de una situación de hecho que, aunque personal y subjetiva (creencia, desconocimiento: confianza en la titulación registral; ignorancia de la realidad extrarregistral), es en todo caso sólo discriminable por el juzgador mediante la apreciación de la prueba, con todo lo que ello implica de convencimiento o convicción en armonía, ciertamente, con los datos o elementos probatorios que se le hayan proporcionado mediante su análisis razonable y ponderado, lo que a su vez entraña que únicamente podrá ser desvirtuada aquella apreciación judicial a través de la demostración probatoria contraria a cargo del recurrente y por la vía adecuada, pues en tanto no se haga así siempre quedarán los motivos del recurso como otra apreciación sujeta a la subjetividad de la parte, respetable, pero sin más consecuencias mientras la judicial no sea enervada, cosa que no se consigue, por lo demás, con la articulación del motivo segundo, que intenta demostrar la concurrencia del error de derecho (al amparo del número séptimo, artículo mil seiscientos noventa y dos) en la apreciación de las pruebas, pero citando a tal efecto la infracción del artículo treinta y cuatro, segundo, de la Ley Hipotecaria, sin parar mientes en el carácter meramente sustantivo y definitorio de la norma que cita, relativa a la presunción legal, pero *iuris tantum*, de la buena fe, que en rigor no establece una regla valorativa de la prueba, sino una presuposición susceptible de prueba en contrario, que es justamente lo operado y estimado judicialmente y lo no contraprobado o contradicho por el recurrente, es decir, la existencia en él de mala fe en el sentido de conocer la realidad extrarregistral, como con todo detalle se razona en la sentencia recurrida, relativamente a la connivencia entre aquél y los vendedores de la finca gravada, quienes de consuno y a sabiendas operan la transmisión con el fin de adquirir la condición de tercero, apreciación que en modo alguno aparece destruida y que por ello ha de mantenerse de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta, veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, siete de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, etc.) respecto a que la determinación de la buena o mala fe del adquirente es una cuestión de hecho cuya apreciación y decisión compete al Tribunal de Instancia salvo error patente por éste sufrido, y de lo que resulta que el juzgador puede, pese a la presunción legitimadora del Registro y de la presunción legal sobre la buena fe, declarar la existencia de la situación subjetiva contraria.

PROPIEDAD. ACCION REIVINDICATORIA. PROCEDENCIA. IDENTIDAD DE LA FINCA (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Fraga, por cuanto ambos juzgadores que el resultado que ofrece la prueba practicada cumplidamente acredita y corrobora los requisitos jurisprudencialmente exigidos por la doctrina reiterada de esta Sala en orden a la titularidad dominical de la accionante, la identificación de la finca y la ocupación por los interpelados sin título que les legitime para ello.

COMUNIDAD DE PASTOS. DIFERENCIAS ENTRE COMUNIDAD Y SERVIDUMBRE DE PASTOS. ARTICULOS 392, 394, 600, 601 Y 602 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Lerma conforme a las siguientes consideraciones:

Pueden sentarse como hechos probados, al estar reconocidos por ambas partes contendientes o no haber sido refutados en forma: A) La identificación de la finca litigiosa. B) La circunstancia de que la misma se encuentra rodeada de otras particulares pertenecientes a los vecinos de C. de C. C) La existencia de abundante documentación que cronológicamente tiene su comienzo en una sentencia «arbitral» de diez de julio de mil quinientos cincuenta y dos, ratificada por otra «de rebista» de mil setecientos ochenta y dos, que acreditan la existencia desde tiempo inmemorial de un aprovechamiento común de pastos en referida finca.

Que contra la resolución dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos se formuló este recurso, integrado por tres motivaciones, de las cuales la tercera se articula por vía del ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Ritos, al entender el Ayuntamiento de S. M. del M. que la sentencia impugnada es incongruente por otorgar su fallo más de lo pedido y no contener declaración sobre la pretensión de dominio de ambos pueblos contendientes sobre la finca en cuestión, como se interesaba por la actora.

Que el motivo está condenado al fracaso por diversas razones, entre las cuales, y como de índole exclusivamente formal, aparece que en el mismo se omite toda referencia tanto al artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal como al concepto en que el mismo pueda haber sido infringido, requisitos ambos de esencial mención en la casación según tiene manifestado con insistencia esta Sala (Sentencias de diez de abril y tres de julio de mil novecientos ochenta y uno y seis de abril de mil novecientos

ochenta y tres, así como autos de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y nueve y veintidós de enero, veintidós de abril, veintitrés de junio, diecisiete de septiembre y quince de octubre de mil novecientos ochenta).

Que el perecimiento del citado motivo radica, además, en la inexactitud de su fundamentación, toda vez que en la súplica del escrito de demanda se contienen dos peticiones: la *principal*, que ofrece a su vez al juzgador una doble alternativa: la declaración de propiedad en favor del Ayuntamiento de C. de C. de la parcela objeto de discusión, o en otro caso la de copropiedad de la misma respecto de ambos Municipios, y la *subsidiaria*, en que se solicitaba la declaración de existencia de una mancomunidad o comunidad de pastos, que es precisamente sobre la que se han pronunciado las dos sentencias, con lo cual se ha resuelto, y muy cumplidamente por cierto, con el requisito de la congruencia.

Ahora el segundo motivo de examen previo al primero por razón de su contenido, dado que él, aun cuando con base en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria, se alega que la sentencia impugnada infringe el artículo seiscientos uno del Código Civil «por aplicación indebida, aunque tácita, en cuanto al artículo pero expresa en cuanto a la jurisprudencia», es lo cierto que al citar como vulnerado dicho precepto, lo que se está realmente ofreciendo a la ponderación de este Tribunal es una cuestión de competencia jurisdiccional que ha de ser resuelta previamente a cualesquiera otra, salvo la relativa a la incongruencia ya examinada; igualmente se reprocha en este motivo al juzgador de apelación la calificación de condominio romano o de comunidad germánica que del terreno en cuestión hace, ya que para el Ayuntamiento recurrente se trata de una servidumbre en todo caso.

Que el mismo resultado adverso de los preceptos corresponde a este motivo, en primer lugar y conforme a una adecuada técnica de casación, por concurrir en él, cual acontecía con el tercero, diversos defectos de carácter formal, toda vez que: I) En este extraordinario recurso únicamente puede alegarse la infracción de normas claras, patentes, expresas y no cual aquí se hace la aplicación indebida *tácita* del artículo seiscientos uno del Código Civil. II) A su vez, y como se ha ya indicado, el Ayuntamiento recurrente lo que está realmente haciendo en este motivo es denunciar una posible falta de competencia jurisdiccional, en cuanto —dice— si lo que se declarare en la resolución impugnada es la existencia de una mancomunidad de pastos al entrar en juego el precepto que se estima infringido la competencia para conocer del tema correspondería a otra jurisdicción; por ello el Municipio impugnante debió proponer la cuestión por el cauce del ordinal sexto del artículo mil seiscientos noventa y dos en lugar de por el primero, como ha hecho.

Que adentrándose más en un tema que como el de la competencia jurisdiccional, aun cuando no propuesto a lo largo de la litis es de obligado examen por los Tribunales, incluso *ex officio*, ha de insistirse en la desestimación del motivo, toda vez que el espinoso problema planteado por los artículos seiscientos a seiscientos dos del Código Civil, en orden a la distinción entre «servidumbres» y «comunidades» de pastos y leñas, respecto del cual y durante mucho tiempo la doctrina de esta Sala no ha mantenido criterios constantes, comienza a resolverse con la Sentencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, que señala como nota distin-

tiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarlas comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la «servidumbre» y en el segundo la de la «mancomunidad», ya que hay un dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible, cual acontece en este caso.

Que al hacer las indicaciones contenidas en este motivo y alegar la infracción del artículo seiscientos uno del Código Civil, olvida el Ayuntamiento recurrente algo fundamental: que la doctrina jurisprudencial ha delimitado ya claramente el marco de la competencia de las autoridades administrativas en lo que a esta materia se refiere, estableciendo a tales efectos que la esfera de actividad de aquéllas viene exclusivamente referida a la posesión de hecho y de disfrute de los partícipes y no afecta, no a las cuestiones que puedan implicar alteración de la posesión ni tampoco a la declaración de derechos, que es precisamente lo que aquí se discute (auto de veinte de abril de mil novecientos quince y Sentencias de nueve de enero de mil novecientos veinte y doce de julio de mil novecientos ochenta y dos).

Que el primer motivo, formulado con apoyo en el mismo número y precepto que el anterior, acusa aplicación indebida de los artículos trescientos noventa y dos y trescientos noventa y cuatro del Código Civil y de la jurisprudencia interpretativa de los mismos, ya que —dice— «no se aprecia en los autos el derecho de la comunidad de bienes de tipo romano ni de ningún otro tipo»; esta motivación ha de ser también desestimada: I) Porque prescindiendo de la afirmación que se dice hecha por la Sala de que se trata de una comunidad romana, inexacta porque la resolución impugnada la califica de germánica o en mano común, y prescindiendo también de la incierta afirmación de que la Audiencia «hace suya» la sentencia del Juez, ya que lo en realidad declarado es que se aceptan sus considerandos únicamente «en cuanto no se opongan a los de esta resolución», es lo cierto que el Ayuntamiento de S. M. del M. lo que intenta es hacer caso omiso de las declaraciones del Tribunal de apelación en cuanto a la valoración de la prueba practicada, entre las cuales destaca la del segundo considerando, en orden a estimar la existencia de la mancomunidad de pastos por ser «firme convicción a la que llega esta Sala después de examinar y valorar toda la prueba ofrecida y practicada en autos y de manera especial la muy cumplida y excepcional, por su antigüedad, documental aportada con la demanda constituida por las Reales Cartas Ejecutorias de la Cancillería de Valladolid de dieciocho de septiembre de mil setecientos ochenta y quince de diciembre de mil setecientos ochenta y tres», razón por la cual la roturación realizada por el Ayuntamiento demandado, que es causa inmediata de este proceso, «constituye una manifiesta violación de la constituida comunidad por cuanto deja privado al Ayuntamiento demandante y a sus vecinos del legítimo derecho de pastos que tenían adquirido desde tiempo inmemorial».

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1984).

La comunidad de propietarios de la casa número 3 de la calle Hermanos B., en la ciudad de S., interpone demanda contra los propietarios de un local y la entidad arrendataria del mismo, que había realizado obras en el patio común, cuyo uso exclusivo la correspondía según los estatutos, solicitando que se condene a los demandados al derribo de las obras de cobertura del patio de luces en cuestión y desmonten los aparatos de captación y extracción de aire instalados en el mismo, dejando el patio en el mismo estado y ser que tenía antes de llevarse a efecto las obras.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca estimó la demanda y condenó a los demandados a desmontar las casetas instaladas en el patio y terraza del edificio y dejar el patio y terraza en el mismo estado en que se encontraban antes de levantar las casetas, sentencia que fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante conforme a las siguientes consideraciones:

Que el motivo primero del recurso, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documento auténtico; señalando al efecto, de reputarlo documento auténtico, el acta de la prueba de reconocimiento judicial o inspección personal del Juez, obrante al folio doscientos setenta y ocho del juicio de que el presente recurso dimana, concretando que en dicho lugar se consigna que «observados otros patios pertenecientes a la casa objeto de este reconocimiento, se observa que todos ellos están cubiertos con trabajo de albañilería y con baldosín rojo, existiendo en alguno claraboyas fijas cubiertas por cristales», lo cual, según este motivo, significa tanto como incidir en error de hecho, confundiendo «una obra nueva que modificara la constitución de un patio común, privando a la comunidad del espacio comprendido entre el suelo y la cubierta, con las obras de acondicionamiento» indispensables para el uso del local; alegación manifiestamente débil, ya que: A) A partir de la afirmación de ser el patio elemento común del edificio y corresponder al titular del local «el uso exclusivo y no la propiedad», según se ha comprobado largamente, es obvio que carecía dicho titular propietario y no podía consiguientemente autorizar a su arrendatario para la obra cuyas características también se han recordado prolijamente, y por las cuales, como acertadamente entendió la Sala de instancia, se dispone de un elemento ajeno por pertenecer el mismo a la copropiedad y ésta a todos (y no sólo al disponente) los dueños de pisos o locales, según el artículo tercero de la Ley cuarenta y nueve/mil novecientos sesenta, de veintinueve de julio, sobre Propiedad Horizontal; excepiéndose las facultades reconocidas a los propietarios de cada piso o local, según el séptimo, por alterar la estructura general del inmueble, su configuración o estado exteriores y afectar así al título constitutivo, conforme al once, por lo cual debió ir precedida la obra, de acuerdo adoptado en junta de propietarios,

con sujeción a la norma de la unanimidad prevenida en el dieciséis, sin que el dato en que el motivo se funda de estar cubiertos con obra otros patios sea determinante si el litigioso sigue siendo elemento común y la obra no aparece autorizada a tal punto que ni siquiera se tiene alegada la existencia de la indispensable autorización. B) Aparte lo cual, tiene que recordarse que, según constante doctrina de esta Sala, que por lo reiterada es ocioso circunstanciarla, el documento auténtico a que se hace referencia en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos (como único elemento probatorio apto para alterar el *factum* de la sentencia de instancia que por regla general escapa del control de este extraordinario recurso de casación) no coincide con el acta de la prueba de reconocimiento judicial (artículos seiscientos treinta y tres a seiscientos treinta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o de inspección personal del Juez (mil doscientos cuarenta y mil doscientos cuarenta y uno del Código Civil), la cual no es documento auténtico ni siquiera en cuanto recoja, por la directa percepción sensorial del Juez que la practique, «las exterioridades de la cosa inspeccionada», a que se refiere el citado artículo mil doscientos cuarenta del Código Civil (Sentencia, entre las últimas, de veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro); debiendo, desde otro punto de vista, ser literosuficiente, o lo que es igual, ha de revestir tal eficacia demostrativa que la simple lectura de su texto, sin necesidad de aclaraciones interpretativas, ni operaciones deductivas, ni analogías, ni hipótesis, patentice la equivocación del juzgador de modo irrefutable y desde el literal contraste o confrontación entre el contenido del documento y el hecho que declaró probado (improcedentemente por la existencia del documento) el juzgador de la instancia.

Que el segundo de los motivos del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción (sin expresar el concepto de la misma, por lo cual incide en la causa de inadmisión, y ahora en la corriente fase de decisión, causa de desestimación, cuarta del mil setecientos veintitrés, en relación con el mil setecientos veinte) de los artículos cuatrocientos treinta y uno, cuatrocientos treinta y dos y cuatrocientos ochenta del Código Civil; preceptos de contenido heterogéneo que al invocarse dentro de un mismo motivo significan otro defecto procesal por oponerse esa yuxtaposición a la «precisión y claridad» exigidas, además del concepto de la infracción, en el ya citado artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero superando planteamiento tan defectuoso desde el punto de vista formal, tampoco merecería estimación este motivo en cuanto que no ofrece relación alguna el contenido de los artículos con los fundamentos de hecho de la demanda, pues, en efecto, no se pone en duda que la posesión se puede tener por medio de otra persona (cuatrocientos treinta y uno) ni que la posesión puede tenerse no sólo en el concepto de dueño, sino en el de tenedor de la cosa o derecho para poseerlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona (cuatrocientos treinta y dos), ni que, consiguientemente, el arrendatario sea poseedor y pueda estar autorizado por el arrendador para efectuar obras de acondicionamiento del local; pero todo ello no conlleva que desde el local arrendado, y con ocasión de las obras de acondicionamiento del mismo, debidamente autorizadas por el arrendador, se disponga de un elemento común del inmueble sobre el cual

el arrendador no tiene otro derecho que el de uso, perteneciendo el dominio a la comunidad, que es lo sucedido; sin que se descubra el sentido de invocarse asimismo el artículo cuatrocientos ochenta, relativo al derecho real de usufructo, que no puede confundirse en modo alguno con el derecho de usar del patio que corresponde al titular del local según los términos antes ampliamente consignados de la escritura de constitución de la división horizontal (derecho que ciertamente fue cedido isegregablemente con el local, y por el concepto de arrendamiento, por los titulares de la propiedad al C.); pues siendo derecho de uso, por formar parte del «Estatuto Privativo», contenido en el «título constitutivo» (párrafo tercero del artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal) de cierta sustancia real al poder perjudicar a tercero si se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, y a diferencia de las normas de régimen interior objeto del artículo sexto y pensadas por el legislador para sólo regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los elementos y servicios comunes, con índole puramente obligacional, de existencia por tanto eventual como potestativa que es, pero, con todo, no autoriza aquel derecho más allá de la mera utilización del patio común y conforme a los términos del «título constitutivo», notoriamente excedidos con la obra ejecutada por el ente arrendatario; pues, en efecto, se trata de un «patio de luces» (en el sentido de las Sentencias de esta Sala de dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y dos, treinta de diciembre de diciembre de mil novecientos setenta y cinco y dos de enero de mil novecientos ochenta, entre otras), o sea, de uno más de los elementos necesarios, y por ello comunes, para el adecuado uso y disfrute de los diferentes pisos y locales (párrafo primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil) y abarcado por la copropiedad atribuida a los titulares de éstos (apartado *b*) del artículo tercero de la Ley de Propiedad Horizontal); viniendo los patios de la clase expresada destinados a darles luz y aire a los pisos y locales, y no pudiendo, consiguientemente, el titular del local a que esté atribuido el derecho de uso ejecutar obras en el mismo sin acuerdo previo unánime de la Junta conforme a los textos legales antes recordados (Sentencias de treinta de junio de mil novecientos sesenta y siete y veintiuno de mayo de mil novecientos setenta); y aun parando la atención muy especialmente en la facultad de usar el patio en exclusiva, pero claramente se le adjetiva al patio llamándole «descubierto» y separando tal uso del derecho de propiedad, expresamente atribuido este último a la comunidad; supuesto análogo (cuando menos) al que contempló la Sentencia de esta Sala de dos de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro al sentar la doctrina de que la «exclusividad» del uso y disfrute se limita al patio descubierto, que ha de conservar «su carácter de tal» y su «peculiar destino», sin que autorice utilizaciones y disfrutes que reduzcan siquiera la extensión descubierta.

PROPIEDAD. TERCERIA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 11 de esta capital, teniendo en cuenta que al implicar la acción real de tercería de dominio el ejercicio de una acción reivindicatoria, la doctrina de esta Sala proclama el cumplimiento por el actor de los presupuestos de identificación de la cosa cuya reivindicación se pretende, el dominio sobre la misma, la eficacia del título que la ampara y la concreción de la perturbación y de quien la provoca; y no ha resultado probado el dominio del actor sobre los bienes reivindicados.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

La comunidad de propietarios de un inmueble demanda a la que fue dueña de todo el edificio, y que tras constituirlo en régimen de propiedad horizontal lo vendió por pisos y locales, a fin de que se declare ser elemento común, y por tanto pertenecer a la comunidad de propietarios, la vivienda sita en la planta baja ocupada por la portera que tenía la propiedad, a lo que se opone la demandada por vía reconventional, pidiendo se declare ser de su exclusiva propiedad tal vivienda, no obstante haber sido destinada a portería, la cual se inscribió a su nombre bajo número independiente con su cuota correspondiente en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid estimó la demanda y declaró que la portería era elemento común, debiendo anularse la inscripción registral realizada a favor de la demandada. Por contra, la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la del Juzgado declarando ser de propiedad plena y exclusiva de la demandada el piso objeto del litigio.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante conforme a las siguientes consideraciones:

Que admitiendo la comunidad de propietarios recurrente que la acción por ella ejercitada es la reivindicatoria de la finca número cuatro o piso bajo de la casa situada en esta capital, en la calle del A. S. de B., número cuatro, edificio constituido en régimen de propiedad horizontal a virtud de la oportuna escritura pública de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis, contra los concisos razonamientos de la sentencia recurrida, según los que la referida comunidad actora no acreditó su dominio sobre la finca independiente en cuestión, así como no solicitó en el escrito de demanda la nulidad de la mencionada escritura, accediendo, por el contrario, a la pretensión reconventional de la propiedad de la repetida finca número cuatro ejercitada por la demandada, se alzan los nueve motivos del recurso, adquiriendo particular relieve en este trámite casacional, con la necesi-

dad de su análisis prioritario, el motivo noveno, habida cuenta de que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal relativa a la exigencia de solicitar por el reivindicante la nulidad del título del demandado.

Que, en efecto, la demandada en las presentes actuaciones, hoy recurrida, ostenta el título de dominio, de indudable relevancia, que representa la escritura pública de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis de división horizontal del edificio donde radica la finca número cuatro, objeto de la litis, en cuanto como única propietaria del inmueble dividido se el atribuyó su propiedad, llevándose a efecto la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal con observancia de los requisitos que la Ley especial sobre la materia de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta establece en su artículo quinto, con lo que es obvio que el título de la aquí demandada, definidor de su dominio sobre la cosa objeto de la reivindicación, afecta no sólo al interés singular de la misma, sino también al de la totalidad de los propietarios de los diversos pisos o locales en que el edificio se dividió, lo que determina que toda petición orientada, mediante el ejercicio judicial de la acción oportuna, a contradecir la virtualidad o eficacia del título de uno de los propietarios singulares, con la consecuencia que se pretende en el caso de la controversia de eliminar el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y al que se fijó su cuota de participación, convirtiéndolo en un elemento común por afectar al título constitutivo de la propiedad, requiera actuarse con observancia de los requisitos que al efecto establece la preceptiva contenida en la norma primera del artículo dieciséis de la Ley sobre Propiedad Horizontal, norma legal de derecho necesario, cuya aplicación exigía la ineludible postulación y era presupuesto indispensable para el éxito de la pretensión que se articula en el sentido de que se declare que una finca descrita como de propiedad singular en el título constitutivo es un elemento común del inmueble donde radica.

Que en razón a lo argumentado, la sentencia recurrida, al establecer como uno de los presupuestos de su fallo desestimatorio de la demanda la de haberse admitido en ella petición de nulidad del título constitutivo del edificio donde radica la finca objeto de la pretensión actora en régimen de propiedad horizontal, no hizo aplicación indebida de la doctrina legal que sanciona la exigencia de tal petición de nulidad, pues aunque es cierto, como se argumenta en el recurso, que la doctrina legal expuesta, según también reiterada jurisprudencia de esta Sala, admite excepciones cuando el título del demandante es inferior al del demandado, cuando se derivan de documentos independientes entre sí o se discuten cuestiones de preferencia o no son contradictorios los títulos, no lo es menos que en el caso de la litis no concurren ninguna de dichas circunstancias, y con particular relieve la de que el reconocimiento de la virtualidad y eficacia del título aducido por la Comunidad actora pueda ser determinante de manera implícita de la nulidad del título de la demandada, pues este último título, al referirse a finca integrada en el régimen de la propiedad horizontal, requiere ser desvirtuado mediante pretensión concreta deducida con observancia de las normas legales a que se ha hecho mérito en el razonamiento que antecede, sin que sea obstáculo para ello lo que con carencia de fun-

damento argumentó la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, en el sentido de que nunca podría lograrse la unanimidad requerida por la norma primera del artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal, pues tal unanimidad hay que entenderla en caso de litigio, cuando concuren a él, personalmente o representados, todos los propietarios, ya lo sean en concepto de demandantes o de demandados, discutiendo la reforma del título constitutivo, que, en su caso, ha de sancionar el órgano jurisdiccional, a lo que no es ocioso añadir en relación al tema de la nulidad del título de la demandada, en el caso concreto que nos ocupa, que tal nulidad, en lo referente al título constitutivo en régimen de propiedad horizontal, puede ser parcial, y en lo que hace relación a la integridad del mencionado título, simplemente rectificadora en lo que el mismo quede afectado por la referida nulidad parcial, y sin que ello signifique, por consiguiente, que la Comunidad actora postule la nulidad del título que le legitima para actuar, al derivar del mismo su derecho.

Que por lo expuesto decae el motivo noveno del recurso y, por consiguiente, es válida la afirmación de la sentencia recurrida en orden a la necesidad, para que las pretensiones ejercitadas por la actora pudieran prosperar, de que se hubiera solicitado la nulidad del título de la demandada, lo que al ser soporte suficiente para el mantenimiento del fallo desestimatorio de la demanda, hace que sea innecesario el análisis de los restantes motivos del recurso en lo que están orientados a denunciar infracciones afectantes a la acción ejercitada por la actora, que, en su caso, hubieran podido determinar la casación de la sentencia recurrida; mas como tales motivos, en razón a la interdependencia entre lo que es materia de la demanda y objeto de la reconvención, puede determinar la procedencia o improcedencia de la acogida de ésta, se impone el análisis de los mismos, aunque concretado al extremo en que se combate el fallo de la resolución impugnada estimatorio de la referida reconvención.

Que el principal tema que plantea el recurso, en orden a la impugnación de la demanda reconvencional, radica en la calificación de la finca número cuatro del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal como elemento común, tesis de la Comunidad actora, aquí recurrente, que había de hallar su ineludible soporte fáctico en los motivos primero y segundo del recurso, en los que, por la vía del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa, respectivamente, error de derecho en la apreciación de la prueba, «al no tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo mil doscientos treinta y dos del Código Civil», y error de hecho en la misma apreciación probatoria, motivos cuyo rechazo se impone, por cuanto: a) de lo confesado judicialmente por la demandada en orden a que en el edificio antes de su constitución en régimen de propiedad horizontal existía portera con derecho a vivienda, radicada precisamente en la que después fue finca número cuatro, y que tal situación continuó ya constituida la propiedad horizontal, y enajenados los diversos pisos y locales del edificio, no se deduce que al transmitir aquéllos, la mencionada finca número cuatro se integrara en tales transmisiones como elemento común del inmueble, ni significa por parte de la demandada un reconocimiento de que así fuera, siendo la única consecuencia que podría ser dable extraer de lo confesado la de que ello originara el hecho base para establecer una presunción en el sentido pretendido por la parte recurrente, pero sin poder darle, sin más, el sig-

nificado de que entrañaba un reconocimiento de lo que no se admitió, y b) el documento supuestamente auténtico que se señala en el motivo segundo como demostrativo del error de hecho en la apreciación de la prueba, carece de la calidad de tal, al referirse únicamente a la oferta hecha a todos los inquilinos del inmueble, de venta en régimen de propiedad horizontal de sus respectivas viviendas, lo que no implicaba, sin necesidad de deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis, que en tal oferta se comprendiera, como obligación de la propietaria, la de integrar en el título constitutivo de la proyectada propiedad horizontal, la vivienda que a la sazón ocupaba la portera del edificio, como elemento común.

Que la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso acarrea la repulsa de los articulados como tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo del mismo, pues todos ellos, deducidos por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo trescientos noventa y seis, párrafo primero, del Código Civil —motivos tercero y cuarto—, de la doctrina legal relativa a la necesidad de acreditar el dominio del actor sobre la finca reivindicada —motivo quinto—; la violación del artículo mil doscientos ochenta y dos del Código Civil —motivo sexto—, y la violación del párrafo segundo del artículo seiscientos nueve del Código Civil —motivo octavo—, sólo podrían tener virtualidad a efectos del rechazo de la demanda reconventional, si se hubiera estimado, con la acogida de los motivos primero y segundo, que la finca número cuatro era un elemento común del edificio y como tal fue transmitido al procederse a la venta, en régimen de propiedad horizontal, de los diversos pisos o locales integrados en el mismo, siendo de resaltar que la demandada era propietaria de la totalidad del edificio al constituir el mismo en régimen de propiedad horizontal, correspondiéndole, en su consecuencia, el de los pisos y locales en que se dividió, no transmitiéndole, por tanto, el dominio de éstos el título por el que el inmueble se constituyó en tal régimen, es decir, que la propiedad de la demandada sobre el espacio delimitado, que después se describe como finca número cuatro, es anterior al referido título constitutivo, así como la posesión de la misma con carácter mediato o inmediato, aparte de que entender lo contrario llevaría a la consecuencia absurda de que un título constitutivo en régimen de propiedad horizontal no es hábil para que el propietario de todos los pisos o locales integrados en el edificio transmita la propiedad de los mismos con la virtualidad necesaria —título y tradición— de originar el dominio en los adquirentes.

Que en el motivo séptimo del recurso, último que resta por analizar, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción, por no aplicación, del párrafo primero del artículo séptimo del Código Civil, por entender la Comunidad recurrente que la demandada no había ejercitado el derecho deducido mediante la acción reconventional conforme a las exigencias de la buena fe, motivo cuyo rechazo impone la doble consideración de que, de una parte, carece de base fáctica que haga permisible una apreciación de mala fe, y de otra, que, como consta en las copias autorizadas de escrituras públicas unidas a las actuaciones originales, los compradores de pisos y locales declararon conocer y se sometieron al régimen de Comunidad por la que se regía la casa de que formaban parte las fincas, que, respectivamente, adquirirían, régimen que no era otro que el constante en

la escritura de división horizontal de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis.

**PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.
FALTA DE TITULO JUSTIFICATIVO DEL DOMINIO (SENTENCIA DE 4 DE
MAYO DE 1984).**

La Comunidad de unos bloques de viviendas demanda a la Caja de Ahorros de Huelva para que reconozca es elemento común el resto del solar no edificado (3.036 metros cuadrados aproximadamente) destinado a urbanización de jardines y zonas de aparcamiento y, en consecuencia, insta se decrete la nulidad de la venta realizada de parte de dicha zona por la Caja a unos particulares, compradores de un local al que da frente la zona que se reivindica por la Comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva estimó la demanda, pero la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó la del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María de la Bárcena y López, declara no haber lugar al mismo por los siguientes razonamientos:

Que al resolver la sentencia impugnada sobre la cuestión de fondo controvertida, acción declarativa de dominio postulada por la parte actora, literalmente establece que dicha parte «no ha aportado los títulos justificativos de dominio, pues no tiene tal carácter la escritura obrante a los folios 3 a 37, ya que la misma es de simple división horizontal, y su contenido está poniendo de relieve que lo postulado en la demanda no puede ser estimado, ya que la base de la pretensión actora, que se concreta en la titularidad dominical de la zona ajardinada frente al bloque cuatro de la urbanización, en modo alguno pertenece a la parte actora, resultando patente del contenido de los particulares obrantes a los folios 21 y 35 de la escritura antes citada dicha ausencia de titularidad dominical, que podrá pertenecer al indicado bloque cuarto, pero que en modo alguno es elemento común de la Comunidad», asentando en tal declaración fáctica la revocación de la sentencia de primer grado que había estimado la demanda,

Que en el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice en el enunciado de su formulación que «la sentencia recurrida, al negar que mi representado no ha aportado los títulos justificativos de dominio sobre las zonas comunes reclamadas, negando tal carácter a la escritura pública de segregación, obra nueva y división horizontal otorgada el 25 de abril de 1972 con el número 428 del protocolo del Notario de Huelva señor Rey Amaya, infringe lo dispuesto en los artículos 348, siguientes y concordantes del Código Civil, en cuanto definen la propiedad y las acciones que la protegen»; especificando en su desarrollo que tanto los requisitos precisos para la prosperabilidad de la acción declarativa de dominio, como los de la reivindicatoria, en el extremo relativo a la titularidad dominical de la Comunidad de propietarios accionante, resultan del propio contenido de la precitada escritura; motivo que ha de perecer por las razones siguientes:

primera, porque la parte recurrente olvida el carácter eminentemente formalista del recurso de casación, el que por su naturaleza exige, de una parte, en aquellos casos en que el precepto que como infringido se aduzca conste de varios párrafos, la concreta cita del que se estime violado, erróneamente interpretado o indebidamente aplicado (Sentencias de 12 de mayo y 2 de junio de 1981 y 30 de junio de 1982), sin que, por otra parte, sea admisible, al pugnar con la claridad y precisión que el artículo 1.720 de dicha ley exige, la alegación heterogénea de preceptos, que contemplan supuestos diferentes, que al también atentar a las tales exigencias formales, hacen incidir el motivo, en ambos supuestos, en la causa de inadmisión cuarta del artículo número 1.729 de la citada ley, que en este trámite deviene en causa de desestimación; segunda, porque si lo que el recurrente pretende es atacar la valoración probatoria establecida en la instancia, que no estima probada su titularidad dominical, el cauce idóneo para ello no es el esgrimido en el motivo, sino el previsto en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 5 de octubre de 1983, reiterando una constante doctrina legal; tercera, dado que si lo que se trata es de disentir de la interpretación, verificada en la instancia, de un determinado documento, si bien el ordinal escogido es correcto, exige la cita de aquellas normas de hermenéutica que se estimaran vulneradas y en qué concepto, lo que tampoco es objeto del motivo, y cuarta, aun suponiendo que tal exégesis interpretativa se hubiera combatido por vía idónea, la llevada a cabo por el Tribunal de instancia siempre habría de mantenerse, salvo que pudiera estimarse ilógica, desorbitada o vulneradora de alguna norma positiva, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado.

Que con el mismo apoyo procesal anterior, se acusa en el segundo motivo la violación por no aplicación «del artículo 396 del Código Civil y los artículos 3.º, 5.º y concordantes de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal», motivo que ya en su enunciado viene a incurrir en el mismo defecto formal que el anterior, haciéndose acreedor a la misma desestimación; pero es que, además, habrá de decaer por dos razones: una, porque el precepto que se cita como infringido no fue invocado por la entidad recurrente, como amparador de sus pretensiones declarativas y de condena, entrañando el problema de si pueden o no entenderse como comprendidos entre los elementos comunes los jardines, el del planteamiento de una cuestión nueva no sometida a la apreciación de los juzgadores en la instancia, lo que aboca a la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, que ahora lo es de desestimación, y otra, porque la condición de elemento común o de «parte integrante» viene ya excluida, bien lo sea por la apreciación de la prueba declarada en la instancia o por la de la interpretación del contenido de un documento probatorio, que al permanecer incólumes a efectos de casación, determinan el perecimiento del motivo.

COMENTARIO.—Hubiera sido muy conveniente que en la sentencia se hubiese recogido la redacción de la escritura de división horizontal en aquella parte relacionada más directamente con el objeto litigioso, pues es sumamente raro que en la misma no haga constar expresamente el Notario autorizante el carácter privativo o común de una zona no edificada, importante por su superficie y destino, máxime teniendo en cuenta que se trata

de viviendas de protección oficial y que por ello no suele poderse segregar la parte del solar no edificada, que necesariamente queda afecta a las viviendas o a los locales. Y que la calificación de los mismos puede obstaculizar que tengan como anejos superficies que no entran dentro de lo exigido por la Administración para conceder la calificación, y que el día de mañana pueden fácilmente cubrirse o utilizarse de un modo incompatible con la propia naturaleza de los inmuebles calificados como de protección oficial.

Como hecho cierto hay que partir de que la citada zona ajardinada no vino considerada en sí misma como entidad registral independiente, al no asignársela cuota de participación, número ni describirse con los requisitos exigidos por la propia Ley de Propiedad Horizontal.

En segundo lugar, tampoco se dice ni resulta del contenido de la sentencia, es decir, no puede sobreentenderse, que la zona ajardinada cuya propiedad se discute, se haya configurado como un anejo de los locales de la planta baja a los que da frente. El Tribunal Supremo no hubiera dejado de hacer referencia a esta relación, que por sí sola hubiera podido decidir el pleito. Pero es que tampoco se dice que el local tenga salida directa a la citada zona ajardinada, lo que hubiere podido ser un signo indicador de su dependencia. Aún más, las obras de cercar esa zona fueron realizadas por los compradores del local, no por la propia Caja promotora de la construcción.

Esto así, caben serias dudas acerca de si efectivamente la atribución de esa zona al local, como parte accesorio de éste y, por tanto, elemento privativo, englobado en la propia cuota del local, está completamente acorde con el espíritu y el principio que inspira a la Ley de 21 de julio de 1960 y a la propia naturaleza de la propiedad horizontal, en la que parece que lo fundamental, al menos dogmáticamente, es la situación de Comunidad, todo lo especial y *sui generis* que se quiera, pero Comunidad al fin y al cabo. Y si esto es así, parece que el principio general ha de ser el de que serán o se presumirán elementos comunes todos aquellos que expresamente no se configuren como privativos. Esto es, en caso de duda, la presunción es favorable a la Comunidad.

Tampoco la parte demandante adujo como factor indicativo de una posible solución favorable para ella, la cuota asignada al local, que pudiera estar en notable desproporción con el valor de la zona ajardinada cuya accesoriedad se le atribuye.

Todas estas consideraciones nos reafirman en la idea de las delicadas y complejas relaciones anudadas en este régimen de propiedad y la necesidad de que las mismas sean resueltas en la propia escritura de división horizontal, cuyo nombre por sí solo no impide que en la misma se constituyan servidumbres, se determinen espacios comunes (v.gr.: los ocupados en un garaje para los cuartos de calderas y servicios del inmueble), etc., pues la calificación de la escritura en la comparecencia suele hacerse indicando sólo, las más de las veces, el acto o negocio principal que en la misma se contiene.

*PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.
MALA FE. ABUSO DE DERECHO (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1984).*

La Comunidad de propietarios de un inmueble demanda a los propietarios titulares de dos pisos sitos en la planta baja del edificio para que reconozcan que los mismos son elementos comunes del inmueble por destinarse a viviendas de los porteros, debiendo, en consecuencia, decretarse la nulidad de las inscripciones registrales como obtenidas con mala fe y abuso de derecho.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid estimó la demanda, pero la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de la capital de España revocó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, declara no haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones, en las que destaca la exposición de los requisitos y características que debe reunir una conducta para estimarse abusiva.

Son datos clave, a la par que probados, al estar admitidos por ambas partes contendientes o por no haberse combatido en forma en el presente recurso, los siguientes: A) El edificio objeto de la litis se edifica como consecuencia de expediente S-I-245, plan nacional mil novecientos cincuenta y siete, instruido para la construcción de setenta y tres viviendas y locales comerciales de renta limitada, siendo la cédula de entrega definitiva de fecha trece de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve. B) Referidas viviendas y locales comerciales fueron arrendados a diversas personas una vez conocido el inmueble. C) Con fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete, don J. L. S. D., hoy fallecido, otorga en nombre propio y en el de su hermano don J. escritura pública de obra nueva y división por pisos en propiedad horizontal, que se inscribe en el Registro de la Propiedad el doce de marzo de mil novecientos sesenta y ocho. D) En dicho documento aparecen dos edificios, el comprendido bajo los números nueve y once de la calle de Pradillo, y el sito en la calle de San Ernesto, números doce y catorce, que es el objeto de este recurso. E) Ni en la cédula de calificación definitiva, ni en la descripción del inmueble que se contiene en la escritura de obra nueva, ni en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, aparece ningún local ni piso dedicado a portería o vivienda de portero. F) Los pisos cuya propiedad motivó el pleito origen de este recurso figuran en referido título como de propiedad de los recurridos, teniendo señalada una cuota de participación en los gastos comunes de 0,70 centésimas el ubicado en el número doce de la referida calle, y de 0,80 centésimas el sito en el número catorce de la misma; a su vez, se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandados, hoy recurridos. G) La venta de los diversos espacios independientes del edificio que aparece con los números doce y catorce de la calle de San Ernesto, no se inicia hasta el día seis de abril de mil novecientos sesenta y ocho, y la constitución del régimen de propiedad horizontal, según la Comunidad actora, no se opera hasta el veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

Que en la primera motivación y con base en el ordinal tercero del

artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se aduce infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma, «por no contener el fallo declaración sobre la pretensión primera del escrito de réplica», referida a que se declare la mala fe de los demandados al solicitar y mantener las inscripciones de dominio de los pisos bajo A) de los portales números doce y catorce del edificio sito en la calle de San Ernesto.

Que el motivo no puede prevalecer: a) Porque si, como admite la Comunidad de propietarios impugnante, la misma no se adhirió al recurso de apelación instado por los demandados, «porque implícitamente reconoce la sentencia del Juzgado la mala fe de los demandados como hecho generador de la nulidad de las inscripciones registrales, cuya declaración se postulaba en la réplica», al revocar dicha sentencia, el Tribunal *a quo* rechaza virtualmente, cual reconoce la recurrente, dicha petición. b) Por ser doctrina constante de esta Sala que las sentencias desestimatorias, salvo excepciones que aquí no concurren, resuelven congruentemente todas las peticiones de los litigantes (Sentencias de ocho de marzo, veinticuatro de abril y tres de diciembre de mil novecientos ochenta y tres y doce de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro). c) Por el defecto formal que supone no citar el concepto en que haya podido ser infringido el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que también, según doctrina reiterada, sitúa el motivo ante el supuesto de inadmisión, y actualmente de desestimación, que señala el número cuarto del artículo mil setecientos veintinueve de la citada Ley Procesal.

Que entrando en el estudio del segundo motivo del recurso, articulado como complementario del anterior y con apoyo en el número primero del mismo precepto, se observa que el mismo atribuye al Tribunal sentenciador violación por inaplicación del párrafo segundo del artículo séptimo del Código Civil, precepto que según la Comunidad de propietarios no tuvo en cuenta «la sentencia recurrida, obsesionada por el contenido de las sentencias de este Alto Tribunal que se refieren a la posesión como justo título y a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria», construyéndose además todo el motivo sobre la base de no haberse tomado en cuenta el ejercicio anormal de su derecho por parte de los demandados, así como su conducta antisocial al haber privado a los propietarios de pisos y locales de los inmuebles en cuestión del servicio de portería y vivienda de portero, y si bien se reconoce que la escritura de división del edificio es de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete, se alega que ello tuvo lugar «más de un mes después de ofrecidas las viviendas en tanteo a los inquilinos».

Que carece de virtualidad impugnativa esta motivación dada la ineffectividad de sus razonamientos para justificar el «abuso o ejercicio antisocial» de su derecho por parte de los demandados y hoy recurridos, tema que constituye el objeto tanto de éste como del siguiente motivo, y ello porque: I) La figura del «abuso» como concepto superador de la fosilizada, a la vez que demasiado estricta, concepción de los actos de emulación, además de admitida por alguna de nuestras leyes especiales aparece consagrada en la doctrina de esta Sala, muy especialmente a partir de su sentencia de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, que la dibuja y caracteriza con claridad, a la par que señala lo que en mil novecientos setenta y tres habría de pasar al artículo y número que se dicen aquí infringidos, los requisitos «de orden moral, teleológico y social» con que

deben ser ejercitados los derechos subjetivos por sus titulares, declarando la responsabilidad en que incurren quienes «obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho traspase en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad». II) La involucrada mención del ejercicio abusivo o antisocial del derecho que se imputa a los demandados exige señalar que si bien se trata de conceptos distintos, cual acredita la mención que en el número dos del artículo séptimo del Código Civil se hace de uno y otro separándolos por la conjunción «o», empleada en él como alternativa, no obsta para que lo cierto sea que sin llegar a su total equiparación, y como mantiene un sólido sector de la doctrina científica, así como la jurisprudencial anterior a la reforma de mil novecientos setenta y tres, sus diferencias sean tan sutiles, tan de matiz, que puede afirmarse carecen de trascendencia práctica, no impidiendo, en términos generales y a salvo las naturales excepciones, su tratamiento conjunto. III) Que tales diferencias conceptuales pueden centrarse principalmente en que mientras el «abuso» suele dejar abierto el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la lesión o daño que, en términos generales, provoca en un interés privado o particular, en el «uso antisocial», el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud, en cuanto puede comprender tanto la comunidad en general, como cualesquiera de los grupos integrantes de la misma.

Que siguiendo el desarrollo de estos conceptos matrices, es preciso indicar que las doctrinas, tanto científica como jurisprudencial, esta última a partir de la ya citada Sentencia de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, señalan como elementos caracterizadores del «abuso de derecho»: *entre los objetivos*, la existencia o realización de una acción u omisión, y que dicha actividad positiva o de abstención «*sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho*»; a su vez, *entre los subjetivos*, se encuentra *la intención*, representada por el designio o voluntad de perjudicar, o también por la ausencia de un fin legítimo, y *el objeto*, que según la jurisprudencia consiste en *la finalidad* de originar un perjuicio a otro sin beneficio propio.

Que ninguno de dichos elementos, esenciales para que puedan surgir las figuras del «abuso» o del «ejercicio antisocial» del derecho, aparecen en el supuesto aquí contemplado, toda vez que: *la acción* que se reprocha a los demandados, hoy recurridos, no sólo no sobrepasa manifiestamente los límites normales del derecho, sino que se acomoda a la letra y espíritu de la Ley cuarenta y nueve de mil novecientos sesenta, de veintiuno de julio; *la intención* de los mismos no fue otra que reservarse los pisos y locales no vendidos para su posterior enajenación; *el perjuicio*, de accederse a lo pretendido por la Comunidad recurrente, sería para los recurridos, en cuanto aquélla se vería beneficiada con el valor de los pisos que reclama sin haber abonado su importe, lo que conlleva una clara idea de enriquecimiento injusto por parte de sus miembros, y todo ello sin olvidar que la situación motivadora de la litis, que concluye con este recurso, aparece siempre claramente reflejada en el título constitutivo y pudo ser, en todo caso, objeto de comprobación por quienes hoy integran la Comunidad recurrente al firmar los contratos de compra de los pisos o locales, e incluso en el Registro de la Propiedad, donde se encontraba inscrito dicho título con antelación a la suscripción de dichos negocios jurídicos.

Que en el motivo tercero, y al amparo del mismo número y precepto que el anterior, se alega infracción por interpretación errónea del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil, en cuanto «la sentencia recurrida llega al fallo revocatorio, por la premisa jurídica primera, que interpreta el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio como derivado de un contrato de adhesión y rechaza la nomenclatura de los elementos comunes como *ius cogens*», a la vez que se critica al Tribunal *a quo* que «la desafección de la vivienda del portero que exige la legislación laboral, en concordancia con la de arrendamientos urbanos, será contraria a la ley cuando perjudica a los demás copropietarios y no podrá ampararse, como ejercicio antisocial o abusivo del derecho, de quien tenía ofrecido en tanteo arrendatario los diversos pisos y locales del edificio al realizar la división material del inmueble como trámite preliminar de la enajenación en fraude de los futuros adquirentes».

Son dos los aspectos que en el presente motivo se ofrecen a la estimación de esta Sala: el relativo al carácter o a la naturaleza de la normativa que respecto de los elementos comunes se contiene en el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil y aquél que hace referencia a esa interesante figura, ya contemplada al examinar el anterior motivo, que es el «abuso de derecho», debiendo, en todo caso, adelantarse que la motivación no puede ser aceptada, además de por las consideraciones que se expondrán en los siguientes fundamentos jurídicos, por razón del defecto formal que supone no indicar cuál de los cuatro párrafos del artículo trescientos noventa y seis se estima infringido, dato esencial dada la versatilidad sustantivo-jurídica de los mismos, lo que sitúa el motivo ante el supuesto de inadmisión y en el actual momento procesal de desestimación que señala el ordinal cuarto del artículo mil setecientos veintinueve, en relación con el mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que pasando al que pudiera llamarse fondo de la motivación, y dentro de él, a la primera de las cuestiones apuntadas en el fundamento anterior, o sea, la relativa a la naturaleza del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil en lo que al tema indicado se refiere, el perecimiento del motivo obedece a que: *Primero*: La relación de elementos y servicios comunes contenida en dicho precepto no es, según pacífica doctrina científica y de esta Sala, *numerus clausus* y sí simplemente enumerativa (Sentencias de diez de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, doce de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y dos, treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta). *Segundo*: Ello conduce a que sea igualmente conforme la tesis de que tal descripción no pertenece al campo del *ius cogens* y sí al del *ius dispositivum*, habida cuenta lo dispuesto en el artículo quinto, párrafos primero y segundo, de la Ley cuarenta y nueve de mil novecientos sesenta, de veintinueve de julio, así como su Exposición de Motivos, en la que, entre otras cosas, se declara que: «La ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí —con las salvedades dejadas a la iniciativa privada— para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones, y, por otro, admite que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley». *Tercero*: Consecuencia jurídicamente lógica de lo indicado es que ni todos los elementos y servicios descritos en el

citado precepto del Código hayan de ser ineludiblemente comunes, ni que no pueda extenderse dicho carácter a otros que no diguran en el mismo.

Que insistiendo, a fin de completarlo, en el apuntado tema del *ius dispositivum* dentro del marco de la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse que al asentar quien recurre el motivo que se está examinando en la naturaleza obligatoria de la relación que el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil hace de los elementos y servicios comunes, no ha tenido para nada en cuenta o ha preferido olvidar el considerable margen que la Ley de Propiedad Horizontal otorga a la voluntad de sus titulares, incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo de lo que se dispone en el ya citado artículo quinto de su Ley Reguladora, especialmente en sus párrafos primero y tercero, es posible, según la doctrina, en general, la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como los patios (Sentencia de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro) o las terrazas (Sentencias de siete y veintidós de octubre de mil novecientos setenta y ocho); la retención de «la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios comunes de la casa», «o, por lo menos, de su uso o disfrute» (Sentencia de veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y siete); la desafeción de elementos comunes para su conversión en privativos, como puede observarse en la Sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, de modo argumental y *a contrario sensu*, así como más precisamente en las de seis de junio de mil novecientos setenta y nueve y nueve de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, relativas a porterías, y todo ello sin olvidar algo que tampoco tiene en cuenta la recurrente, que el citado artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza al «propietario único del edificio» para otorgar antes de iniciar su venta por pisos y locales, el pertinente «título constitutivo» de dicho régimen jurídico, que es lo realizado por los demandados-recorridos, y en el cual pueden contenerse reglas de constitución y ejercicio de los derechos que no contradigan el espíritu de la ley, extremo éste que la Comunidad recurrente no acredita haya acontecido.

En relación con lo que se acaba de exponer, otro aspecto del motivo, la alusión que en el mismo se hace a la sentencia impugnada, diciendo «que interpreta el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio como derivado de un contrato de adhesión», dicha indicación ha de rechazarse por no ser rigurosamente exacta, en cuanto lo que la referida resolución hace en el primero de sus considerandos con ocasión de referirse a la generalizada práctica en los promotores-construtores de edificios destinados a la venta por pisos y locales de otorgar los estatutos, es decir: «limitándose a prestar su adhesión a ella los promotores».

Que al hacer esta alegación el motivo incide en el error jurídico de confundir tres figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local, el «título constitutivo» del régimen de propiedad horizontal y «los estatutos» porque el mismo ha de regirse si es que fueron otorgados, ya que si bien es evidente que los tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando en el «título» se contienen los estatutos y, a su vez, aquél se incorpora en todo o en parte al contrato de compraventa, ello no les priva de su individualidad ni de su caracterología,

y desde luego, no provoca que el «título» pueda calificarse de «contrato de adhesión», naturaleza jurídica ésta que podría tener la compraventa de los pisos y locales, mas no dicho «título constitutivo», que carece de carácter negocial, en cuanto su naturaleza jurídica es la de un «acto mixto real y convencional», tanto porque en él han de contenerse necesariamente supuestos de puro hecho, como por intervenir en él la voluntad de una o varias personas, según se otorgue unilateralmente, como en el presente supuesto, o por acuerdo entre los distintos propietarios de pisos y locales.

COMENTARIO.—La doctrina relativa al abuso del derecho es uno de los medios mediante los cuales puede conseguirse la adecuación del ejercicio de los derechos al contenido ético de los mismos. Se trata, en sí mismo, de un concepto válvula o estándar que permite flexibilizar la aplicación del Derecho, y permite a los Tribunales ejercer una función parecida a la de la *aequitas* aplicada por el pretor romano. Se entiende por abuso del derecho el mal uso del mismo. Postulado fundamental es el de que el ejercicio del derecho ha de ser racional y no debe tolerarse la extralimitación, por amplias que sean las facultades atribuidas a su titular. Desde los antecedentes romanos hasta su formulación en las legislaciones modernas, pasando por la teoría de los actos de emulación, se ha recorrido un largo camino en el perfeccionamiento y unánime aceptación de esta doctrina, conciliándose las dos posiciones principales: la objetiva, que ve el abuso en el ejercicio anormal del derecho, contrario a los fines sociales o económicos (mantenida por CALVO SOTELLO en su monografía *El abuso del derecho*, publicada en 1917), y la subjetiva, que atendiendo más a los precedentes medievales, entiende que hay abuso cuando se ejercita un derecho con intención de dañar a otro o, al menos, sin verdadera utilidad para su titular o sin que exista un verdadero interés individual para ejercitarlo, en la teoría ecléctica, de la que puede considerarse claro exponente la magistral Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, debida a la ponencia del profesor CASTÁN, con motivo de un pleito entre la Sociedad Catalana de Gas y Electricidad y el Consorcio de la Zona Franca del Puerto de Barcelona; dicha Sociedad tenía una instalación sobre la margen del río Besós, que se encontraba protegida por un cañaveral; el Consorcio ejercitó el derecho concedido por el Estado de extraer arenas de aquel lugar, de tal modo que determinó la desaparición del cañaveral y originó que en una avenida del río se perjudicasen gravemente las instalaciones de la Sociedad. Según esta sentencia, los elementos que integran el abuso del derecho son: 1) uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando se actúa con intención de perjudicar o sin un fin serio o legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

En nuestra legislación, este concepto podía ampararse inicialmente en la amplia redacción del artículo 1.902 del Código Civil, confirmado por la costumbre y los principios generales del derecho. Entre los textos legales que lo recogieron con menor o mayor amplitud figuraron el artículo 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, si bien de modo implícito, y el Reglamento Hipotecario de 1915 (art. 168: acción de devastación); Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931 (art. 18); Ley Hipotecaria (art. 177),

en relación con el Reglamento Hipotecario (art. 219, párrafo 2.º); artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, donde puede comprobarse el estrecho parentesco que guarda con el principio general de la buena fe, del que viene a ser una aplicación; en el antiguo artículo 562 del Código Penal y el artículo 30 del Fuero de los Españoles; en el artículo 5.º de la Ley 56/1961 sobre los derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer; en el artículo 2.º, apartado 1.º, de la Ley Antimonopolio de 20 de julio de 1963, etc., hasta desembocar en el actual artículo 7.º del Código Civil, en el que de nuevo se corrobora el estrecho parentesco con la buena fe, a la que se refiere su párrafo primero, recogiendo el párrafo segundo las dos manifestaciones subjetiva y objetiva del abuso del derecho, a que antes he aludido.

F. C. L.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CADUCIDAD: CASOS MUY LIMITADOS PARA SU INTERRUPCION (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente en el aspecto de caducidad se puede producir interrupción, es solamente en el caso de que se esté en presencia de un acto procesal válido que sea de los que, genérica o específicamente, integren el procedimiento al que afecte el plazo fijado al respecto, o con más precisión, que se dé una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes, lo que determina que no pueda entenderse como causa interruptora de caducidad de la acción, prevenida en el artículo 1.490 del Código Civil, la formulación de demanda solicitando concesión del beneficio de pobreza a tal fin, sin interponer al propio tiempo la correspondiente demanda ejercitando la acción.

Habida cuenta los fundamentos que dan vida a la institución de la caducidad, y primordialmente por afectar la misma al interés general que depara la seguridad de las contiendas jurídicas, evitando dilaciones innecesarias en el desarrollo de todo juicio civil, una vez transcurridos los plazos de caducidad fijados a una acción, se originan los correspondientes acuerdos y mandatos judiciales de oficio.

ES COMPETENTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA JUZGAR LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR EL FUNCIONAMIENTO DE UN SERVICIO PUBLICO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La atribución de responsabilidad a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, mediando culpa por acción u omisión reprochable y consiguiente competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, operará siempre que la actividad dañosa aparezca relacionada en el orden externo con el fun-

cionamiento del servicio público, pues, como señalan las Sentencias de la Sala IV de este Tribunal de 8 de febrero de 1968, y la de la Sala III de 26 de enero de 1972, los términos utilizados por el párrafo primero del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, prevén el «hacer y actuar» de la Administración como ente de gestión pública, y sólo será permitido acudir a la jurisdicción común cuando la causa del daño haya sido la acción culpable del agente en conducta extraadministrativa, desconectada del servicio.

LAS DUDAS RESPECTO A LA EXISTENCIA DE CLAUSULA PENAL HAN DE SER INTERPRETADAS RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La cláusula penal es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes a la indemnización de daños y perjuicios, si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que las dudas respecto a su existencia y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo, al modo como se proclamó, entre otras, en las Sentencias de 14 de enero de 1927, 30 de enero de 1932, 11 de noviembre de 1966 y 10 de junio de 1969.

LA VENTA A CALIDAD DE ENSAYO SE PRESUME HECHA BAJO CONDICION SUSPENSIVA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La venta a calidad de ensayo, configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva, en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento, condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en contrario, según preceptúa el artículo 1.453 del Código Civil, lo que significa que la operación se perfecciona cuando una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y, por tanto, la del pago del precio.

ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: EL HECHO DE INSTAR EL CUMPLIMIENTO NO VEDA DESPUES PEDIR LA RESOLUCION (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—No se puede llevar a extremos insostenibles la expresión, tantas veces utilizada, de «voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir», que conduciría en buena lógica a la conclusión de exigir «dolo» cuasi penal, y a la consecuencia de admitir la posibilidad también racional de calificar ese comportamiento contractual como engañoso, defraudatorio, delictivo, sino que hay que matizar esa exigencia de culpa rayana en dolo y concluir que lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de

frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato ínsito en la causa, sin olvidar, por otra parte, en cuanto al cumplimiento parcial, que ya la Sentencia de 24 de abril de 1951 había declarado que la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1.124 del Código Civil no se distingue entre ejecución total o parcial.

El hecho de instar el cumplimiento no veda después pedir la resolución (*ius variandi*), posibilidad que en la interpretación más razonable del artículo 1.124 del Código Civil, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento (y aquí sí rige el aforismo *una via electa non datur recursus ad alteram*), pues ambas partes de hecho admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver, por el contrario, si es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resultare imposible, según el mismo precepto del artículo 1.124, apartado 2.º, párrafo 2.º, punto éste en el que también razonablemente cabe sostener que esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, de la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor, por la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que ya no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual (*frangenti fides, fides non est servanda*) y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado.

**EQUIPARACION DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
A LA SATISFACCION DEL LUCRO CESANTE (SENTENCIA DE 28 DE NO-
VIEMBRE DE 1983).**

Doctrina de la sentencia.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.106 del Código Civil distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho *damnus emergens* y el representado por la ganancia perdida o perjuicio *strictu sensu*, que es precisamente el reconocido y declarado por el Tribunal en favor de la actora; no puede tampoco olvidarse que la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a la satisfacción del «lucro cesante», que es precisamente lo realizado por la sentencia impugnada, además de ajustarse a la normativa legal, como queda acreditado, y estar admitida por la doctrina de esta Sala, constituye uno de los medios que la Ley pone a disposición de los Tribunales para efectuar una interpretación de la normativa vigente, que permita compatibilizar la aplicación del derecho y la realidad social, especialmente y para casos como el presente, en momentos de crisis económica, que al provocar pérdida del valor adquisitivo de la moneda hacen necesario corregir, en la medida de lo posible y con la debida cautela, el perjuicio que a los acreedores origina la conducta incumplidora de sus deudores, particularmente cuando se trata del retraso en el abono del numerario.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: QUIEN CREA UN RIESGO HA DE RESPONDER DE SUS CONSECUENCIAS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1983).

Hechos.—Una mujer que conducía ganado fue arrollada por un tren en un paso a nivel sin barreras. El tramo era recto y de amplia visibilidad, por lo que las sentencias de instancia achacan el accidente a exclusiva culpa de la víctima y absuelven a la RENFE. Sin embargo, el Supremo casa la sentencia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Si bien el puro sistema objetivista de la culpa no viene siendo admitido jurisprudencialmente de forma expresa y concluyente, como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, lo cierto es que, como ya dijeron las sentencias de esta Sala de 15 de diciembre de 1982 y 16 de mayo de 1983, tal principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo, viene siendo matizado en su alcance y consecuencias por la doctrina legal más reciente, obedeciendo a imperativos surgidos en la realidad de nuestros días, al compás de los avances técnicos y la consiguiente creatividad del riesgo, orientación jurisprudencial que sin acoger plenamente la llamada responsabilidad objetiva, que se asienta exclusivamente en la causación del daño, introduce cortapisas o límites al criterio subjetivo de la culpabilidad.

También es doctrina de esta Sala que la acreditación por parte del causante del resultado dañoso, de haber acomodado su conducta a las previsiones legales o reglamentarias, no excluye su responsabilidad, por cuanto que si la adopción de tales garantías para evitar resultados dañosos, previsibles y evitables, no han ofrecido el resultado positivo apetecido, claramente vienen a denunciar su insuficiencia, y por ello que algo quedaba por prevenir.

La muerte de una persona en un paso a nivel ferroviario carente de barrera muestra que las medidas reglamentarias observadas fueron insuficientes para enervar el resultado, medidas no solamente a adoptar o mejorar, si preciso fuere, por la Administración, sino por la propia RENFE, al crear y mantener para propio beneficio el servicio ferroviario en tales condiciones de peligrosidad, incurriendo ella exclusivamente en la responsabilidad patrimonial aquiliana que deriva del artículo 1.902 del Código Civil, por la sencilla razón de que quien crea un riesgo es el que ha de responder de sus consecuencias.

EL CONSENTIMIENTO UXORIO PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La exigencia del consentimiento *uxoris* puede revestir las dos formas de expreso o tácito, siempre naturalmente que pudiera inferirse de actos inequívocos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo normalmente realizado por quien tenía a su cargo la administración de la sociedad de ganan-

ciales, y ello hasta el punto de no sancionarse su falta con la nulidad radical o plena, sino con el efecto más débil de la anulabilidad, según acción que compete a la mujer o a sus herederos, y no al marido.

También es obligada la desestimación del motivo segundo, que intenta contrarrestar esa existencia del consentimiento tácito sentada por la Audiencia, pues el argumento que se aduce, es decir, que por tener la acción de anulabilidad un plazo de ejercicio de cuatro años, no puede interpretarse como asentimiento tácito el ejercitar la acción al año de la venta, es en absoluto invalidante del acto contrario, o sea, del dato probado de que hubo, antes de la improbadada protesta de la esposa, asentimiento de ésta al negocio dispositivo del marido, e impeditivo, por tanto, de una posible acción de anulabilidad, por haberse ya constituido una situación jurídica que establecía la validez de la venta ganancial (doctrina de los actos propios).

CONTRATOS: SI UNA PRESTACION SE HACE IMPOSIBLE, QUEDA SIN EFECTO EL CONTRATO, DEBIENDO RESTITUIRSE LAS PRESTACIONES (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible, salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán y el italiano, en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adaptable a nuestro Derecho no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto, y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1945 y 30 de junio de 1983.

ES APLICABLE EL ARTICULO 1.967, 4.º, DEL CODIGO CIVIL AL SUPUESTO DE VENTA DE COSAS MUEBLES DE UN COMERCIANTE A OTRO DEDICADO A DISTINTO TRAFICO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La Sentencia de 14 de mayo de 1979 estableció la aplicación del artículo 1.967, 4.º, del Código Civil al supuesto de venta de cosas muebles por parte del vendedor comerciante, como lo es una sociedad anónima, a otro que se dedica a distinto tráfico que aquél, con la consiguiente aplicación del lapso prescriptivo de los tres años del precepto, y en atención a estar excluido dicho precepto del ámbito mercantil, según lo dispuesto en el artículo 325 del Código de Comercio, ante la no reventa, pues sólo si fuera tal negocio perteneciente a dicho campo jurídico, es decir, mercantil, procedería la aplicación del artículo 1.964

o prescripción genérica y supletoria de los quince años, relativa al orden civil por la supletoriedad de éste ante la laguna mercantil.

ADMINISTRACION DE COSA COMUN: NO ES NECESARIA LA JUNTA COMUNITARIA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Ni el artículo 398 del Código Civil habla de la necesidad de junta comunitaria alguna, para tomar los acuerdos que afecten a la administración y mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido.

EL TITULAR DE UNA CONCESION PUEDE, SI NO ESTA EXPRESAMENTE IMPEDIDO, ARRENDAR SU DERECHO A UN TERCERO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El titular del uso y disfrute de los bienes que integran la concesión demanial está facultado, si no hay algo expreso que se lo impida, de acuerdo con el artículo 1.543 del Código Civil, para concertar un arrendamiento de los mismos, como lo está el usufructuario, según permite expresamente el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con la causa 12 del artículo 114 del mismo texto legal, no obstante el plazo fijo de su duración, conectada en ambos casos con la vida del titular o la de la concesión, como proclamó la doctrina jurisprudencial en la Sentencia de 22 de enero de 1958, confirmada por la de 26 de abril de 1967, al marcar la diferencia entre el contrato que vincula al concesionario con la Administración y el estrictamente civil que aquél pueda celebrar con un tercero.

OBLIGACION DEL MANDATARIO DE RENDIR CUENTAS (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Afirmado por la sentencia impugnada que el recurrente realizó la venta de los bienes muebles del actor al amparo del apoderamiento que con amplísimas facultades le confirió, surge de tal situación jurídica la consiguiente obligación del mandatario recurrente de rendir cuentas de las operaciones realizadas (que debía ejecutar con arreglo a las instrucciones recibidas, y en su defecto a lo que haría un buen padre de familia), obligación que no es más que una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administren bienes ajenos, fundada en principios de moralidad y justicia, y que con respecto al mandatario es el último acto de su gestión, que resultaría incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, lo que ha pagado y lo que ha vendido, debiendo resultar de tales cuentas la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario para juzgar por ella si ha administrado o no como un buen padre

de familia, pues una rendición de cuentas debe fundarse no en hipótesis, sino en realidades, y éstas debidamente acreditadas por medio de documentos justificativos, salvo en los casos exceptuados por la ley o por la voluntad de la persona a quien la cuenta se rinde.

Como consecuencia de la expresada obligación de rendir cuentas surge el deber del mandatario de abonar al mandante cuanto hubiere recibido en virtud del mandato, es decir, de entregar el saldo definitivo o diferencia entre lo percibido y lo satisfecho.

RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM»: LA DEMANDA DE CONCILIACION IMPLICA EL EJERCICIO DEL DERECHO ANTES DE SU CADUCIDAD (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 323 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña permite que, a instancia del enajenante, sean rescindibles los contratos de compraventa relativos a bienes inmuebles, en que el vendedor haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, y ello aunque el contrato sea válido; esta acción rescisoria caduca a los cuatro años de la fecha del contrato, por tanto, si antes de concluir ese plazo el enajenante ejercita su derecho a la rescisión, la venta queda ineficaz; en el caso debatido, antes de transcurrir dicho plazo, la vendedora formuló demanda de conciliación, en la que de forma inequívoca y completa anuncia que considera el contrato rescindido a todos los efectos, y así se lo comunica a los compradores; hubo, pues, en ese requerimiento judicial, no una interrupción del plazo de caducidad, que no admite esta institución, según la doctrina predominante, sino el mero ejercicio del derecho antes de caducar éste, sin más ratificación, después cumplida, que presentar la demanda antes que transcurran los dos meses que señala el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, en otro caso, el derecho habría caducado definitivamente, sin que se confunda con los supuestos de prescripción en que el plazo podría volver a iniciarse después de la interrupción; no hay en todo ello contravención alguna del artículo 323 citado, ya que esta norma se limita a señalar el plazo de caducidad sin limitar los medios de ejercitar el derecho, pues no hay razón para sostener que se ejercitaría eficazmente sólo a través de la presentación de la demanda, ni para no aplicar por clara analogía el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; doctrina, por otra parte, mantenida por esta Sala en supuestos análogos de caducidad, como en cuanto al ejercicio del derecho de retracto, en que se ha considerado reiteradamente que promover acto de conciliación implica ejercicio del derecho que evita su caducidad.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO.—CELEBRADA LA CONCILIACION DENTRO DE PLAZO, NO HA CADUCADO LA ACCION DE RETRACTO, AUNQUE SE PRESENTE FUERA DE EL LA DEMANDA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1982).

El arrendatario llevaba más de veinte años en el disfrute de la finca. En 1979 se le devolvió el ingreso que hizo de la renta arrendaticia por no ser ya la finca propiedad del arrendador. Se citó de conciliación en el Juzgado de Béjar a los nuevos propietarios, y posteriormente se presentó la demanda en el mismo Juzgado solicitando el retracto, lo que desestimó el Juzgado, pero revocó la Audiencia de Valladolid declarando haber lugar al retracto.

No tiene éxito la revisión pretendida. No caducó la acción de retracto, ya que fue formulada la conciliación y consignado el precio de venta dentro de dicho plazo, siendo evidente que el derecho fue reclamado dentro del término de caducidad fijado por la ley. La conciliación, con consignación del precio, supone efectivamente el ejercicio del propio derecho. No se puede alegar que el actor tuvo conocimiento de la venta en fecha anterior, según su propia confesión en el acto de conciliación, pero esta manifestación no es bastante para acreditar un error del juzgador, ya que este conocimiento pudo ser, como ha declarado la Sala, incompleto y por ello el recurrente tiene que interpretar tales frases, cosa no permitida para la existencia del error de hecho, procediendo, por tanto, la desestimación del motivo y del recurso.

DESAHUCIO DE APARCERIA.—NO SON APLICABLES EN LA APARCERIA LAS NORMAS SOBRE DURACION Y PRORROGA DE LOS ARRENDAMIENTOS, DADA LA DIFERENTE NATURALEZA DE LA MISMA Y DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1982).

En 1964 se dio la finca en aparcería sin plazo, señalando que cuando alguna de las partes quisiera dar por terminada la relación podría hacerlo avisando a la otra antes del 30 de septiembre para dejar la finca el 31 de diciembre siguiente. En 1976 se dio el aviso por el propietario mediante acta notarial, oponiéndose el aparcero «por no darse en el preaviso las circunstancias legales de antelación y plazo exigidos por el uso y costumbre de la comarca, que es ley de constante aplicación en las aparcerías». En vista de ello, se presentó la demanda ante el Juzgado de Vic, que la estimó, lo que confirmó la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión fue estimado en parte. El contrato era de aparcería en la forma que en Cataluña recibe el nombre de «masovería», siéndole aplicables las normas de la Ley de 1935 y del Reglamento de 1959. El recurrente alega injusticia notoria por no aplicación de la disposición transitoria del Real Decreto-ley 22/1978, de 30 de junio, sobre prórroga de arrendamientos rústicos, norma actualizada por Real Decreto-ley de 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980. Aunque la aparcería participa

de la naturaleza del contrato de sociedad, se diferencia de ella porque en ésta existe y se persigue un fin común, y en la aparcería no es preciso que las partes se agrupen para la adquisición y ganancias comunes, sino que una de ellas realiza dicha adquisición y la otra se limita a participar en ellas a cambio de ciertas prestaciones, y tampoco se identifica con el arrendamiento, ya que en éste se percibe un precio fijo en proporción a la duración del contrato, y en la aparcería se recibe una parte de los beneficios o frutos que se obtengan, siendo de carácter aleatorio. De aquí que la aparcería sea un contrato con autonomía propia, de naturaleza mixta, innominado y atípico, que conserva su autonomía incluso dentro de la regulación que se hace en la Ley Arrendaticia, sin más peculiaridad que la finalidad social de protección de los aparceros, lo que se traduce en la facultad de obtener la conversión de la aparcería en arrendamiento, siendo fundamental la confianza entre las partes y la lealtad del aparcerero, pero sin que le sean aplicables las prórrogas forzosas establecidas para los arrendamientos, como declaró la Sentencia de 21 de diciembre de 1962 y se ratifica en ésta, dada la diferente naturaleza del arrendamiento y de la aparcería, por lo cual se da lugar al desahucio pretendido. En cambio, se estima el motivo referente a la condena en costas en contra del aparcerero recurrente, sin que sea aplicable al supuesto litigioso la vigente Ley de 30 de diciembre de 1980, por no tener ésta efecto retroactivo.

DESAHUCIO.—NO SE HA PROBADO EL HECHO DEL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL EN UNA FINCA DE APROVECHAMIENTO GANADERO, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO, YA QUE NO SON APLICABLES LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978, 1979 Y 1980 (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1982).

Se cedió una finca en arrendamiento en 1976 por término de tres años para el aprovechamiento de pastos exclusivamente. Al ser requeridos los arrendatarios para el término del plazo alegaron que la duración mínima era de seis años, interponiéndose la demanda de desahucio ante el Juzgado número 1 de Zamora, que admitió las razones del actor, confirmando la misma resolución la Audiencia de Valladolid.

No ha lugar a la revisión. Sentada la afirmación de que se trataba de una explotación ganadera, se admite el desahucio de los demandados por haber expirado el término, siendo inaplicables los Reales Decretos de 1979 y de 1980, que se limitan a los arrendamientos rústicos, afectando a los cultivadores directos y personales, expresión claramente referida a las operaciones agrícolas, tanto por su significación gramatical como por la legal que le da el artículo 83, 3, del Decreto de 29 de abril de 1959. Según los recurrentes, el concepto de «cultivador directo y personal» que contenía este precepto dejó de referirse exclusivamente a operaciones agrícolas para adquirir el sentido amplio que le confieren los Reales Decretos citados, que afectan a todos los arrendamientos sometidos a la legislación especial, por lo que ha de interpretarse que comprende también los aprovechamientos forestales y ganaderos y no sólo a los agrícolas, pero esta interpretación necesita la prueba de ser los arrendatarios cultivadores directos y personales, extremo que no fue probado por quien lo alegó ni a ella se dirigían las pruebas propuestas por los demandantes, y siendo así, no puede la Sala

examinar nuevamente la prueba practicada para llegar a conclusiones distintas que el Tribunal *a quo*, quedando incólumes los hechos que la sentencia recurrida declara probados, entre los que no se halla ninguno relativo al cultivo directo y personal de los recurrentes, sin que la revisión pueda convertirse en una nueva instancia, ni comprobar si en los grados jurisdiccionales inferiores se hizo una equivocada o ilegal apreciación de la prueba.

RECLAMACION DE CANTIDAD. — NO HAY INCONGRUENCIA EN LA SENTENCIA CUANDO LA SALA CONCEDIO LA INDEMNIZACION DE TODOS LOS DAÑOS CAUSADOS SEGUN DICTAMEN PERICIAL, AUNQUE NO SE SOLICITARA EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1982).

En 1977 se arrendó una finca por tres años al cuñado del nudo propietario, que actuó en nombre propio y en el de la usufructuaria, su madre. En 1980 el arrendatario pidió autorización para entresacar 30 pies de encinas, a lo que accedió el arrendador, pero aquél se extralimitó talando 272 pies, no entresacando meramente, como era lo autorizado, por lo que se le requirió notarialmente, haciéndole responsable de los daños y perjuicios. El Ministerio de Agricultura notificó al dueño que por infracción de la Ley de Montes se había formulado denuncia contra el arrendatario por exceso de entresaca de encinas. Se formuló demanda ante el Juzgado número 1 de Badajoz pidiendo una indemnización de daños y perjuicios estimada en 466.917,83 pesetas. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó al pago de 193.861,18 pesetas, absolviéndolo del resto de la reclamación que contra él se deducía. La apelación fue rechazada en Cáceres.

Nó prosperó la casación por infracción de ley. El actor está legitimado, en su cualidad de nudo propietario y administrador de su madre, para reclamar la indemnización de daños sin el concurso de aquélla, usufructuaria, aplicando la norma que, conforme al artículo 3.º de la Ley de 1935, hace permisible que el hijo nudo propietario tenga facultades para arrendarla y ejercitar las acciones que del pacto legislativo pudieran derivarse. Tampoco puede considerarse que la sentencia se excediera al conceder indemnización por los gastos de eliminación de los tocones de las encinas cortadas, ya que no había sido solicitada por el actor, pero olvida el recurrente que al «talar» en lugar de «entresacar» las encinas dejó los tocones, lo que causa un daño evidente, por lo que podía considerarse su erradicación como incluida en el contenido de la pretensión indemnizatoria, y al conceder la sentencia recurrida menor cantidad que la postulada, condenando al demandado a la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía señalada por el Perito designado de común acuerdo por las partes, no incide en el vicio de incongruencia de que se le acusa.

DESAHUCIO.—AL NO SER EL ARRENDATARIO CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL NO PROCEDEN LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1982).

Se interpone demanda ante el Juzgado número 1 de Cáceres alegando que en 1976 se cedieron los aprovechamientos de pastos y montanera de una finca por un año, reservándose el dueño hacer labores agrícolas y también el uso de la casa, quedando excluida la parte de finca concertada con el Estado para repoblación forestal. Llegado el vencimiento, las partes, de común acuerdo, entendieron que el contrato era como mínimo de tres años, pero al llegar septiembre de 1979 el arrendatario no deja la finca a disposición del dueño, por lo que ha dado lugar a la interposición de la demanda. Tanto el Juzgado como la Audiencia acogieron las pretensiones del demandante.

No tiene éxito el recurso de revisión. El recurrente lo que hace es impugnar la declaración fáctica de la sentencia recurrida de que en este caso era imposible aplicar la prórroga de los Reales Decretos de 30 de junio de 1978 y de 16 de junio de 1979 por no concurrir el requisito fundamental de que el arrendatario tuviese que ser un cultivador directo y personal, impugnación que se basa en datos de hecho apreciados en la prueba de confesión, en la documental y de testigos, cuyo alegato es inviable por la vía que se utiliza al estar reservado al mismo el cauce de la causa cuarta del artículo 52, 4, del Reglamento de 1959 en lugar de la tercera del mismo precepto y número de este texto legal.

RETRACTO.—ES SUFICIENTE EL CONTRATO VERBAL PARA QUE SE PUEDA EJERCITAR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1982).

Se cedió en 1972 mediante contrato verbal una finca en arrendamiento hasta que en 1979 el arrendador no aceptó el pago sin dar explicaciones, por lo que consultado el Registro se vio que la finca había sido enajenada, y se interpuso demanda de retracto contra los compradores ante el Juzgado de Santa María de Guía, que dio lugar al mismo, y la apelación ante la Audiencia de Las Palmas fue desestimada, salvo en la imposición de costas a los demandados.

El recurso de casación no triunfa. En la sentencia recurrida se acreditó probado el arrendamiento y que el colono ignoró la venta hasta el 28 de mayo de 1979, procediendo el día 1 de junio a presentar la demanda de retracto, y celebrado el acto de conciliación en 25 de septiembre del mismo año sin que se acredite que la cesión de la finca fuese a título de gracia, como intentó alegar el demandado y ahora recurrente. Es suficiente el contrato verbal para ejercitar el retracto, ya que si la Ley de 1935, en su primitiva redacción, era más formalista, la Ley de 23 de julio de 1942 concedió a los contratos verbales iguales efectos que a los escritos, por lo que ha de ser desestimado este motivo que pretendía desvirtuar el hecho demostrado en la instancia de que el retrayente era arrendatario, aunque lo fuese por contrato verbal. No había transcurrido el plazo de caducidad, como alega el recurrente, contado desde la celebración del acto de conciliación intentado por el retrayente después de presentada la demanda, por-

que como se deduce del ordenamiento aplicable a las acciones de retracto (artículos 1.524 del Código Civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), este derecho de preferencia se ejercita mediante presentación de la oportuna demanda, pudiendo por la premura del plazo intentarse posteriormente acto de conciliación (arts. 1.621 y 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Una vez presentada la demanda, con lo cual se tuvo por intentado el retracto en 11 de junio de 1979, la ley no señala plazo para aportar a los autos la certificación del acto de conciliación cuando éste se solicita *a posteriori* de la presentación del escrito inicial, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propietario en supuestos de abuso de derecho o de perjuicios antijurídicos soportados por el mismo, hipótesis no alegada en la instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO. — NO PROCEDE, YA QUE NI EL RETRAYENTE ERA ARRENDATARIO EN EL MOMENTO DE LA VENTA NI SE EJERCITO LA ACCION DENTRO DE PLAZO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1982).

Según el actor, el propietario de una casa que la había adquirido por documento privado la arrendó verbalmente por 5.000 pesetas mensuales y después vendió tal casa, aunque por carecer de titularidad registral hizo que la primitiva dueña la vendiese al segundo comprador, apareciendo el primero como arrendatario para burlar los derechos de tanteo y retracto que tenía el verdadero arrendatario, por lo que éste interpone la demanda de retracto ante el Juzgado número 4 de Barcelona. El Juzgado admitió las excepciones alegadas por el demandado arrendador de prescripción de la acción y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de casación. Este recurso no es una tercera instancia donde haya de revisarse *in extenso* todo el material fáctico y jurídico aportado a la litis, sino que ha de limitarse a determinar si en la instancia se ha sujetado a la ley o doctrina legal lo acordado en el fallo dentro del ámbito jurídico-procesal delimitado por el recurso de casación que se examina. La sentencia que absuelve de la demanda resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas, aunque sólo se examine la cuestión principal cuando las demás están ligadas a ella por vínculos de dependencia. No pudo pretender el recurrente la inscripción en el Registro del documento en el que fundaba sus alegaciones, ya que según el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, son únicamente inscribibles las escrituras, ejecutorias y documentos auténticos que expresa el precepto, ninguno de los cuales es documento privado, a cuya clase pertenece el que sirve de fundamento a la demanda y tampoco el titular de un derecho personal como es el arrendamiento puede alegar interés suficiente para asegurar el derecho que se deba inscribir por no encajar dentro del contenido del artículo 6.º de la Ley, salvo los casos en que legalmente procediera la inscripción. No concurren en este supuesto los requisitos necesarios para el retracto, es decir: a) Que se ejercite sobre la base de una venta, que el propio recurrente califica de

nula por simulación, y así se declaró por la sentencia recurrida. b) El retrayente carece de la cualidad de arrendatario al ser transmitida la finca por documento privado en el año 1968, ya que él mismo manifiesta que es arrendatario desde 1970. c) No se ha probado que el retrayente fuera arrendatario de toda la finca transmitida. d) Se dice que el conocimiento de la venta se tuvo en 2 de octubre de 1976 y la demanda se presentó el 6 de diciembre, por lo que habían transcurrido los dos meses que señala el artículo 48, 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. d) Tampoco se hizo bien la consignación del precio, pues no se consignaron los gastos del contrato ni los demás procedentes, por lo que se desestima la totalidad del recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, POR LO QUE SE APLICA LA RESOLUCION CONFORME AL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1982).

En el año 1972 se arrendó un solar para chatarrería sin más construcciones que la tapia delimitadora de la propiedad. El arrendatario ha hecho obras sin autorización del dueño. Finalizado el plazo, se insta demanda de desahucio ante el Juzgado Municipal de Málaga, que se declaró incompetente, por lo que se hizo ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad. El demandado alegó que se trataba de un local de negocio y que las obras se habían hecho con autorización del dueño. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Granada revocó la anterior y declaró la resolución del contrato.

No tiene éxito el recurso de casación. La sentencia impugnada calificó el objeto del arrendamiento como «solar», excluyendo así la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aplicándose el Código Civil, por lo que procede la resolución del arrendamiento, sin que el demandado pruebe suficientemente su afirmación de que el objeto del arrendamiento era un local de negocio. Aunque en el contrato se hable varias veces de «local», no se corresponde con el resultado de la prueba, pues los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes. El objeto arrendado es inhabitable por no reunir los presupuestos de seguridad, salubridad e higiene imprescindibles para obtener la categoría de «local de negocio», afirmaciones no combatidas por la vía procedente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Admitido esto, la regulación aplicable no es la especial con la prórroga forzosa, sino la común del Código, cuyo artículo 1.569, 1.º, permite el desahucio por expiración del término, que había transcurrido con exceso en este caso, desestimación que supone la del recurso en su totalidad.

C. R. R.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO MANCOMUNADO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1984).

La actora y apelante pretende que las disposiciones testamentarias de su padre tienen carácter mancomunado y por tanto son nulas conforme al artículo 669 del Código Civil, debiendo abrirse, en consecuencia, la sucesión intestada. Criterio que no es compartido por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca ni por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca; tampoco se muestra favorable al mismo la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, que desestima el recurso siendo ponente el Magistrado don Rafael Pérez Giménez en base a la siguiente doctrina:

Que por propia concreción del recurrente, el presente recurso se dirige a combatir la sentencia impugnada únicamente en cuanto niega que el testamento otorgado por el causante de los litigantes sea mancomunado y por tanto nulo, articulándose a tal efecto dos motivos de casación, de los cuales el segundo de ellos, de estudio prioritario por exigencias lógico-procesales, se apoya en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción por violación del artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil, argumentando a tal efecto, frente a lo que sostiene dicha sentencia, que el carácter mancomunado de las disposiciones de última voluntad de los consortes señor M. y señora Z. se manifiesta: a) en el testamento otorgado por el señor M. el día trece de marzo de mil novecientos sesenta y siete, pues dicho testador, después de exponer que de acuerdo con su consorte había decidido hacer un «cúmulo» con las fincas S. S. de M. y S. S. —esta última pertenecientes a ambos cónyuges en *pro indiviso*—, procede a dividir las lotes que adjudica a sus hijos, a los que instituye herederos, designando usufructuaria a su esposa; b) en las notas testamentarias posteriores al citado testamento, y previstas en su cláusula novena, en las que dicho señor M. hace una nueva distribución de los bienes, notas que al estar escritas de puño y letra del testador, y aceptadas a continuación por su esposa, demuestran el carácter mancomunado de tales declaraciones de voluntad, ello aparte de que en tales notas el señor M. utiliza el plural como si se manifestare también en nombre de su esposa (así emplea los términos «...lo firman...», «...disponemos...», «...se comprometen ambos testadores a...», «...nuestro hijo...», «...poseemos...», etc.); motivo que debe ser desestimado, ya que al razonar de tal modo se olvida por el recurrente que el testamento mancomunado, prohibido por el mencionado artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil, es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido, situación que no se da en el caso de litis, pues por una parte el testamento abierto de trece de marzo de mil novecientos sesenta y siete es otorgado única y exclusivamente por el señor M., sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en *pro indiviso* con su esposa; y por otra parte las llamadas notas, codicilos o memorias testa-

mentarias —a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva y el recurrente carácter de disposición *mortis causa*— están escritas y firmadas únicamente por el señor M., y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter individual y unilateral se pierda por la circunstancia de que a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas.

Que el primer motivo del recurso —último en su estudio— se apoya en el mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos y acusa la infracción por violación del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, relativo a la interpretación de los contratos, razonando al respecto que tanto las notas, memorias o codicilos en los que el señor M. distribuye entre sus herederos los bienes propios y el que tiene en *pro indiviso*, con su esposa, como la conformidad o aceptación que ésta consignaría a continuación de tales notas, integran verdaderas disposiciones de última voluntad y, por consiguiente, están sujetas a las prohibiciones legales establecidas para los testamentos mancomunados, criterio inadmisibles: a) porque la sentencia impugnada, tras un detenido examen de las mismas, les asigna el carácter de actos de distribución o partición del caudal hereditario, negándoles a *contrario sensu* la naturaleza jurídica de actos patrimoniales de disposición, y a tal interpretación debe estarse por ser ésta una facultad de los Tribunales de Instancia que debe respetarse mientras no resulte claramente errónea o equivocada; error o equivocación que no cabe apreciar en el caso de litis; b) porque la propia sentencia acertadamente niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a las referidas notas en cuanto tal aceptación, como declaración de voluntad, está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*; y c) porque además de lo expuesto, y como se ha dicho anteriormente, la referida aceptación o conformidad de la esposa a la distribución de bienes que su esposo hace en tales notas se realiza en acto separado, independiente y posterior aunque lo sea a continuación de ellas, y por tanto, y cualesquiera que sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas y, consecuentemente, en ningún caso podrían subsumirse en la hipótesis prohibitiva contenida en el artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil.

TESTAMENTO. NULIDAD. PRETERICION. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1984).

El hijo natural, reconocido en virtud de manifestación hecha ante el encargado del Registro Civil por el hermano de su padre —tío suyo, por tanto—, demanda a la viuda de su padre, de cuyo matrimonio no hubo descendencia, alegando preterición en el testamento paterno, en el que se instituyó única heredera a la esposa y pidiendo se decrete su nulidad y la apertura de la sucesión intestada, con los demás pedimentos congruentes, a lo que accedió el Juzgado de Primera Instancia de Arévalo, sentencia fa-

vorable al hijo natural, que fue confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la demandada y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al mismo conforme a la siguiente doctrina:

Que para la adecuada solución de este recurso debe partirse de una realidad fáctica sentada en la sentencia de instancia y no atacada por el recurrente, consistente: Primero, en que en el Registro Civil de Buenavista-Madrid consta la inscripción del nacimiento del actor J. G. M. como ocurrido el día veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y uno, inscripción en la que figura como padre don R. G. S. y como madre doña F. M. T., ambos de estado soltero a la sazón, inscripción extendida en virtud de declaración de E. G. S., hermano del que aparece como padre. Segundo, en que dicha acta de nacimiento, además de por los funcionarios correspondientes y por el declarante referido, se suscribió posteriormente por los expresados R. G. y F. M., que figuran en la inscripción como padres del nacido; y ante esta realidad documental, que sirve de base a la sentencia impugnada para afirmar la filiación natural del actor, se formula el presente recurso, en cuyo único motivo, apoyado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, error de hecho que resulta, según se dice, de atribuir al actor la condición de hijo natural reconocido de don R. G. en base a la fotocopia legalizada del acta de nacimiento de dicho actor, sin que tal acta, que se invoca como documento auténtico, contenga el acto personalísimo y formal de la manifestación del reconocimiento de paternidad, lo que se evidencia también en la declaración testifical de don E. G., hermano de don R. y persona que realizó la manifestación del nacimiento ante el encargado del Registro, motivo que no puede prosperar porque para que concurra el referido error de hecho es necesario que éste sea trascendente en el fallo y que se acredite por documentos auténticos, estimándose sólo como tales los que por sí mismos, y sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida; y en el caso de litis se pretende acreditar el alegado error mediante el acta de inscripción del nacimiento del actor en el Registro Civil, acta de la que resulta lo contrario de lo que pretende el recurrente en cuanto no sólo no exterioriza divergencia o discrepancia alguna entre lo que expresa el documento y lo que declara probado el Tribunal, sino que es precisamente dicho documento el que contiene la constatación de la negada paternidad y en el que se apoya la sentencia para hacer tal declaración, ello aparte de que dicho documento, al haber sido el mismo que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del litigio, no tiene el carácter de auténtico, como evidentemente no lo tiene la declaración testifical de don E. G. por no poderse conceptualizar a estos efectos ni siquiera como documento; y sin que en este recurso pueda entrarse en el examen de si al firmarse el acta de nacimiento por los que en ella figuran como padres, con posterioridad a su formalización, se vulneró o no el artículo treinta de la Ley del Registro Civil, relativo a la unidad de acto de la inscripción, o si al haberse manifestado por el que promovió la inscripción que el inscrito era hijo de F. y de R. se conculcó el artículo ciento treinta y dos —hoy ciento

veintidós— del Código Civil entonces vigente, relativo a que cuando el reconocimiento se hace por uno solo de los padres no puede revelarse el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo ni expresar circunstancia alguna por donde pueda ser reconocida, o bien si al no haberse hecho constar la declaración de reconocimiento —en el supuesto de que la hubiere habido— al margen de la inscripción firmada por quien realizase tal reconocimiento se infringió el artículo cuarenta y nueve de la indicada Ley del Registro Civil, pues tales infracciones, en la hipótesis de que concurrieran, debieron denunciarse por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos y no por la vía del número séptimo al implicar verdaderas infracciones jurídicas y no meramente fácticas; pero es que, además, a partir de la vigencia de la Constitución, y por así disponerlo su artículo catorce, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose, en consecuencia, derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del Código Civil anterior a la reforma de mil novecientos ochenta y uno, por lo que si en el caso de litis el Tribunal de Instancia examina la repetida acta firmada por don R., y por considerarla expresiva de su voluntad le atribuye la paternidad del inscrito, hoy actor, no comete violación alguna de la normativa aplicable al caso.

COMENTARIO.—Esta sentencia se plantea bajo el régimen anterior al introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó, entre otros, el artículo 814 del Código Civil, ya que según el texto legal desde entonces vigente, «la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas». Esto es, el hijo natural hubiese sucedido, no en toda la herencia, sino sólo en las dos terceras partes, pasando la tercera parte restante a la viuda.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte apelante y demandada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden claramente los hechos:

Que la cláusula del testamento objeto de interpretación por la Sala de instancia —y ahora del recurso— dice literalmente: «Cuarta. De todos sus bienes presentes y futuros ambos testadores (se trataba de un testamento de hermandad navarro) se instituyen recíprocamente únicos y universales herederos, con amplia facultad dispositiva a favor del sobreviviente. Y al fallecimiento del último de ellos los bienes que queden en poder del mismo se distribuirán de la forma siguiente: a) Legan a su hija N. un terreno de dieciocho metros de fachada por lo que dé de sí de fondo, sito en la calle del P. de esta villa, en donde tienen actualmente edificada la casa en donde

habita (se refiere a N.), con sus bajeras y cuadra. b) El resto del terreno sito en dicha calle, con lo edificado, se lo legan por partes iguales en favor de sus hijos C. y S. c) Y el resto de sus bienes presentes y futuros nombran por sus herederos a partes iguales en favor de sus tres nombrados hijos M. C., S. y N. y en su defecto a sus descendientes».

Que como dato complementario preciso para valorar la interpretación hecha por la sentencia que se recurre, a la vez que la que se ofrece en el recurso, no está de más añadir que en un anterior testamento los causantes habían dispuesto en su cláusula quinta que legaban «por terceras e iguales partes y *pro indiviso* a sus tres nombrados hijos la finca propiedad de los testadores sita en M., constituida de casa y demás edificios en la calle de la P. (hoy del P.) en su terreno anejo que forma todo un solo inmueble; pero si su citada hija doña N. en vida de los testadores construyere una casa para sí misma en dicho terreno, es deseo de los otorgantes que la tercera parte de dicho terreno total le sea adjudicada a su citada hija en el lugar donde hubiera realizado tal edificio, quedando las otras dos terceras partes de terreno y demás edificios para los otros dos hijos por mitades e iguales partes».

Que la Sala de instancia, al decidir sobre la determinación del objeto legado en la finca total, compuesta de vivienda, corrales y terreno dedicado a la explotación agrícola, entiende, al aceptar los ajustados y detallados análisis de la sentencia del Juez de Primera Instancia, que el legado hecho a N. se refería y concretaba a la zona o espacio edificado que confrontaba con la calle del P. y que el otorgado a los otros dos hermanos también se refería al mismo terreno edificado lindante con la citada calle, dejando así la parte o terreno no edificado de la finca registral englobado en la masa patrimonial en la que fueron instituidos herederos por partes iguales los tres hermanos, conclusión a la que se llega a la vista no sólo del tenor del testamento, sino de los datos extrínsecos que enumera (testamento anterior, testigos, situación y descripción de la finca, sus medidas, etc.), amén, sobre todo, de la intención de los causantes en cuanto a su clara y expresa voluntad de igualar a sus tres hijos, que no se cumpliría si, como quieren los dos hermanos que hoy recurren, se entendiera que el tercio total de la adquisición hereditaria de N. (por legado y como heredera) se concretara a la porción edificada por ella y su marido en la parte o terreno lindante con la calle dicha, con exclusión de la parte que le corresponde en el resto de la finca, mucho mayor que la edificada.

Que el primero de los motivos del recurso se interpone al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil «por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico», y la cita para demostrar la equivocación que se dice evidente del juzgador del testamento otorgado por los causantes con anterioridad al hoy válido y vigente, testamento que, como ya se ha dicho, fue estudiado y tenido en cuenta por la Sala de instancia como dato extrínseco y complementario de la determinación de la voluntad de los causantes en su última disposición, con lo cual ya hasta para desestimar el motivo de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala (como últimas muestras las Sentencias de ocho de febrero de mil novecientos ochenta y diez de marzo de mil novecientos ochenta), aparte de que la exposición del mismo más se refiere a la oferta de una particular interpretación de los recurrentes respecto del primer testamento en cuestión citado

como auténtico, deduciendo de él otro sentido o significado distinto al obtenido por el juzgador, lo cual ya le desprovee también de su carácter probatorio a estos efectos, pues como se dijo en las Sentencias de veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro y diez de marzo de mil novecientos ochenta, la demostración o evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva, lo que quiere decir que si bien los recurrentes pueden denunciarlo, no por eso pueden construirlo mentalmente con el intento de hacer prevalecer su criterio personal en la interpretación del documento, lo cual, en definitiva, choca con lo tantas veces dicho de que el documento ha de contener un dato escueto, claro, contundente e inequívoco, demostrativo del presunto error.

Que el segundo y último motivo, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia la aplicación indebida del artículo seiscientos sesenta y cinco del Código Civil, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias (atenimiento al sentido literal de sus palabras, salvo clara manifestación de ser otra la voluntad del testador), motivo que en su brevísima y escueta exposición no indica los términos de una indebida aplicación de tal artículo o norma que pudieran contradecir los pormenorizados datos y razones dados por el Juez de Instancia en su búsqueda de la voluntad testamentaria, labor judicial que evidentemente no puede ser destruida por ese simple alegato y enunciado, sin base alguna de hecho ni argumento relativo a la subsunción operada, por lo que, en suma, procede rechazar también dicho motivo, en armonía, por lo demás, con la reiteradísimas doctrina de que la interpretación testamentaria es incumbencia de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, a menos que resulte manifiestamente erróneo que se trate de un error patente que contraría de modo inequívoco y ostensible la voluntad del testador (Sentencias de dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cinco y ocho de febrero de mil novecientos ochenta).

COMENTARIO.—Este fallo tiene en cuenta un anterior testamento de los mismos causantes, revocado por el posterior, como elemento interpretativo o medio de prueba extrínseco, para inducir del mismo la voluntad de los testadores de igualar a sus hijos.

TESTAMENTO. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmó la del Juzgado número 8 de esa capital en virtud de las siguientes consideraciones:

Que el artículo 675 del Código Civil, referente a la interpretación de las disposiciones testamentarias, concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que

el precepto legal contempla y que como es obvio conduce rectamente, en averiguación de la verdadera intención del testador, a la aplicación de las normas de hermenéutica, si bien los elementos de las mismas a conjugar, llamados usualmente gramatical lógico y sistemático, no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, razón por la que el citado artículo 275 no impone ni podía hacerlo un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera), o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación —Sentencias de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 25 de mayo de 1971 y 26 de noviembre de 1974—.

Que, igualmente, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus Sentencias de 5 de julio de 1966, 30 de octubre de 1970, 30 de abril de 1981 y 8 de junio de 1982, es función de los Tribunales de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación en tanto no se evidencie que es manifestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador.

Que en la sentencia recurrida y en la del Juzgado se establecen como conclusiones fácticas, que no tratan de desvirtuarse por la vía adecuada en los varios motivos del recurso, las de que: *a*) que aparece demostrado por el propio testamento de la heredera doña J. que los bienes a que la litis se contrae fueron poseídos por ella durante su vida sin haberlos vendido ni gravado en modo alguno, y que, por ende, no se había cumplido la condición a que quedaba supeditado el legado ordenado en el testamento de don R. M. V. a favor de la villa de C. de M.; *b*) que la prueba practicada había demostrado, en relación a la prohibición de enajenar los bienes objeto de la litis, que tal evento no se produjo, pues la heredera del testador cumplió durante su vida la prohibición o limitación que le fue impuesta por éste, y no vendió, gravó ni hipotecó los bienes, al igual que en la actualidad sus herederas, hoy demandadas, quienes además de observar las disposiciones testamentarias de aquella —ajustadas a lo que su padre le ordenó en el testamento de 7 de marzo de 1916—, han conservado el castillo con significativo interés.

Que don R. M. V. en el testamento que otorga el día 7 de marzo de 1916 instituye heredera universal de todos sus bienes a su hija doña J. M. M. «a sus libres voluntades», con solo la limitación, respecto a determinados bienes, que establece a continuación, ordenando conserve dichos bienes en su poder durante su vida sin venderlos, gravarlos in hipotecarlos en forma alguna, y que al disponer de ellos lo haga en favor de una sola persona, sujetándola a idéntica condición de la que acababa de expresar y a su hija imponía, todo ello para que con el producto de dichos bienes se atendiera a la administración, guarda y conservación del castillo del V. de C. o S. F., como también al esplendor del mismo, procurando con las cantidades sobrantes su mejora y absoluta conservación, y tras expresar un ruego a su hija y heredera, finaliza la mentada cláusula consignando que, si contra lo

que firmemente creía, su hija J. o su heredero quisieran en cualquier forma eludir la prohibición de enajenar que impongo hasta el límite que mi voluntad puede alcanzar, les privo de los bienes cuya enajenación prohíbo, y en tal caso lego tales bienes en plena y libre propiedad a la villa de C. de M.

Que la cláusula testamentaria, transcrita en lo fundamental, es interpretada por la sentencia recurrida en el sentido de que si bien la mencionada doña Julia M. M., al otorgar su testamento en 23 de mayo de 1962, pudo infringir la prohibición impuesta al disponer de los bienes en favor de las demandadas, en lugar de hacerlo en favor de una sola persona, ello no hizo nacer el derecho que la actora —Ayuntamiento de Canet de Mar— pretende en la litis a través de la acción ejercitada, toda vez que la existencia de tal derecho dependía sólo de que la heredera incumpliera la prohibición de enajenar o gravar los bienes por actos *inter vivos*, lo que no ocurrió, careciendo, por tanto, la Corporación actora de la facultad de exigir lo que como legatario reclama en este proceso.

Que en el primer motivo del recurso, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa por la parte recurrente la violación del artículo 675 del Código Civil, por entender que siendo claros y precisos los términos en que estaba redactada la cláusula testamentaria debatida, al sentido literal de sus palabras había de estarse; mas como este criterio está en pugna con el particular de la cláusula meritada, en que se ordena el legado a favor de la villa de Canet de Mar, por cuanto en la misma se condiciona la operancia de este legado al incumplimiento «por su hija Julia o su heredero» de la prohibición de enajenar que había impuesto, es obvio que el juzgador de instancia había de determinar a qué se circunscribía el alcance de tal prohibición de enajenar, para lo que había de hacer uso de los criterios de hermenéutica en la forma consignada en el primer razonamiento de esta resolución, que es precisamente lo que verificó para llegar a la conclusión de que la prohibición de enajenar se refería a actos de disposición *inter vivos*, conclusión lógica si se la relaciona con el total contexto de la cláusula testamentaria y con el significado de la palabra «enajenar», de alcance notoriamente más limitado que la expresión «disponer», por lo que el motivo ha de decaer.

Que inalteradas en casación las afirmaciones fácticas de las sentencias de instancia, en el sentido de que ni doña Julia ni sus herederas vendieron, gravaron ni hipotecaron los bienes objeto de la litis y que, por tanto, el Ayuntamiento de Canet de Mar carece de acción para reclamar el legado sobre tales bienes a su favor instituido, son totalmente intrascendentes los alegatos en que se fundamentan los motivos segundo y tercero del recurso, en que por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida del artículo 111 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, cuando debería haberse aplicado —según se arguye— el artículo 660 del Código Civil y los artículos 168 y 219 de la mencionada Compilación —motivo segundo—, o la violación de los artículos 781 y 789 del Código Civil en relación con el artículo 165 de la repetida Compilación —motivo tercero—, pues tales preceptos atinentes a los legados y a las sustituciones fideicomisarias, aunque hubieran sido infringidos, podrían determinar la casación del fallo de la sentencia recurrida, que se sostiene en la indudable carencia de acción del Ayuntamiento de Canet de Mar para reclamar bienes que le fueron legados para el evento de cumplimiento de una condición no acaecida.

DERECHOS SUCESORIOS. ADOPCION (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada reconviniente y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había revocado en su totalidad la del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, conforme a la siguiente doctrina, de la que se desprenden claramente los hechos que motivaron el litigio, resumidos en si el adoptado bajo la primitiva redacción del Código Civil sin que el adoptante se haya obligado a instituirle heredero, tenía derecho a suceder a su padre adoptivo fallecido también bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código Civil en materia de adopción.

Que lo que se pretendió, en definitiva, por la madre y causante de las hoy recurrentes doña M. B. C., inicial demandada y reconviniente, fue que se le reconociera la cualidad de heredera de don J. B. G., como hija adoptiva del expresado señor, fijando la sentencia recurrida, en su actividad para la aplicación del derecho, los hechos concretos que habían de ser base de la decisión y que, cronológicamente expuestos, son los siguientes: a) Con fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos doce, don J. B. G. otorga testamento, en el que, entre otras disposiciones que no interesan a los fines de la resolución del caso en litigio, instituye como herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley», falleciendo sin haber otorgado disposición de última voluntad con posterioridad. b) Por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza de fecha trece de mayo de mil novecientos treinta y uno, y por escritura pública de veintitrés de mayo del mismo año, el señor B., conjuntamente con su esposa doña M. C. T., adoptaron a doña M. B. C., no obligándose los adoptantes a instituir heredera a la adoptada, pues sólo declaran textualmente que «adoptan a la hasta hoy llamada M. P. B., la cual llevará desde hoy los apellidos B. C., que corresponden a los adoptantes, y disfrutará de los derechos que le confieren los artículos ciento setenta y cinco y siguientes del Código Civil, con las obligaciones que en los mismos se determinan». c) Don J. B. G. falleció el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno.

Que partiendo de los hechos fijados, la resolución impugnada establece las normas aplicables a la decisión del caso controvertido, las que concreta, en primer lugar, en la preceptiva contenida en el artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su inicial redacción, según la que el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero; en segundo lugar, en lo dispuesto en los artículos seiscientos cincuenta y siete y seiscientos sesenta y uno del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto prescriben que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y, por último, en la normativa contenida en las Disposiciones Transitorias 1.ª y 12.ª del Código Civil.

Que en el primer motivo del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento,

Civil, se acusa a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación el artículo tercero del Código Civil, en lo que señala su apartado primero, en orden a la interpretación de las normas, en relación con los artículos ciento setenta y cinco a ciento ochenta, en su redacción vigente en el año mil novecientos cincuenta y uno, y en los textos reformados de dichos artículos en veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y cuatro de julio de mil novecientos setenta, motivo cuyo rechazo se impone porque, como se deduce de los hechos fijados por la sentencia recurrida, incólumes en este trámite casacional, la norma aplicable en orden a la determinación de los derechos que correspondían a doña M. B. C., como hija adoptiva de don J. B. G. a la fecha del fallecimiento de éste el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, era la contenida en el artículo ciento setenta y siete del Código Civil, según la inicial redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta a la de acudir al sentido de sus propias palabras, sentido que en el caso concreto de la presente controversia no puede ser alterado por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que la norma legal —artículo ciento setenta y siete del Código Civil en su primitiva redacción— ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en el año mil novecientos cincuenta y uno, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor «tiempo» haya que referirlo al indicado año, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución, razonamientos en los que, en definitiva, se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma en la fecha concreta de su aplicación, por haber acaecido el hecho que originaba automáticamente la adquisición del derecho, no puede afirmarse sean los que las sucesivas modificaciones del Código Civil en relación a los derechos sucesorios del adoptado han venido sancionando a través de las modificaciones de los preceptos pertinentes en las fechas veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, cuatro de julio de mil novecientos setenta y trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

Que en el motivo segundo, formulado por igual cauce que el anterior, se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, con base en la argumentación de que la cláusula del testamento otorgado por don J. B. G. en treinta y uno de agosto de mil novecientos doce, por la que instituye herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley», había que interpretarla en el sentido de que en la expresión «según la ley» comprendía a la hija adoptiva doña M. B. C., alegato totalmente carente de fundamento, ya que, de una parte, no adoptó a dicha señora hasta el día veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y uno, y de otra, porque en la fecha de otorgamiento del testamento los hijos adoptivos no eran herederos «según la ley», sin que sea tampoco admisible que la cláusula testamentaria en cuestión, en contra de su clara dicción literal, se entienda no refleja la voluntad del testador a pretexto de que desconocía su

alcance, ya que ello significaría poner en tela de juicio la competencia profesional del Notario autorizante del instrumento, y como a ello es de añadir que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio al respecto ha de mantenerse, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador, se hace obvia, en conclusión, la desestimación del analizado segundo motivo del recurso.

Que igual suerte desestimatoria corresponde al tercer motivo del recurso, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la resolución impugnada de haber violado, por inaplicación, la Disposición Transitoria decimotercera, en relación con la Disposición Transitoria decimosegunda, ambas del Código Civil, disposiciones transitorias que lejos de haber sido violadas por la sentencia combatida, fueron recta y expresamente aplicadas por la misma, ya que en el caso controvertido los derechos a la herencia de don J. B. G. habían de regularse con arreglo a la legislación vigente a su muerte, acaecida el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, todo ello también conforme a la preceptiva contenida en los artículos seiscientos cincuenta y siete y seiscientos sesenta y uno del Código Civil, igualmente aplicados por la sentencia de la Audiencia, sentencia con respecto a la que, además, es de denotar la cita adecuada que efectúa de la Disposición Transitoria primera del referido Código, en cuanto veda la retroactividad de la norma posterior que perjudique derechos adquiridos según la ley anterior.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

BUQUES. CONSTRUCCION DE BUQUE. LOS PACTOS CONVENIDOS Y DECLARACIONES HECHAS EN ESCRITURA PUBLICA ENCAMINADA A PROVEER DE TITULO DE PROPIEDAD DEL BUQUE A LA SOCIEDAD ARMADORA, EN CUANTO TENGAN CONTENIDO JURIDICO ADICIONAL Y COMPLEMENTARIO AL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA, PUEDEN DAR LUGAR A TRIBUTACION POR EL CONCEPTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1983).

Hechos.—Mediante escritura pública se formaliza la construcción de un buque entre el armador y el astillero constructor, y al reflejar ciertos pactos o estipulaciones se plantea la cuestión de si el documento debe tributar o no por el concepto de Actos Jurídicos Documentados.

El Tribunal Supremo, en el presente caso, opta por la solución afirmativa en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que la construcción de buques da lugar a relaciones jurídicas bilaterales entre el armador del buque y el astillero constructor, mediante las que habitualmente, tras las relaciones o actos preparatorios, se llega a la proposición de proyecto y precio al armador, quien puede realizar el pedido, y aceptado éste, empieza el período de construcción del casco, hasta llegar a su botadura o puesta a flote; prosigue la construcción con la instalación del aparato motor, equipamiento y acondicionamientos interiores; se procede a la realización de pruebas para comprobar las cualidades técnicas del buque, en relación con lo convenido, y, finalmente, se realiza la entrega o toma de posesión del buque por el armador; estando estas actuaciones, en cuanto estén integradas en el contrato de ejecución de obras o de construcción de buques, gravadas por el Impuesto sobre Tráfico de Empresas, conforme a lo establecido por el Texto Refundido, aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1966, pues, según su artículo 3, están sujetas a este impuesto las entregas de bienes, mercancías o productos que los fabricantes, industriales y comerciantes mayoristas efectúen en sus establecimientos abiertos al público para destinarlos al comercio, así como las ejecuciones de obras, con o sin aportación de materias, realizadas por quien se dedique habitualmente y mediante contraprestación a esta actividad, cualquiera que sea

la persona para la que se lleve a cabo; operaciones éstas que, aunque sean reflejadas en escrituras, actas o testimonios notariales no están sujetas al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 100 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en cuanto estén sujetas al Impuesto sobre Tráfico de Empresas.

Considerando que planteada cuestión por el apelante, sobre la sujeción a gravamen por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de la escritura objeto de la liquidación, impugnada en este procedimiento, y examinado el contenido de la misma, se advierte que, mediante dicha escritura, se provee de título de propiedad del buque construido a la sociedad armadora, y ésta se hace cargo del buque después de haberlo reconocido y encontrado a su satisfacción, una vez realizadas las pruebas oficiales y particulares; pero en el documento se practica además liquidación de prestaciones entre las partes contratantes, se fija el valor total del buque, el importe de las obras realizadas por el astillero, el de las primas a la construcción naval y desgravación fiscal percibidas, el de las cantidades que el constructor tiene percibidas del armador y las que éste le adeuda; se pacta el aplazamiento de las cantidades debidas, detallando la forma de satisfacerlas; se concreta el importe de las instalaciones y elementos suministrados por el armador al constructor para ser incorporados al buque construido; se pacta la modificación de lo convenido para el caso de que lo previsto sobre percepción de primas no se corresponda con la realidad, y se refleja convenio sobre pago de gastos e impuestos devengados, todo lo cual constituye un convenio complejo en el que, partiendo del valor total del buque, se formaliza una meticulosa liquidación de las aportaciones a la construcción realizadas por cada una de las partes, y se concretan los derechos de cada una de éstas de presente y para el futuro, independientemente de la materialidad de la entrega del buque, con lo que los pactos convenidos y declaraciones hechas tienen un contenido jurídico-adicional y complementario al contrato de ejecución de obras, por lo que el documento en que se reflejan está sujeto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

COMPROBACION DE VALORES. LA ADMINISTRACION NO PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1983).

Hechos.—La cuestión estriba en determinar si practicada liquidación sobre la base o valor dado en el informe por el Arquitecto Jefe al servicio de valoración urbana de la correspondiente Delegación de Hacienda, e interpuesto recurso, es procedente la nueva liquidación girada sobre la base de un valor superior, basado en nuevo informe del mismo servicio, atribuyendo a la finca en cuestión un valor superior al antes recurrido.

El Tribunal Supremo estima que no, en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que valorada la finca en cantidad que el contribuyente estima excesiva, y recurrido el acto de gestión en vía económico-administrativa, fue anulada la liquidación enalzada por el Tribunal Económico-Administrativo Central, por falta de fundamenta-

ción del informe técnico en que se basó la liquidación y por falta de notificación al contribuyente, y practicada nueva valoración dio por resultado una valoración notoriamente superior a la primera, actuando la Administración Tributaria contra sus propios actos, pues si el contribuyente impugna por excesiva la valoración, no es congruente que una ulterior actuación administrativa eleve su cuantía al resolver el recurso interpuesto por el contribuyente, pues sólo puede modificar su anterior criterio la Administración por el procedimiento revisor previsto para ello, pues lo contrario iría contra la doctrina de lo *reformatio in peius*, declarada con reiteración por este Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus Sentencias de 2, 8 y 9 de marzo, 18 de octubre y 29 de diciembre de 1982, doctrina que, en definitiva, aplica el principio general de la seguridad jurídica, que garantiza la Constitución en su artículo 9, 3, pues es claro que si la interposición de un recurso frente a la Administración pudiera facilitar un nuevo acto agravatorio de la situación anterior contra la que se recurrió, faltaría la seguridad jurídica y en el ámbito tributario haría desconfiar de ejercer los derechos concedidos por la ley para reclamar contra los actos administrativos.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS CON SUMINISTRO DE MATERIALES. LA CESION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE DICHO CONTRATO TRIBUTA POR EL NUMERO 20 Y NO POR EL NUMERO 2 DE LA TARIFA DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1983).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada estriba en determinar si la cesión de los derechos derivados de un contrato de ejecución de obras adjudicado a cierta entidad y afectante a la parte de obra que queda por ejecutar o realizar debe tributar como transmisión onerosa de bienes muebles al 4 por 100, establecido por el número 2 de la Tarifa, o más bien debe considerarse comprendida en el número 20 de la Tarifa, concerniente a la «cesión de arrendamiento de bienes, obras, servicios, derechos o aprovechamientos de todas clases», que tributaría al tipo del 1,40 por 100.

Confirmando el criterio de la Audiencia Territorial de Madrid, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Matías Malpica González Elipe, se muestra partidario del segundo criterio, en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley General Tributaria y artículo 7 del Texto Refundido del Impuesto, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, es preciso hacer un breve estudio del negocio jurídico documentado en la escritura de 9 de octubre de 1973 para calificarlo y determinar su naturaleza dentro del Derecho sustantivo; obviamente, se trata de una cesión de derechos derivados de la adjudicación a la empresa cedente de un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales de los previstos en el artículo 1.588 del Código Civil, contrato de ejecución de obra que desde antiguo venía discutiéndose sobre su verdadera naturaleza, comúnmente calificada por un contrato mixto de obra con suministro,

lindante con la compraventa, y de ahí su proclividad a estimarse como contrato de transmisión a título oneroso. Pero aquí lo que se contempla no es el acto jurídico, y como tal susceptible de imposición tributaria, de la adjudicación del contrato de empresa inicial, sino de su cesión y, por ende, de sus derechos y obligaciones que lo integran, a la Agrupación Temporal de Ciertas Empresas Constructoras, las que se subrogan en forma solidaria en los mismos derechos y obligaciones, lo que viene a encajar en el contenido normativo del artículo 1.526 y siguientes del Código Civil, bajo el epígrafe del capítulo VII, libro IV, con la denominación o rúbrica de «Transmisión de créditos y demás derechos incorporales», que aunque se pueda instrumentar bajo diferentes negocios de transmisión (permuta, donación, etc.), lo más usual —siendo la transmisión de derechos por antonomasia— es la compraventa, como aquí acontece, en que la cesión por dicha vía se hizo por un precio de 10.000 pesetas. Ello, claramente, nos sitúa —y para mayor convicción, obsérvese que los preceptos del referido capítulo VII utilizan insistentemente el vocablo «venta» o «vendedor» y «comprador» como sinónimos de «cesión», «cedente» y «cesionario»— en las previsiones no del artículo 55, 2, del Texto Refundido alusivo al contrato de arrendamiento de obra con suministro de material, que fue objeto de la adjudicación inicial por la Dirección General de Obras Hidráulicas a la Sociedad «Portolés y Cía.», sino en las del artículo 54, 6, del mismo Texto Refundido, en que de forma específica se declaran sujetos los actos de «constitución, prórroga, subrogación y cesión de arrendamientos de bienes, obras, servicios, etc.», con la consecuencia de su tarificación, específica también, en el número 20, apartado F, en el que se copia literalmente el concepto impositivo contenido en el artículo 54, 6.º, ya invocado.

Considerando que a mayor abundamiento, la propia Tarifa, en el apartado A), número 2, hace explícita reserva en su inciso final de su aplicación a las transmisiones propias de su gravamen «no especificadas expresamente en esta Tarifa», por lo que queda fuera de toda duda que el caso que nos concierne no queda regulado por ella, puesto que en el apartado F, número 20, aparece consignada en Tarifa la figura estricta de cesión de arrendamiento de obras. Y no es óbice a lo expuesto el dato, ciertamente importante, de que el sujeto pasivo tributario se haya aquietado a la fijación de la base imponible en un 6 por 100 de las obras que restaban por realizar, pues ello viene establecido por el artículo 70, 5.º, del Texto Refundido, habida cuenta de que el precio de la cesión —10.000 pesetas— es notoriamente inferior al porcentaje antes citado, y que coincidentemente con los artículos 39 y 61, 4, del Reglamento entonces vigente de 15 de enero de 1959, señalan la fijación de la base imponible con la misma fórmula, sin que la denominación genérica de «transmisión onerosa» «transmisión a título oneroso» con que dichos preceptos califican la cesión de derechos del adjudicatario del contrato de ejecución de obras, porque así los configura el Código Civil como norma sustantiva, sean bastantes razones a minorar la eficacia normativa que claramente estatuye el artículo 54, 6, del Texto Refundido, en coincidencia con la Tarifa F), número 20, diferenciando el supuesto tributario que contemplan del examinado en el artículo 55, número 2, del mismo Texto, y lo acredita, en último extremo, que el artículo 61, 4, del Reglamento se remite al artículo 39 y, sucesivamente, al 51 del propio Reglamento en lo referente a la práctica de las liquidaciones y en la fijación de la base imponible,

pero en modo alguno se hace alusión a que esa transmisión onerosa de los derechos, que han sido cedidos —y valga la redundancia por el grafismo que comporta—, tenga que ser subsumible en la Tarifa A, número 2, ni a la fijación del tipo de imposición concreto que propugna la Administración, lo que, además, sería imposible, cronológicamente diciendo, en cuanto a lo primero, por ser el Reglamento aplicable el de 15 de enero de 1959 y el Texto Refundido de 6 de abril de 1967, por lo que, aparte del rango y cronología que priman a favor de éste, su disposición transitoria sexta así lo señala en forma expresa y concluyente.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO

AMPLIACION DE CAPITAL CON CARGO PARCIALMENTE A LA CUENTA DE REGULARIZACION DE BALANCE (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1981).

Cuando una sociedad anónima amplía capital emitiendo acciones que se desembolsan, en parte, capitalizando la cuenta de regularización de balance, de acuerdo con su legislación especial y en los casos en que tal actuación tiene concedida exención, y en parte, por aportaciones de los socios, sólo procede girarse liquidación de ampliación de capital, tomando como base la aportación de los socios, y nunca sumando a tal cifra la parte del desembolso proveniente de la capitalización de la cuenta de regularización.

FIJACION DEL CAPITAL PRESUNTIVAMENTE EMPLEADO EN ESPAÑA POR LAS SUCURSALES DE LAS SOCIEDADES DOMICILIADAS EN EL EXTRANJERO (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1981).

Para determinar el capital que ha de servir de base por la que se ha de satisfacer el Impuesto de Transmisiones, hoy Operaciones Societarias, por las sociedades domiciliadas en el extranjero, se determinará la proporción que con respecto a tal monto de las totales operaciones de la sociedad tiene el importe de las operaciones realizadas en España, y se tomará como base la fracción del total capital social que represente tal proporción.

En el caso que nos ocupa, para servir de ejemplo, el monto de las operaciones sociales fue de 8.837.748.411,82 francos franceses, y el importe de las operaciones en España, 77.710.091,10 francos franceses, lo que hace una proporción del 0,87930 por 100, y siendo el capital social de 480.000.000 francos franceses, la parte destinada de él a sus operaciones en España es de 4.220.627,47 francos franceses, base del tributo.

PROCEDIMIENTO (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1981).

Las sociedades carecen de legitimación activa para recurrir las bases ante el TEAC, en los impuestos devengados por actos traslativos de sus acciones o participaciones.

VALORACION TECNICA Y TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1981).

Está correctamente fundada una valoración que literalmente dice: «Tratarse de un local comercial en planta baja de un edificio de construcción normal, en primer período de vida, sito en zona de gran atractivo comercial y residencial, que lleva a fijar el metro cuadrado en la suma de 50.000 pesetas».

El TEAC tiene facultades para acordar la tasación pericial contradictoria solicitada por el contribuyente en el procedimiento económico-administrativo.

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1981).

Es correcta la valoración de una finca urbana por el Arquitecto al servicio de Hacienda, en la que se dice: «Se asigna a la finca de que se trata un valor de 4.807.500 pesetas. Suelo: superficie, 580,75 metros cuadrados; valor base, 6.000; características: atractivo residencial y condiciones urbanísticas vigentes; valor asignado al suelo, 4.484.500. Construcciones: superficie, 140 metros cuadrados; número de plantas, una; valor metro cuadrado, 9.000; características: vivienda unifamiliar de construcción sencilla, primer período de vida y buen estado de conservación; valor, 1.323.000».

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1981).

No está correctamente fundada una valoración técnica practicada sobre un texto impreso, pues carece del estudio individualizado propio de estos actos administrativos.

RECURSOS (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1981).

Notificada la base resultante de un expediente de comprobación de valores, éste constituye un todo que ha de ser notificado a los contribuyentes, si son varios, en su conjunto y no fraccionadamente, y recurriéndose contra tal base no pueden admitirse a trámite recursos contra las liquidaciones futuras en tanto éstas no se produzcan.

JURADO TRIBUTARIO (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1981).

El TEAC sólo tiene jurisdicción para revisar los quebrantamientos de forma de los procedimientos seguidos ante los Jurados Tributarios, los acuerdos extendidos a cuestiones de derecho o los acuerdos que resultan de aplicación indebida de las reglas de distribución. Por tanto, carece de jurisdicción para revisar los acuerdos de los Jurados Tributarios que determinan las cuantías imputables a herencias, en aplicación de la presunción del artículo 27 del Texto Refundido del Impuesto sobre las Sucesiones.

HIPOTECA (RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1981).

Constituida una hipoteca, de la que parte del capital se entrega al constructor para financiar las obras de edificación, y parte se entrega como financiación de los adquirentes futuros de futuras viviendas, procede una sola liquidación por el total importe de la base, independientemente de la entrega total o parcial del capital.

NOTIFICACIONES (RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1981).

Las notificaciones de bases y liquidaciones han de hacerse separadamente, pues constituyen dos actos administrativos distintos, y en las notificaciones de bases han de hacerse constar el medio de comprobación empleado y los criterios de valoración seguidos.

EXENCIONES FISCALES (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1981).

La exención prevista en los artículos 30 a 34 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, son aplicables a la constitución de una sociedad anónima siempre que reúna los requisitos siguientes:

- a) Notificación al Delegado de Hacienda.
- b) No haber tenido los bienes aportados reflejo contable antes de la regularización.
- c) Prueba de existir los bienes aportados en poder de los aportantes antes de entrar en vigor la ley.

Ignora el comentarista si el procedimiento siguió hasta el Tribunal Supremo, por lo insólito de la posibilidad de tener contabilizados como de su propiedad una sociedad anónima inexistente —no hay que olvidar la inscripción constitutiva de las sociedades anónimas en el Registro Mercantil— bienes para acogerse en su constitución a una regularización de balance, que no deja de producir perplejidad, sobre todo, ante una cuota de importe considerable. Ello por mucho que, según la doctrina del Tribunal Supremo, las leyes fiscales hayan de interpretarse en su contexto,

aunque a veces contravengan hasta cierto punto el resto del ordenamiento jurídico. Cree el comentarista que más acertado hubiera sido considerar exentas de impuestos, renta, patrimonio y transmisiones las adquisiciones por los socios de los bienes aportados si cumplieron los requisitos indicados, pero de ningún modo su aportación a una sociedad anónima posteriormente constituida a la entrada en vigor de la Ley 50/1977, y ello por mucho que el TEAC opine que esta ley ha de interpretarse generosamente.

HIPOTECAS (RESOLUCIÓN DE 26 DE MARZO DE 1981).

La restitución de todo o parte del préstamo hipotecario realizada por el deudor al acreedor, y su ingreso en una cuenta de la que el deudor podrá disponer cumpliendo determinadas obligaciones, constituyen un derecho real de prenda, distinto del de hipoteca, por un crédito distinto, y es liquidable según la doctrina de los siguientes considerandos, que por las consecuencias que en cuanto a futuras liquidaciones pueden tener transcribo literalmente:

«Considerando que tratándose de un depósito en metálico formalizado administrativamente a través de un ingreso en la Caja General de Depósitos en garantía de determinadas obligaciones (en este caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la carga hipotecaria respaldadora de un préstamo), tal documentación no desvirtúa la naturaleza jurídica del acto en el mismo comprendido, consistente en la constitución de un auténtico derecho real de garantía prendaria en favor del organismo que figure en el resguardo del depósito, y concretamente, el acto posterior de cancelación o devolución de dicho depósito debe calificarse por ello como restitución de la prenda que fue puesta a disposición del eventual acreedor, ya que la naturaleza jurídica del acto o contrato ha de primar, para la exigencia del impuesto, sobre las circunstancias formales de ejecución de tales actos, carácter que hay que atribuir a la documentación por la que tal garantía se lleva a cabo.

Considerando que conforme al artículo 54 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, vigente a la sazón, está sujeta a dicho impuesto la extinción por contrato, acto judicial o administrativo de toda clase de derechos reales y, por tanto, el de prenda, a que se refiere el hecho imponible que fue definido aquí mediante la liquidación practicada por la Abogacía del Estado de la Caja General de Depósitos, y resulta sujeto pasivo de la mencionada liquidación, conforme al artículo 67 del propio Texto Refundido, aquel a cuyo favor se realice este acto, que no puede ser otro quien, como consecuencia de la referida extinción del derecho real, recibe el importe del metálico que componía el depósito constituido, sin que, por otra parte, el referido hecho imponible figure exento del impuesto en la relación de exenciones que contemple el artículo 65, puesto que al recaer la obligación de satisfacer el impuesto sobre la entidad inmobiliaria que constituyó la garantía, no cabe que sea aplicable la exención subjetiva prevista en el párrafo 1), apartado 1.º, letra a), referente al Estado, que únicamente viene obligado como eventual sujeto pasivo cuando, como consecuencia de la constitución del depósito, se produce el nacimiento del derecho real de garantía a su favor.

Considerando que por todo ello ha de concluirse que, en términos generales, la constitución de un depósito, en metálico o valores, y su restitución o devolución, cuando tiene como causa la necesidad de existencia de un derecho real de garantía, son negocios jurídicos perfectamente diferenciados originadores de dos hechos imponible diferentes, y que la exención del impuesto que puede predicarse del primero en razón de la persona obligada al pago, no es posible aplicarla al segundo cuando ésta es diferente, de acuerdo todo ello con la doctrina mantenida reiteradamente por este Tribunal Central en Resoluciones, entre otras, de 8 de mayo y 2 de octubre de 1969 (y confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1970), 12 de mayo de 1975 y 19 de abril de 1979.»

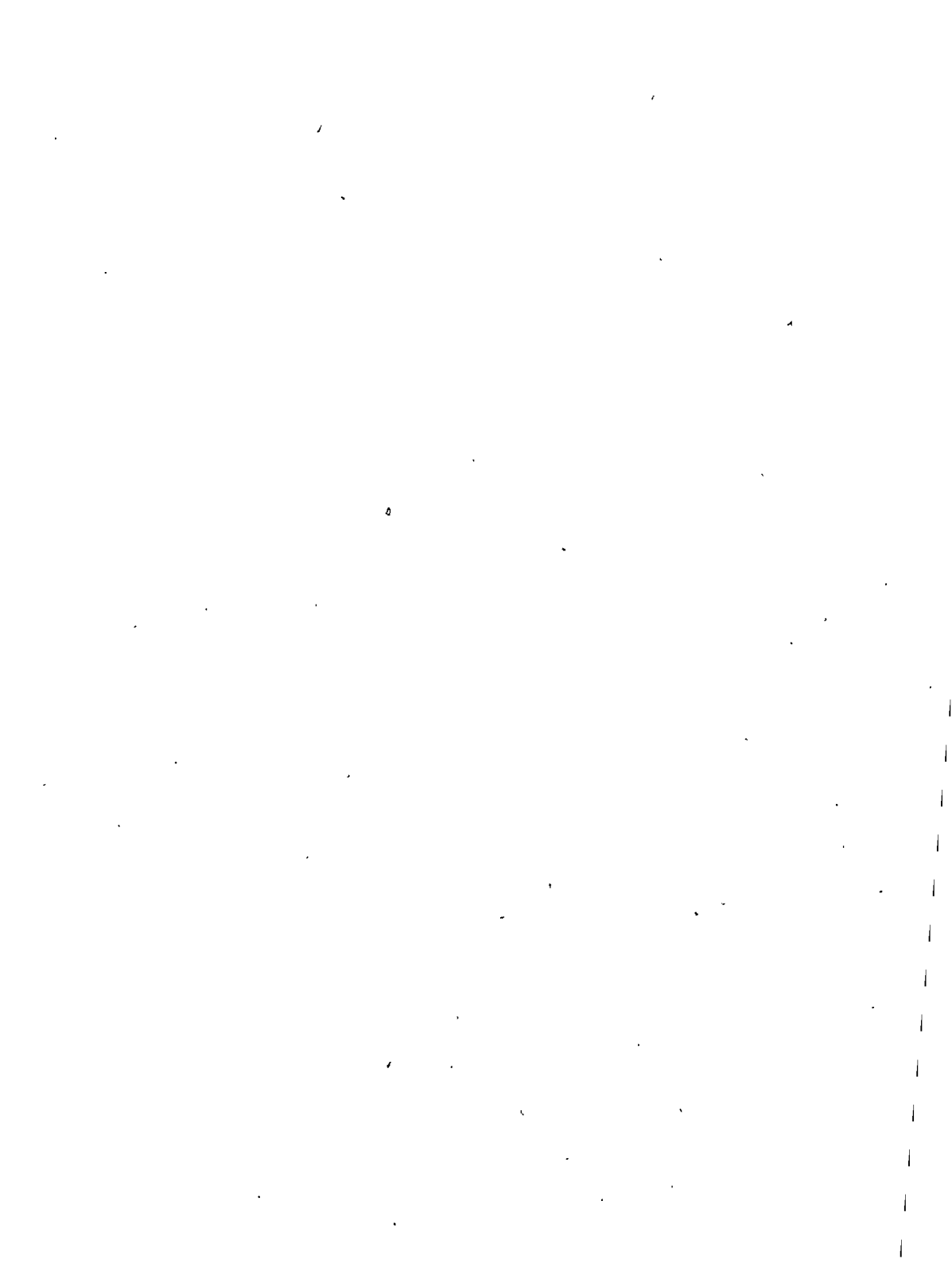
Según ello, y aplicando a esta doctrina las modificaciones del nuevo Texto Refundido del impuesto, la retención por el acreedor de todo o parte del préstamo hipotecario hasta tanto cumpla el deudor unas determinadas obligaciones, ha de tributar de la siguiente forma:

Constitución.—Se girará una liquidación por el concepto préstamo, como constitución de derecho real, con una base igual al importe del capital retenido, al 1 por 100, puesto que tales actos no están sujetos a ITE, y a cargo del acreedor a cuyo favor se ha constituido la garantía.

Extinción.—No está sujeta por no estarlo las extinciones de derechos ni reunir los requisitos del artículo 31 del Texto Refundido.

F. J. F. F.

LIBROS



BURNS, ROBERT I.: *Muslims, Christians, and Jews in the Crusader Kingdom of Valencia. Societies in Symbiosis*. Cambridge University Press, 1984, 363 páginas.

Todo mediano conocedor de la historia de la Valencia medieval ha tenido que leer, por fuerza, las obras del jesuita norteamericano ROBERT IGNATIUS BURNS. Lleva muchos años dedicado al estudio del siglo XIII valenciano, a los reinados de Jaime I y de Pedro el Grande, y sus publicaciones en este ámbito temporal son esenciales para quien se interesa por la conquista —la cruzada del rey Jaime I—. Le ha dedicado varios libros, el primero centrado en especial sobre la Iglesia de Valencia y su reestructuración tras la conquista: *The Crusader Kingdom of Valencia: reconstruction on a thirteenth-century frontier*, Cambridge, Mass., 1967, que ha sido traducido en Valencia, 1982, con un castellano bastante deficiente, sobre todo en sus aspectos técnicos, al que siguieron otros más directamente preocupados de la población musulmana, como *Islâm under Crusader: Colonial Survival in the thirteenth-century Kingdom of Valencia*, Princeton, 1973, o *Medieval Colonialism: postcrusade Exploitation of Islamic Valencia*, Princeton, 1976. Ya en la traducción citada, en el prólogo, indicaba que estaba terminando un amplio *Diplomatarium regni Valentiae*, con toda la documentación de la época del monarca Jaime I, sin duda, una ampliación definitiva de la colección de HUICI-CABANES, que publicaron los textos de su cancillería; ahora nos indica que están ya en prensa los cinco volúmenes de que constará —también en Princeton—. La labor del hispanista norteamericano es única, gigantesca...

Este libro yo diría que recoge una serie de temas, y desde una perspectiva general amplia —desde sus extensos conocimientos— los va analizando uno tras otro. Desde cuestiones acerca de la propiedad de la tierra entre los musulmanes, antes y después de la conquista, a la piratería o el corso, sobre judíos o acerca de los levantamientos de 1276. Pero no son —a mi modo de ver— artículos sobre un tema o sector, sino, en su mayor parte, una discusión abierta con otros autores acerca de estas cuestiones; una crítica, a veces, y una matización de posiciones y resultados obtenidos con más frecuencia. Por este enfoque resulta especialmente atrayente, de fácil lectura... La erudición —primera etapa insoslayable— es siempre muy necesaria, pero hasta el historiador profesional gusta de estas exposiciones más abiertas y discursivas... Sobre todo cuando, como en este caso, existe por detrás una labor tan ingente, que se refleja en las notas y en la bibliografía, y se muestra tal dominio de las cuestiones...

A mí me han interesado, por supuesto, todos los puntos abordados, de los que daré algunas referencias, para que el lector sepa qué puede encontrar en estas páginas. Pero, sobre todo, las cuestiones de propiedad

de la tierra, que se me antojan esenciales para comprender nuestra historia —o, al menos, han despertado mi atención en los últimos años—. Les he dedicado bastante esfuerzo y todavía habré de seguir trabajando en el tema si quiero acabar de entender sus transformaciones desde la Edad Media hasta nuestros días. No hace mucho le dediqué *Dos ensayos sobre historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982, en los que intenté trazar sus líneas a lo largo de los siglos; pero soy consciente que los inicios medievales son muy importantes para entender y sabemos poco de ellos. La lectura de BURNS muestra las enormes dificultades con que nos movemos...

Los dos primeros estudios son los más cercanos a la historia de la propiedad musulmana y cristiana en la Valencia recién conquistada del siglo XIII —el reino cruzado, como le gusta denominarlo a BURNS—. Es una discusión abierta con el francés GUICHARD, quien en trabajos aparecidos últimamente propone una hipótesis sugerente y algunas críticas a BURNS; según el hispanista galo, no existía entre los musulmanes feudalismo, a semejanza del cristiano, sino campesinos libres, bajo unas autoridades centrales, que envían sus delegados para cobros de tributos, pero que no son propiamente señores. El estudio arqueológico de los numerosos castillos de la época musulmana, le permite ver recintos fortificados para defensa o torres de vigía, pero en ningún caso son residencias feudales. El estudio toponímico —aparte otras fuentes— le lleva a afirmar que más bien es un estado asiático, con campesinos libres bajo autoridades centrales; ve formaciones clánicas o tribales de los bereberes, formando aldeas de varios campesinos, junto a grandes explotaciones cultivadas por colonos o exáricos... La necesidad de resumir sus hipótesis, las simplifica en exceso, pero no me es posible una exposición más matizada.

BURNS, en su primer estudio, hace un recuento de las diversas aportaciones que se han hecho a la metodología de los conflictos y contactos entre cristianos y musulmanes o resalta la historia general para comprender Valencia. Sobre todo, hace ver los riesgos de creer en una continuidad completa —una conquista idílica— o de un optimismo excesivo acerca de aquellos durísimos años... Hay que matizar la aculturación cristiana, con su sentido de destrucción, juntamente con las supervivencias que se mantienen durante largo tiempo, al menos hasta el XV y aún después... GUICHARD le había advertido de su excesivo continuismo; el jesuita concreta y discute detalles. Más exacto era el reproche que le hace de admitir señores feudales musulmanes, pues no parecen serlo, ni siquiera los tenentes o beneficiarios de tierras públicas... Más bien se trataría de alcaides o cadíes, autoridades delegadas, que en momentos de guerra y desintegración aparecen como cabecillas de determinadas zonas: el colapso del poder central crea «señores» en el Islam. Con todo, BURNS examina las propuestas de GUICHARD sobre la propiedad de la tierra y las atenúa y discute: para el autor, aparte los beneficiarios de tierras públicas o *iqta*, existen aldeas de propietarios libres y grandes explotaciones. Pero las dificultades para conocer la propiedad, aun en sus caracteres más genéricos, son grandes...

Las cartas de población a núcleos musulmanes son una buena posibilidad; se conocen varias, a las que añade dos: la de Eslida, de 1276, y la de Alfandech, de análoga fecha, recogida en una copia posterior, y las

publica en el apéndice 2. En ellas y en las demás, aparece una comunidad mora a la que se le mantiene en su religión, con sus autoridades, con sus propiedades libres, con el pago de determinadas prestaciones, que, en buena parte, responden a una etapa anterior —los cristianos se colocan, con su estructura feudal— sobre las comunidades musulmanas... Si no aparecen exáricos o aparceros musulmanes es porque quedan por debajo de estas relaciones entre el rey-señor y los propietarios. Con todo, éstos verán empeorar su situación, al ser interpretada su situación como insertos en una relación de índole feudo señorial. Aunque los moros, en un principio, podían abandonar las tierras con pérdida de las mismas, según fuero de Jaime I (6,1,24), después va empeorando su situación en los añadidos con posterioridad (6,1,25 y sigs.).

No puedo detenerme más en este punto. Hay otros distintos que también interesan, como los sueños de conversión que brotaron en el XIII, entre dominicos y franciscanos —RAMÓN LLULL a la cabeza—. Una proliferación de obras que se encaminan en esa dirección, desde *Blanquerna*, del mallorquín citado, hasta la obra del catalán RAMÓN MARTÍ, su *Pugio fidei adversus Mauros et Judaeos*, conectado con Santo Tomás de Aquino. Numerosas escuelas para preparar a los frailes, en lengua árabe y hebrea, como en apologética, para intentar las conversiones; después desaparecen, sin duda, porque termina aquel sueño de prontas y decisivas conversiones... Tras este tercer estudio, el cuarto se refiere a piratas y, sobre todo, a los corsarios, con patentes reales, que se dedican a este provechoso y peligroso comercio; unos datos acerca de su situación en el siglo —un análisis más concreto.

Los judíos son objeto de los apartados siguientes. Primero, un estado de la cuestión sobre los judíos en Valencia, desde los documentos publicados por BOFARULL hasta nuestros días. La necesidad de mejorarlos, aun cuando se reconozca la labor realizada: aparecerán en su diplomático, de momento, en el apéndice 3, como entremeses o minicartulario —de ambas formas lo designa—; publica 25 documentos. Presenta algunos estereotipos de prestamistas y algunos tipos reales, como el rico Adam de Paterna, que era señor de Segart, Beselga y Benifallim; o el poderoso clan de los Cavallería, oriundos de Zaragoza, entre otros varios judíos que aparecen en la documentación.

El estudio número 7 está dedicado a las cuestiones del lenguaje de los moros, que, en los últimos años, despertó polémicas teñidas de presente entre nosotros. Para BURNS —y lo demuestra— no hay duda que hablaban árabe dialectal, como más tarde los moriscos... Los dos siguientes apartados se ocupan de las circunscripciones territoriales del nuevo reino, problemas de límites, pleitos muy interesantes... Uno de ellos, sostenido, por Jofré de Loaysa, el padre del cronista, le permite contemplar unos retazos de la vida valenciana: una cuestión de límites con Bocaliente. Es el penúltimo estudio. Los amplios conocimientos del autor le permiten analizar un documento con gran amplitud y penetración para construir, paso a paso, la Valencia del siglo XIII.

Algo de esto es también el último capítulo, sobre uno de los escasos documentos en árabe que se conservan de la época: el tratado entre el rebelde Al-Azraq y el infante don Alfonso, primogénito del rey. Es un estudio extraordinario, pues, aunque la versión castellana era ya conocida, la árabe no se había publicado —está interlineada, o mejor juzga

que es el original, siendo el romance traducción—. A través de una cuestión de fechas, entre ambas versiones, que decide por el texto musulmán, sitúa en 1245 aquel tratado, cuando Jaime declara terminada la conquista por la toma de Biar. No se alude en la crónica del rey, lo que le conduce a un estudio de aquellos momentos. El *Llibre dels feyts* o la crónica autobiográfica del rey presenta problemas de organización, que, con fino análisis, intenta resolver. Jaime da por finalizada la conquista de Valencia, aun cuando pende de un tratado como éste, con un cabecilla muslim, que se obliga a entregar la mayor parte de sus tierras y castillos en el plazo de tres años. Los problemas del mediodía francés, con una fuerte penetración de la corona francesa en su nativo Montpellier, le obligan a desplazarse al norte, a presentarse como el vencedor y el cruzado capaz de volver a la cristiandad la recién perdida Jerusalén. Son tiempos de dificultades para el rey aragonés, que provoca las ambigüedades de esta parte de la crónica; cuando unos años más tarde se haya de enfrentar a Al-Azraq, lo hará señalándole como traidor —en realidad, está finalizando la conquista—. Aunque todos los estudios tienen su aportación y su sentido, creo que es éste uno de los más penetrantes. En conjunto, a través de todos ellos, el jesuita BURNS proporciona nuevos datos y, por supuesto, certeras interpretaciones. Es una gran suerte para Valencia contar con un hispanista —¿podría denominarse un valencianista?— de esta categoría, que ha estudiado, con tanta profundidad, los orígenes del reino de Valencia.

MARIANO PESET

GERPE GERPE, MANUEL: *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción del contrato sacramento*. Salamanca, 1970.

RAMOS BOSSINI: *La indisolubilidad del matrimonio en el derecho anglicano*. Granada, 1977.

CAMARERO SUÁREZ: *La convalidación del matrimonio civil*. Madrid, 1984.

(COMENTARIO A TRES MONOGRAFÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA TEORÍA DEL MATRIMONIO CIVIL)

No cabe duda de que los civilistas hemos realizado un esfuerzo notable de elaboración de la teoría general del matrimonio civil, que ha culminado en los importantes trabajos de exposición y crítica de la Ley de reforma de 1981. Sin embargo, no debemos olvidar y debemos tener presente que fuera del campo civil ha habido también aportaciones muy notables a los orígenes doctrinales e históricos de la dogmática actual del matrimonio civil. En las líneas que siguen voy a resumir brevemente tres libros recientes que estimo muy notables para la recta comprensión del sentido y significado del matrimonio civil en España (y que han sido elaborados en campos ajenos a nuestro discurrir cotidiano).

El libro de MANUEL GERPE GERPE (*La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción de contrato-sacramento*, Salamanca, 1970)

es extraordinario en muchos aspectos. Para mí es la exposición más perfecta, completa y profunda de los precedentes doctrinales de la teoría moderna del matrimonio civil y de sus raíces ideológicas y religiosas. No negaré que me causó una gran impresión. A mi juicio, el mérito mayor del libro de GERPE es una noción de totalidad en el desarrollo histórico desde la patristica hasta las modernas escuelas jurídico-seculares. No se me oculta que un libro tan ambicioso, que abarca tantas materias históricas y doctrinales, deja muchos flancos descubiertos para la crítica: por ejemplo, no existe una profundización de algunos temas tratados, y no recoge alguna bibliografía importante; cuando expone la secularización de la teoría del matrimonio en los Estados católicos tiene algunas imprecisiones históricas, el libro es algo desordenado y, en conjunto, algo reiterativo, y conforme se acerca al final va abandonando el mundo jurídico privado para decantarse al estrictamente canónico y moral. Pero... ¡no importa!... Su tesis fundamental, que se desarrolla en la primera parte, sobre textos de primera mano, es su valor esencial: una unidad de evolución histórica y su relación con las luchas ideológicas y políticas. La tesis es, además, en extremo convincente.

GERPE escribe su libro con la idea fundamental de criticar la distinción de contrato y sacramento dentro de doctrina del matrimonio. El concepto de matrimonio que llega a la edad moderna es el de un contrato natural al que fue añadida por Cristo la condición de sacramento. Sin embargo, la distinción de los dos elementos (contrato y sacramento) es ajena a la patristica y es obra de la escolástica y especialmente de la escuela franciscana (ESCOTO, SAN BUENAVENTURA) para superar la dificultad que presentaba la justificación de la potestad legislativa de la Iglesia. En las luchas políticas que cierran la Edad Media entre el nacionalismo creciente y los poderes del pontificado, los autores nominalistas (OCKHAM, MARSILIO DE PADUA), defensores de la plenitud de la potestad imperial, sustentan la competencia del emperador Luis el Bávoro para disolver el matrimonio de Margarita del Tirol con Juan de Bohemia, en la tesis de que el matrimonio es un contrato, de donde deducen la accidentalidad del sacramento. En definitiva, si la distinción entre contrato y sacramento se utiliza en su origen para fundar la potestad eclesiástica no obstante la sacramentalidad, es luego instrumento para fundar la competencia civil sobre el matrimonio en cuanto contrato—, respetando en lo demás la potestad de la Iglesia.

El año 1520 y la famosa obra de LUTERO *La cautividad de Babilonia* señala el comienzo de una nueva etapa histórica en materia matrimonial, que va a mantener el carácter exclusivamente civil del matrimonio. LUTERO, como luego CALVINO y la totalidad de los reformadores, aducen que fue la Iglesia la que, de modo poco digno y muy interesado, inventó la sacramentalidad del matrimonio, con el fin de reservarse la jurisdicción sobre él. Las nuevas doctrinas implican también una nueva consideración sobre el contenido del matrimonio, pues tan pronto como la Reforma niega el carácter sacramental del matrimonio pierde su fundamento la indisolubilidad. En los siglos XVII y XVIII las doctrinas regalistas, que GERPE presenta como un intento de conciliación y adaptación de principios protestantes en los países católicos, van a considerar la competencia eclesiástica sobre el matrimonio como una concesión estatal revocable y van a reiterar la distinción dentro del matrimonio del

contrato (competencia civil) y del sacramento (eclesiástica). En este contexto regalista nos presenta GERPE la declaración por Luis XIII de la nulidad del matrimonio de Gastón de Orleáns con Margarita de Lorena, el reconocimiento de la competencia civil sobre el matrimonio por la asamblea del clero de 1635, las doctrinas jansenistas, la doctrina de LAUNOY y FEBRONIO, los congresos de Ems y de Pistoia, y, finalmente, la implantación legislativa del matrimonio civil en los países católicos en los años inmediatamente anteriores a la Revolución francesa.

A cada uno de los dos momentos trascendentales para las relaciones Iglesia-Estado en materia matrimonial: el protestantismo y el regalismo, corresponde una destacada enseñanza del magisterio eclesiástico. Frente al protestantismo, el Concilio de Trento sienta el carácter sacramental del matrimonio y la competencia de la Iglesia; frente al regalismo, la enseñanza pontificia sienta la doctrina que todo contrato conyugal entre cristianos o no es contrato válido o es sacramento. Así, después de la revolución liberal llegamos a la definitiva separación entre las potestades civil y eclesiástica; la Iglesia sienta su competencia exclusiva sobre el matrimonio de los bautizados y la inseparabilidad de contrato y sacramento, mientras el Estado define el matrimonio como contrato civil y proclama su indiferentismo ante las posturas religiosas.

El libro de RAMOS BOSSINI (*La indisolubilidad matrimonial en el Derecho anglicano*, Granada, 1977), escrito por un historiador, sin pretensiones dogmáticas, va más allá del mero estudio de la indisolubilidad y nos permite una coherente visión de los orígenes y evolución del sistema matrimonial británico. El autor realiza un estudio de primera mano sobre fuentes históricas inglesas, que no dudo en afirmar que no tiene parangón ni siquiera en Inglaterra. A mi juicio, el libro presenta un doble interés: en primer lugar, la evolución de la teoría del matrimonio es un observatorio ideal para comprender y valorar la naturaleza de la reforma en Inglaterra; en segundo lugar, el sistema matrimonial inglés ha influido decisivamente en el sistema español posterior a 1981.

Enrique VIII no introduce la reforma protestante en Inglaterra, sino que rechaza la autoridad del Obispo de Roma, con lo que en realidad funda una Iglesia episcopalista cismática. En consecuencia, *El libro de los obispos* sigue definiendo el matrimonio como sacramento. La inspiración protestante se va introduciendo subrepticamente por inspiración de CRAMMER; en *El libro del rey* (1543) se define el matrimonio como acto sagrado, aunque no sacramento. La nueva concepción contractualista y la introducción del divorcio se produce como consecuencia de la corriente calvinista que triunfa en Inglaterra en el reinado de Eduardo VI. En consonancia con las nuevas doctrinas, consta que en 1551, en el caso Northampton, el consejo privado del rey dictó una ley particular admitiendo un segundo matrimonio tras una previa separación eclesiástica por adulterio. En 1552, la *Reformatio legum ecclesiasticorum*, redactada por CRAMMER, aunque no llegó a entrar en vigor, admite el divorcio por adulterio y por desertión, y el segundo matrimonio del cónyuge inocente. RAMOS BOSSINI sugiere que aunque no llegó a dictarse una disposición expresa, la práctica de los segundos matrimonios, siempre como concesión particular, sería común durante el primado de PARKER; sin embargo, sabido es que sólo un sector (el llamado puritano) de la Iglesia de Inglaterra era filocalvinista; por ello existió una fuerte oposición en ciertos

sectores de la Iglesia a la noción de un matrimonio disoluble, y parecen haberse restringido la práctica de segundos matrimonios de divorciados a partir del primado de WHITGIFT, y no se admiten en absoluto por la Iglesia a partir de 1603 (aunque este punto ha sido muy debatido).

Después de la revolución y la restauración, se produce una disociación entre Iglesia y Estado. El Parlamento, a partir del caso Ross (1670), por sí y ante sí, con carácter legislativo particular, admite la disolución del vínculo y el segundo matrimonio siempre que exista una previa sentencia eclesiástica de separación, y desde fines del siglo XVII hasta la segunda mitad del XIX (en que se aprueba la ley de divorcio) este precedente se va reiterando. Las concesiones particulares de segundas nupcias no fueron objeto de crítica por las autoridades eclesiásticas, y, en realidad, los segundos matrimonios de divorciados se celebraron bajo forma eclesiástica. Finalmente, en 1857 se promulga una ley de divorcio, que entró en vigor el 11 de enero de 1858, y se crean unos tribunales civiles especiales de divorcio. (La ley se promulga sin la oposición formal de la Iglesia de Inglaterra; en el seno de la misma, sin embargo, existe una fuerte corriente en favor de la indisolubilidad, en particular a partir de fines del XIX y primer cuarto del XX, con el llamado movimiento anglocatólico.) Este régimen permanece inalterable hasta la *Herbert Act* de 1937, que amplía las causas de divorcio.

En la evolución del sistema matrimonial inglés pueden destacarse algunos hitos fundamentales, que están perfectamente delineados en el libro. En la ley de matrimonio de 1753 (*Lord's Hardwickes Act*) se establece el carácter formal del matrimonio religioso, incorporando una forma matrimonial constitutiva; en 1836, en una adición a esta ley matrimonial, se permite alternativamente el contraer matrimonio siguiendo las ceremonias o ritos de la Iglesia o ante la autoridad civil. Es de destacar que es la formalización del matrimonio religioso la que permite (en base a la inscripción registral) el nacimiento de un ritual civil para contraer matrimonio (en sus orígenes se concibió como una vía excepcional para algunos grupos concretos de disidentes religiosos, pero pronto se generalizó como una auténtica forma alternativa). En definitiva, el matrimonio se distancia cada día más de su fundamentación religiosa para fundarse exclusivamente en la ley; la forma religiosa se convierte en una pura ostentación accesorio, y la identidad del matrimonio es puramente administrativo-registral. RAMOS BOSINI no continúa la investigación más allá, pero yo me atrevería a añadir que en nuestros días el carácter fáctico tiende a prevalecer sobre el jurídico en la configuración y consideración del matrimonio.

El libro de CAMARERO SUÁREZ (*La convalidación del matrimonio civil*, Madrid, 1984) se sitúa en la línea de la pujante escuela canónico-civil de Oviedo, que ha producido recientemente varios libros de corte muy similar: tratan de la teoría del consentimiento matrimonial civil, encuadran el consentimiento matrimonial como una especie de una única teoría general del consentimiento civil, destacan la influencia del Derecho canónico en la formación de las categorías consensualistas civiles, y persiguen suplir las carencias de la doctrina civil. El libro de CAMARERO SUÁREZ responde a una consciente y decidida voluntad de aproximación de la teoría general del consentimiento matrimonial al contractual, subrayan-

do la influencia del Derecho canónico en la formación de unas categorías generales.

En el *capítulo I* estudia los precedentes del régimen jurídico de las figuras sanatorias del Código Civil (especialmente los arts. 1.309 y sigs.), y concluye que están tomadas de la figura de la convalidación simple del Derecho canónico, tal como ésta se configuraba históricamente con anterioridad al decreto *Consensus mutuus* de 15 de febrero de 1892 (postura que, aunque está bien fundamentada, no es absolutamente convincente, pues las analogías de régimen no entrañan necesariamente una razón de procedencia). En el *capítulo II* critica la categoría de los negocios anulables como extraña al Código Civil español y como superestructura tomada de la pandectística; destaca el paralelismo entre los artículos 75 y 76, relativos al matrimonio, y los artículos 1.309 y siguientes, relativos al contrato, concluyendo que se trata de la misma figura: la convalidación simple. En el *capítulo III* examina el régimen jurídico de los supuestos de convalidación, centrándose en los orígenes próximos y remotos de los artículos 75 y 76 del Código (relativos al matrimonio), concluyendo que la convalidación, además de por la convivencia, se produce por todas las modalidades previstas en el artículo 1.311. Estudia también el artículo 48, que califica de supuesto de sanación en raíz, explicando que la diferencia entre la sanación en raíz y la convalidación simple estriba en que en la primera la confirmación del negocio procede de la autoridad pública y en la segunda de la voluntad de las partes. Estudia finalmente algunas figuras afines, como la ratificación del matrimonio por poder, y los artículos 53, 73, 3, y 78 del Código Civil, referentes a la confirmación de los matrimonios contraídos con defecto de forma. Todas estas categorías componen, según la autora, una única categoría general, y el elemento determinante de la uniformidad, que se examina en el *capítulo IV*, es la necesidad de la perseverancia del consentimiento para la confirmación del negocio.

El libro de CAMARERO SUÁREZ es una coherente y elegante presentación de una tesis fundamental: una teoría del matrimonio civil fundada en el consentimiento matrimonial. Sin embargo, a mi juicio, quizá a partir de 1981, el matrimonio en España tiende a convertirse en una realidad de hecho que se distancia progresivamente de los cauces históricos consensualistas. Y es que, necesariamente, un matrimonio disoluble por voluntad de una de las partes y sin culpable deja sin objeto el consentimiento matrimonial. La sentencia de separación o divorcio, más que constitutiva de estado, parece una mera constatación administrativa de una realidad de hecho. Desde la postura de la autora es muy razonable la crítica que me hace (pág. 241) a mi interpretación del artículo 78, pero debo decir en mi defensa que si en el «nuevo» matrimonio tiende a primar la realidad fáctica sobre la consensual, igual la nueva ley ha dado entrada a los matrimonios sin forma (aunque sean nulos), igual se presume el consentimiento por la mera convivencia «matrimonial», igual no es necesario renovar el consentimiento para confirmar el matrimonio (en el art. 78 se prevé la buena fe de una de las partes, y la confirmación *ex lege* lo aproxima a una sentencia en raíz), e igual la teoría del matrimonio putativo se puede aplicar también a los matrimonios sin forma o contraídos con un defecto de forma sustancial. Quizá, quizá... el fondo de la cuestión estriba en si continúa vigente la teoría consensual jurisdiccional del

matrimonio de origen canónico, o si se ha configurado una nueva realidad fáctico-registral del matrimonio de origen protestante y particularmente inglés.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Derecho civil*. Manuales Universitarios. Volumen I, 241 págs.; volumen II, 350 págs.; volumen III, 477 págs. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

Efectivamente, debe ser difícil escribir un manual universitario, tal como nos dice el autor en la presentación, pues supone reducir a expresiones y análisis más o menos asequibles a los estudiantes unas materias investigadas profunda y monográficamente y que el mismo autor ha expuesto *in extenso* en otras ocasiones. El profesor MARÍN PÉREZ, con larga experiencia en la enseñanza y en la magistratura, ha abordado la tarea con un método intermedio, o sea dándole en general un tinte al alcance del alumnado y a la vez profundizando en algunos temas de los que ya se había ocupado. Al efecto, cita como obras básicas suyas anteriores la *Introducción a la ciencia del Derecho*, la *Introducción al Derecho Registral* y sus artículos en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, en los *Comentarios de Derecho civil*, de MANREÑA y de MUCIUS SCAEVOLA, y en el *Curso de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT. De todos ellos introduce inyecciones que elevan el inevitable tono divulgador que ha de presidir toda obra didáctica.

Otro detalle que notamos es la inclusión de bastantes definiciones o clasificaciones en latín, tomadas de los autores clásicos, como en los manuales de otros tiempos. Ahora que ese idioma no lo usan ni los curas, es bueno que sigamos usándolo los juristas. No es prurito de distinción, sino más bien razón de utilidad; los conceptos clásicos son inamovibles, y si se aprenden en latín no se olvidan jamás, y esas ideas fundamentales revierten en soluciones prácticas y facilitan muy a menudo el ejercicio de la profesión. Una certera cita latina a tiempo vale más que mil florituras orales que no convencen a nadie.

La materia es extensa, y tendremos que reducir al puro esqueleto el resumen que intentamos hacer de la obra, siguiendo el orden de su exposición, aunque nos extenderemos más en la última parte, el Derecho Registral, por su mayor interés para nosotros.

Volumen I: Relación e institución jurídica. Persona y derechos de la personalidad. Objeto de la relación jurídica. El tiempo ante el Derecho y las transgresiones jurídicas.

De entrada, y para ser sinceros, nos sorprende que el libro no empiece diciendo lo que es el Derecho civil. La costumbre de verlo así en todos los libros y en los programas de oposiciones nos hace creer que falta algo muy importante. Igualmente echamos de menos la teoría de las fuentes del Derecho civil, especialmente el estudio de nuestro Código vigente y la dicotomía entre el Derecho común y el foral, que podría agu-

dizarse en estos tiempos autonómicos, como lo prueba el retoque a la Compilación catalana. Quizá el autor tenga sus razones para estas omisiones.

La relación jurídica es el concepto básico con que arranca su estudio el profesor MARÍN PÉREZ, considerando que es una relación de persona a persona, determinada por una regla, y que puede tener la faceta material, que significa la idea de Derecho que regula esta relación, o la formal, por la que esta relación de hecho se eleva a forma jurídica. Tiene como elementos más destacados el subjetivo, el objetivo y el causal, que estudia, así como sus distintas clases. El conjunto de disposiciones del Derecho referentes a las relaciones jurídicas de una clase determinada es lo que se llama institución jurídica, según definición de ENNECERUS, que se recoge, así como la idea de FEDERICO DE CASTRO de aplicar el concepto de institución a las formas básicas y típicas de la organización jurídica. El autor explica estos conceptos a la luz de la Constitución.

El derecho de las personas se inicia con el planteamiento de una importante cuestión, aunque parezca sólo semántica, y es si se debe hablar de derechos del hombre, derechos humanos o derechos de la personalidad, inclinándose el autor por este último término, que han utilizado, entre otros, SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT y CASTÁN. La unidad biológica y antropológica con una existencia histórico-social que es la persona se encuentra actualmente sometida a un avanzado proceso de socialización, y el autor se plantea el porvenir conceptual de la persona, preguntándose si originará una auténtica despersonalización individual para derivar en una masificación o más bien una deshumanización. Dejando ya las preocupaciones filosófico-jurídicas, el libro pasa a ocuparse del Derecho de la persona individual en la legislación civil, partiendo del nacimiento y las distintas etapas de la edad y la capacidad y sus limitaciones, con estudio especial de los derechos de la personalidad.

Dice el profesor MARÍN PÉREZ que una rutina inaceptable suele contraponer la persona individual o física a las llamadas personas «jurídicas» o «morales», como si el hombre o la mujer fueran seres antijurídicos o inmorales. Por eso considera más exacto hablar de personas individuales o colectivas y estudia éstas desde el punto de vista histórico dogmático y en el actual Derecho español.

El libro tercero de este volumen estudia el *objeto de la relación jurídica*, normalmente integrado por las cosas o bienes en general, aunque también pueden serlo otras personas, los derechos sobre derechos y los productos del espíritu. En el libro se dedica extensa atención a las cosas y a los bienes, con su regulación legal y especial referencia a las fincas y al patrimonio como universalidad.

Este volumen se completa con el libro dedicado al *tiempo y el Derecho*, estudiando la influencia que en los distintos casos ejerce el transcurso del tiempo en la vida jurídica, especialmente la prescripción. También se contemplan las transgresiones jurídicas en Derecho civil, delimitando los conceptos respectivos del delito penal y el civil.

Volumen II: Derecho de obligaciones y contratos.

El *concepto de obligación* y su no fácil distinción del derecho real es la primera tarea que aborda el autor, considerando que se hace más

simple si comparamos las obligaciones vistas dinámicamente en la totalidad de su ciclo, mientras que los derechos reales han de contemplarse en su estado de quietud y goce. Para llegar a esta conclusión arranca de sus antecedentes romanos y desemboca en su regulación actual según el Código Civil, para el cual «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1.088). Este precepto ya nos da una primera clasificación, a la que pueden añadirse otras que también el autor contempla, como la de naturales y civiles; puras, condicionales, modales y a plazo; unilaterales y recíprocas; con cláusula penal y tantas otras que, por conocidas, no precisamos repetir.

Al hablarnos de las *fuentes de las obligaciones*, el profesor MARÍN PÉREZ nos recuerda, en latín, la clasificación clásica de GAIO, y pasa después, como es natural, al sistema del artículo 1.089 del Código Civil, según el cual las obligaciones pueden nacer de la propia ley, de los contratos o cuasicontratos y de la culpa o negligencia; a ellos el autor añade el estudio de la promesa unilateral.

Después de tocar el *cumplimiento* normal o pago, el incumplimiento y la prueba de las obligaciones, el autor entra a estudiar como fuente principal de la obligación la figura del *contrato*. Se pregunta si realmente existe en toda su pureza en una época en que se va agudizando un fuerte contraste entre la realidad sociológica y el clásico Derecho positivo y cada día se hace más patente una intervención creciente del Estado, como consecuencia de la socialización de los contratos. El artículo 1.255 del Código Civil, que en principio sienta la libertad de pactos, contiene ya las limitaciones impuestas por la ley, la moral y el orden público, que son insoslayables. Que esa libertad contractual es casi teórica lo demuestra la existencia de las llamadas «condiciones generales» de los contratos o los contratos-tipo, como el seguro, el transporte o la sociedad, rígidamente regulados.

Tras las lucubraciones doctrinales, el autor pasa al estudio de la sistemática general del contrato en el Código español, exponiendo su concepto, clasificaciones, elementos y contenido. Y, a continuación, desarrolla, dentro de las limitaciones impuestas por su finalidad puramente didáctica, los diversos contratos en particular, para acabar después con los cuasicontratos y las obligaciones nacidas de la culpa o negligencia.

Volumen III: Derechos reales y Derecho Registral.

A los *derechos reales* dedica el autor la primera parte de este volumen. Empieza esbozando el concepto, en contraposición no siempre clara con los derechos de obligaciones. Expone su clasificación y señala los medios que el Derecho ha utilizado para proteger la seguridad jurídica. La seguridad estática se configura en la posesión y la usucapión. La inscripción registral atiende con preferencia a la seguridad dinámica, al proteger al adquirente y defender el crédito inmobiliario. La coordinación de la protección posesoria y la registral produce un equilibrio de la seguridad estática y la dinámica de los bienes, del comercio y del crédito.

Dedica a la *posesión*, a su regulación en el Código Civil y a su función social un amplio y profundo estudio, como corresponde a un buen seguidor de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, propugnando la necesidad de recon-

siderar el tratamiento que da la Ley Hipotecaria a la posesión, en el sentido de permitir un claro acceso al Registro de la Propiedad de determinadas situaciones posesorias para que esta figura pueda cumplir mejor su función social.

El derecho real pleno que es la *propiedad* recibe el tratamiento que merece, analizándose su concepto y las nuevas concepciones funcionales en relación con sus clásicas limitaciones. Junto a los modos de adquirir el dominio se expone la copropiedad común y de modo amplio la forma más generalizada en los ámbitos urbanos, que es la llamada propiedad horizontal.

Siguiendo la metodología corriente, predeterminada por el propio Código Civil, el profesor MARTÍN PÉREZ incluye, entre los llamados *derechos reales limitados*, los derechos de disfrute y la superficie; este último a la luz de la normativa común y la Ley del Suelo, que ha venido a dar enfoques nuevos a los problemas derivados de las edificaciones sobre suelo ajeno o sobre otros edificios antes construidos. Igualmente estudia los derechos reales de garantía, con sus principios generales, analogías y diferencias de la prenda, la hipoteca y la anticresis, terminando esta primera parte con los derechos reales de adquisición en el Código y en las leyes especiales, sobre todo las de arrendamientos.

El *Derecho Registral* integra la segunda parte de este volumen. El autor le concede gran prevalencia, dedicándole un extenso y concienzudo estudio. Por ello, y además por ser la base de nuestra profesión, es lógico que le concedamos mayor atención en esta recensión que estamos haciendo.

Empieza con la elaboración histórica de la publicidad, palabra que posee varias acepciones, aunque todas ellas tratan de llevar a conocimiento de los interesados la existencia de actos jurídicos que reciben determinada sanción. Siguiendo a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, unas veces se trata de un mero anuncio o noticia, en cuyo caso la violación no tiene sanciones especiales en cuanto a la eficacia del acto; otras veces entraña una notificación a terceros para proteger la buena fe, de modo que el incumplimiento de la ley produce la ineficacia de los actos no publicados; por último, la publicidad se eleva a la categoría esencial de forma del acto jurídico, dándole existencia por el principio *forma dat esse rei*. El principio de publicidad se ha manifestado en todas las legislaciones y ha cristalizado en las del siglo xx bajo la forma del principio de legitimidad. En el Derecho español se ha llegado a esto a través de un desarrollo histórico en el que han influido principalmente los elementos romano, germánico y canónico, que el autor examina, así como su reflejo directo en las diversas fases de nuestra historia jurídica.

El profesor MARÍN PÉREZ considera que los precedentes de la organización registral española, que se inicia con la Ley Hipotecaria de 1981, hay que buscarlos en el Derecho germánico. Así se desprende de la general opinión científica de la época, de las mismas declaraciones oficiales y de las contenidas en la Exposición de motivos de la Ley y de la realidad práctica. Esta inspiración germánica, dice, fue decisiva y se ha ido acentuando en las reformas posteriores hasta la Ley de 30 de diciembre de 1944 y el vigente texto de 8 de febrero de 1946. Recoge la opinión de Roca SASTRE de que nuestro sistema puede catalogarse francamente entre los germánicos.

Al considerar la fase actual de la publicidad, y tras poner en tela de juicio la distinción de bienes muebles e inmuebles, que debe ser sustituida por la de registrables o no registrables, el profesor MARÍN PÉREZ defiende su tesis original de la necesidad de un *Registro único*. Frente a la opinión de SANZ FERNÁNDEZ de que deben existir varios Registros adecuados a la naturaleza de los distintos bienes, el autor insiste en que el Registro debe ser único, establecido por una ley general y de carácter exclusivamente jurídico; en su defensa presenta en el libro diversos argumentos teóricos y prácticos, como la economía burocrática, el mayor rendimiento de los funcionarios y la unidad en la función directiva, que, al centrar en la Dirección General de los Registros y del Notariado todo lo concerniente al Derecho de cosas, contribuirá firmemente a la eficacia del sistema.

Aparte de la enorme complejidad y hasta confusión que se originaría al mezclar bienes y derechos de origen muy distinto y cuya protección ha de ser, por ello, diferente, quizá olvide el autor que los Registros administrativos responden tan sólo a una publicidad de simple noticia, de archivo o ventanilla, mientras que el Registro de la Propiedad es jurídico y su publicidad produce unos determinados efectos que pueden ir incluso a la propia constitución del derecho. La Constitución vigente distingue de un modo claro entre los archivos y registros administrativos (artículo 105, *b*) y los verdaderos registros públicos (a que se refiere el art. 149, 1, 8.º); es un argumento más en contra.

Para dar su *concepto del Derecho Registral*, el autor repasa las distintas posturas formuladas. Así, se habló de Derecho inmobiliario por BIENVENIDO OLIVER, de Derecho hipotecario por JERÓNIMO GONZÁLEZ, de Derecho Inmobiliario Registral por ROCA SASTRE y de Derecho del Registro de la Propiedad por IGNACIO DE CASSO, habiéndose dado también concepciones formalistas y económicas. Para el profesor MARÍN PÉREZ hay dos definiciones del Derecho Registral: en sentido objetivo es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones jurídicas relativas a aquellos bienes aptos para engendrar titularidades *erga omnes*, mediante la publicidad del Registro; en sentido subjetivo, es el conjunto de facultades derivadas de una relación jurídica en contacto con el Registro y, por tal, dotada de efectos *erga omnes*.

Los sistemas registrales que existen en Derecho comparado, de todos conocidos, se exponen siguiendo el criterio normal de examinar su distinta efectividad a la luz de los principios hipotecarios que rigen en Alemania, Francia, Italia, Suiza, Australia e Inglaterra.

Los principios hipotecarios están siendo puestos en cuarentena últimamente por algunos autores, que tratan de minusvalorar su importancia para la construcción y estudio de nuestra rama. El profesor MARÍN PÉREZ, discípulo confesado de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, no podría ser un desmitificador, como ahora se dice; por el contrario, considera que dichos principios son necesarios para que el jurista pueda deducir una serie de consecuencias conducentes a la mejor investigación, aplicación y elaboración del Derecho Registral. Por ello incluye en su libro una defensa y reconstrucción de la teoría de los principios hipotecarios y expone ampliamente los que informan el sistema español y que todos conocemos y aplicamos a diario en nuestro quehacer profesional.

Después de esto dedica un capítulo a estudiar los modos de adquirir la propiedad, con referencia especial a las repercusiones de la doctrina

del título y el modo en relación con la inscripción registral, exponiendo las diversas posturas doctrinales sobre el particular y ensayando una construcción de los modos derivativos de adquirir según el vigente sistema legal español, con el propósito de adaptarla a nuestra realidad actual, social y económica.

La función social del Registro de la Propiedad es un importante postulado que ya está generalmente reconocido en la actualidad. En la Exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 ya se reconocía expresamente que el Registro debe amparar indeclinables deberes sociales, como la vinculación de la propiedad a la familia como vital base de su sostenimiento, la manifestación de las limitaciones dominicales y la consolidación de la permanencia en la tierra de los colonos y arrendatarios. Las leyes sociales agrarias, desde la de Reforma Agraria de la República hasta las de Colonización y Concentración Parcelaria y otras más, han acudido al Registro como rueda indispensable para su mejor operatividad. En la doctrina, los Registradores VILLARES PICO (en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 348-349, de 1957), LÓPEZ MEDEL (en su Tesis doctoral, publicada el mismo año) y ROCA SASTRE (a partir de la 6.ª edición de su *Derecho hipotecario*, en 1968) declararon esta importante faceta del Registro. Pero, sobre todos los compañeros, lo hizo RAMÓN DE LA RICA ARENAL, en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el 12 de marzo de 1962. Allí expuso con indudable profundidad y maestría este punto, diciendo, entre otras cosas, que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir y su sujeción al bien común que hoy nadie discute halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento de las funciones que esas modernas concepciones requieren; y concluía diciendo que la política social, al traducirse en aplicaciones prácticas como la colonización, concentración parcelaria, repoblación forestal, acceso a la propiedad, créditos sociales, vivienda y urbanismo, encuentra en los libros del Registro una colaboración insustituible, indispensable.

El profesor MARÍN PÉREZ, que publicó en 1977, en el *Libro-homenaje a Roca Sastre*, un trabajo sobre la función social del Registro, ahora vuelve sobre la materia en este libro que estamos comentando. Como presupuestos previos señala los cambios producidos tanto en la estructura económica como en la estructura social. Respecto a la primera, apunta la intervención del Estado y la planificación; en la llamada reforma agraria habla de la empresa suficiente y viable, familiar y colectiva, dando entrada a la agricultura de grupo; dice que en la preparación y aplicación de las leyes agrarias existe compenetración entre técnicos y juristas, entre los que deben señalarse los Registradores de la Propiedad que prestaron sus servicios en el IRYDA, cuya eficacia es conocida, destacándose por sus publicaciones sobre la materia. En cuanto a los cambios en la estructura social, señala el proceso de urbanización y la marginalización; dice que en el campo de la ordenación territorial y urbana se hace evidente la necesidad de que el Estado cuente con suficientes mecanismos jurídicos para actuar en las inversiones en el país.

Después da el *concepto legal del Registro de la Propiedad* y explica las líneas fundamentales del procedimiento hipotecario y las distintas

clases de asientos. Igualmente expone a sus alumnos la figura del Registrador en sus varias facetas, deteniéndose especialmente en su función calificadoras para exponer su naturaleza y extensión y los posibles recursos contra ella. Creemos que deben modificarse los comentarios contenidos en este capítulo sobre el sustituto del Registro, pues ya con la reforma de los artículos 554 y siguientes del Reglamento Hipotecario, introducida por el Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, no son válidas las ironías de su equiparación a ningún dignatario vaticano.

En el penúltimo capítulo define al *titular registral* como la persona que aparece en el Registro como sujeto de los derechos inscritos, que normalmente es determinada, sea individual o colectiva, aunque también puede haber titularidades fiduciarias, de disposición o sin determinación personal del sujeto, aunque éstas suelen ser situaciones transitorias. También expone las fincas y derechos inscribibles, así como los documentos que producen la actuación registral, para acabar, en un último capítulo, con el tema de la deseada y aún no lograda coordinación entre Registro y Catastro.

Como hemos visto, estos tres volúmenes publicados ahora siguen las materias de los distintos cursos de Derecho civil que se imparten en la Universidad. Esperamos que el autor también publique la parte de familia y sucesiones para completar la materia. En esta época de transformaciones y mudanzas, también el Derecho privado precisa de actualización para adaptarse a las nuevas normas que en todos los campos se van produciendo.

Por eso es de agradecer toda publicación que nos ponga al día, y más si tiene la altura de la que comentamos. No sólo sirve a los alumnos, a quienes va destinada en primer término, sino también, y mucho, para los profesionales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ROCA JUAN, JUAN: *Seminario sobre la reforma del derecho de familia.*

Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, Murcia, 1984. Un tomo de 271 páginas.

La Iglesia celebra el Día de la Sagrada Familia el domingo siguiente a la Navidad, y sus lecturas litúrgicas constituyen una auténtica delicia. Frente a la oleada de «contestaciones» que hoy sufre la familia, constituye un remanso de paz el contenido de esas lecturas y conforta ver que, a pesar de todo, el núcleo familiar permanece inamovible y se siente más cerca cuando llegan estos días entrañables navideños.

Ahora está de moda eso de desmontar y barrenar todo lo que antes se respetaba, y se dice que el modo de vivir actual propicia la «desmitificación» de la familia, entre otras cosas, porque los jóvenes reciben de fuera de su ámbito las nuevas ideas de cultura, amistad y hasta sus medios de vida (!). No vamos a discutir tamaño sofisma, pero lo cierto es que en las horas decisivas, cuando sentimos necesidades vitales, o cuando, sobre todo, la soledad, la enfermedad o la angustia nos acongojan, el papel de la familia sigue siendo primordial e insustituible. Entonces, has-

ta los llamados sociólogos tan de moda tienen que reconocer que sigue vigente la siempre decisiva trascendencia del matrimonio y de la relación paterno-filial.

Las modas y los «camelos» seudociológicos pasan, pero la familia permanece desde hace siglos y seguirá gozando siempre de plena salud, pese a todos los ataques que quieran dirigirle unos cuantos barbilindos intelectualoides.

Para nosotros, los juristas, es impensable cualquier normativa privatista sin contar con la familia como institución básica. Ahí está inmovible el principio ya enunciado por los maestros romanos de que el matrimonio es el núcleo de la sociedad y el centro sobre el que giran todas las relaciones humanas.

Muchos hablan de reformas porque los tiempos, ciertamente, cambian y no podemos quedarnos anquilosados, sino que debemos adaptarnos a las circunstancias. Pero también es cierto que hay unas determinadas cosas básicas que, aunque varíen en los detalles, nunca podrán ser alteradas en lo sustancial. Los intérpretes superficiales de las nuevas normas sobre el Derecho de familia han querido decirnos que hay total igualdad entre los sexos, cuando está claro que Dios los hizo diferentes, y precisamente se atraen por eso. Igualmente nos quieren convencer de que las nuevas tendencias deben traducirse en leyes como la del divorcio o la del aborto; allá ellos con sus pintorescas convicciones, pero no parece muy fácil tener que creer que a la familia se la protege facilitando la disolución del matrimonio o cerrando la puerta al nacimiento de sus hijos.

Muchos de nosotros aprendimos cómo nuestro maestro FEDERICO DE CASTRO, en su libro *Derecho civil de España*, motejaba duramente a los que opinaban que para el jurista práctico no hay más Derecho que el conjunto de normas vigentes en un sitio y tiempo determinados; por el contrario, defendía con vigor la existencia, muy por encima, de un verdadero concepto del Derecho, legitimado por su concordancia con el Derecho natural y los principios morales. Y esta es la idea que no podremos olvidar nuestra generación y que he visto confirmada en la liturgia de los días navideños y familiares.

Ultimamente, todos lo sabemos, se ha desencadenado una catarata normativa que ha venido a inundar todas las esferas, y el Derecho privado no se ha librado del diluvio. Varias leyes han entrado en el Derecho de familia, bien como normas especiales o como reformadoras de determinados artículos del Código Civil. La crítica se ha hecho por varios autores desde distintos puntos de vista, habiéndose publicado documentadas obras sobre el particular; por ello no hemos de entrar en esa línea.

Simplemente constatamos el hecho, que ha servido de base al libro que resumimos, de que el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, bajo la dirección del profesor ROCA JUAN, inició en el curso 1981-82 unos seminarios sobre las reformas introducidas en el Derecho de familia. Su especialidad residió en que se atendió sobre todo a las situaciones prácticas que podrían originarse con la aplicación de las nuevas normas. Para ello, en régimen de mesa redonda, se reunieron profesionales que, por vivir estos problemas de cerca, los conocen más directamente.

En el *Boletín del Colegio de Registradores* del mes de diciembre pasado recogimos una nota de nuestro Delegado territorial en Murcia, ELÍAS

ESCOLANO, en la que nos informaba precisamente de la concurrencia a estos seminarios de profesores universitarios, Jueces, Notarios, Registradores de la Propiedad y Abogados en ejercicio, todos los cuales aportaron, además de ciencia, la experiencia y especialidad de sus respectivas parcelas de actuación.

Este libro recoge un resumen de las discusiones y dudas que promovían los nuevos textos de los artículos 42 a 141 del Código Civil, con miras principalmente prácticas y sin sentar conclusiones. En la presentación se nos dice cuál fue el método seguido, a saber la lectura de cada uno de los preceptos reformados, los cuales, a continuación, se discutían y analizaban, a veces con notable ingenio e imaginación, llegando a considerar hasta las situaciones menos probables, aunque posibles, dentro de la riqueza de supuestos de nuestra sociedad. De este modo, contrastando los puntos de vista de los distintos profesionales intervinientes, se obtenían resultados de gran interés, precisamente por ese enfoque práctico y profesional apuntado.

Sería farragoso enumerar, artículo por artículo, el conjunto de los temas discutidos, y por ello nos limitaremos a esbozar las líneas generales, aunque nos detengamos algo más en los puntos que nos afecten de modo especial.

En cuanto a la promesa de matrimonio, se contempla la no obligatoriedad de dicha promesa, siendo inválido el pacto del que se derive la obligación de cumplir lo prometido. Se estudiaron las diferencias del actual artículo 43 en relación con el antiguo 44, sobre el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de la promesa.

Los requisitos para contraer matrimonio se regulan en los nuevos artículos 44 a 48, en los que se establecen la libertad de casarse, la esencia y los vicios del consentimiento y los impedimentos, que experimentan una acusada atenuación. Como puntos curiosos se plantearon la diferencia de la edad fijada para contraer en el matrimonio canónico y el civil y el nuevo sistema de dispensa de los impedimentos, así como la convalidación posible.

Respecto a las formas de contraer, siguen siendo básicamente las dos clásicas, la civil y la religiosa. Respecto al civil, se critica la dicción del artículo 51, en cuanto a los funcionarios competentes para autorizarlo, sentándose la posibilidad de que sea el Juez de paz, y no el Alcalde, como parece establecerse. Se regula el matrimonio en peligro de muerte, suprimiendo bastantes requisitos formales, y también se estudia la regulación nueva del matrimonio secreto o por poder. En cuanto al matrimonio en forma religiosa, hay una remisión a las normas del Derecho canónico.

En cuanto a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, la nueva legislación del Código queda de acuerdo con las disposiciones especiales que regulan esta materia.

Los derechos y deberes de los cónyuges se establecen con arreglo al pie de absoluta igualdad en el artículo 66, que sigue el principio constitucional de no admitir discriminaciones por razón de sexo. Los artículos 67 y 68, en cuanto a los deberes de respeto y ayuda mutua y la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, ya proceden de la reforma de 2 de mayo de 1975 y no precisan de grandes explicaciones. Son más bien deberes morales, basados en el amor conyugal; si éste flaquea, no hay artículo ni ley que los ponga en marcha.

Se estudió en el seminario la presunción de convivencia y el papel del arbitrio judicial en materia de fijar el domicilio conyugal y la cuestión de si es posible pactar este hecho en capitulaciones matrimoniales. Pero insistimos en la idea antes expresada y recordamos la anécdota de la campesina gallega que decía: «Mi marido mandará y yo le obedeceré siempre y sin chistar en todo aquello en lo que estemos de acuerdo los dos.»

La nulidad del matrimonio fue estudiada de acuerdo con la nueva regulación contenida en el artículo 73, que determina las posibles causas, con detención en el matrimonio celebrado por error en la identidad o en las cualidades del otro contrayente. Igualmente se han contemplado la separación por mutuo acuerdo o por culpabilidad, con determinación de sus efectos. Y las causas de disolución del matrimonio, resaltándose que la declaración de fallecimiento parece que faculta para otro matrimonio posterior. El divorcio es objeto de amplia regulación de acuerdo con la nueva ley.

Entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio es de gran trascendencia práctica en nuestra profesión el convenio regulador, que en el libro se analiza ampliamente, siguiendo la letra nueva del Código, tanto en sus efectos personales como en los patrimoniales, especialmente en lo que se refiere a la disolución del régimen económico matrimonial preexistente. Se resalta la dificultad de aplicación del párrafo 2.º del artículo 95, considerándose, en el caso de la sociedad de gananciales, que es necesario liquidarla previamente antes de poder optar por las normas del régimen de participación.

La admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio abre la posibilidad de instar la oportuna anotación en los Registros Civiles, de la Propiedad y Mercantil, según el último párrafo del artículo 102. Tratándose del Registro de la Propiedad o Mercantil, parece que el asiento adecuado sería una anotación preventiva de demanda, aunque la revocación de poderes que se provoca sería definitiva, según señala el artículo 106.

El nuevo título V del Código Civil recoge las modificaciones sustanciales habidas últimamente sobre paternidad y filiación, en los términos que todos conocemos. Los asistentes al Seminario de Murcia, al estudiar el artículo 108, señalan la dificultad práctica de imponer a un cónyuge que tenga en su compañía a los hijos extramatrimoniales del otro, al poner este precepto en relación con el artículo 154, 1.º, pues esto podría producir en no pocos casos graves alteraciones de la paz conyugal y familiar. En cuanto a la alteración de apellidos que autoriza el artículo 109, sin exigir causa justificada, puede dar lugar a no pocos fraudes y, en todo caso, a una perturbación en el tráfico negocial.

En cuanto a la determinación de la filiación, las claras presunciones antiguas quedan un tanto enturbiadas en la nueva regulación, apareciendo una cierta contradicción entre los artículos 116 y 117. En efecto, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, pero esta presunción puede ser destruida por el marido si el hijo nace dentro de los primeros ciento ochenta días de la celebración, por lo que en realidad hay dos presunciones contrapuestas: una, general de paternidad del marido, y otra, de no partenidad si el hijo

nace en esos ciento ochenta días, quedando afectado el hijo por ambas presunciones a la vez.

La determinación de la filiación no matrimonial se regula, como es sabido, con una mayor apertura en los nuevos artículos, que se exponen y desmenuzan detalladamente, con análisis en las dificultades prácticas que pueden presentarse. Y, por último, se reflejan en el libro las sugerencias con respecto a las acciones de reclamación o impugnación de la filiación, de siempre tan delicadas y más ahora, en que existe una mayor permisibilidad.

Efectivamente, tal como se han propuesto sus autores, en este volumen se ha resumido acertadamente el resultado de una labor fecunda y positiva; haciendo una estimable aportación a la mejor comprensión del nuevo Derecho de familia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Scritti in memoria di Domenico Barillaro. Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa, Milano. Ed. Giuffrè, año 1982.

El volumen, homenaje al que durante dilatado período fue ordinario de Derecho eclesiástico, comprende 28 estudios de los que sólo es posible recensionar algunos, los más próximos al sector jurídico que pretende ocupar esta revista.

EMILIO CORTESE, ordinario de Historia del Derecho, centra su aportación en un tema de estratificación social de considerable trascendencia en la época precomunal, cuando podía hablarse de una sociedad *per ceti*, estamentos, concepto no coincidente con el de «clase», que ni se aprecia ni comprende actualmente, por lo que no es estudiado o se enfoca erróneamente.

Normalmente sólo se habla de estamento nobiliario o militar, pero este instituto social es y debe ser extensible al mundo de los juristas o los eclesiásticos, pues todos ellos constituyeron baluartes de considerable influencia política en aquella organización social que, juzgada superficialmente, puede parecer simple o rudimentaria.

La delimitación del estamento puede dimanar de la norma, pero sin duda es la costumbre, variable con el devenir social, la que marca más precisamente sus hijos. En ocasiones aparecen cubiertos con una organización corporativa que estabiliza en forma más estricta su función, que es la razón de su existencia imbuida de un conjunto de valores-guía, una ideología que, en fórmula cara al Medioevo, podría denominarse el alma institucional. A ello hay que adicionar la correspondiente *dignitas* que acaba de configurar los elementos esenciales que pueden complementarse con otros accidentes, como la riqueza o patrimonio en el estamento nobiliario y, sobre todo, la antigüedad: hasta la tercera generación no se adquiere plenamente el estado nobiliario, *quia illa rusticitas non potuit purgare plene et perfecte in eo*.

En el marco de los juristas, función clerical que ya ULPIANO había asimilado a la sacerdotal, con una liturgia pagana, observa CORTESE cómo

en el período poscarolingio, en las cortes de los *quasi-reges*, obispos y grandes señores, la asunción de oficios judiciales y notariales, con destino en la propia corte o en condados o marcas, no sólo se efectúa con los ritos colmados de solemnes ceremonias propias de una investidura feudal, como un *sacramentum fideitas et notariensis artis*, sino que los oficios se transmiten hereditariamente, formando verdaderos linajes, y no tardan en agruparse en corporaciones. La *scientia legum* forma una conciencia ideológica del estamento. Sus miembros empiezan utilizando el título de Doctor, y alguno, como el Notario aretino PETRUS, al que se le atribuye la redacción de las *Exceptiones legum romanorum Petri*, es calificado de *legis doctor et legis amator*. Pero pronto se intenta una mayor dignidad, procurando asimilarse al *miles* y posteriormente a la *nobilitas*. No basta el calificativo de «doctor» y se prefiere el de «Dominus». Y en Bolonia, en 1288, se extiende a los *doctoris legum* el privilegio, típicamente nobiliario, de la sepultura con el cuerpo envuelto en túnica escarlata.

El estudio, sumamente ameno, contiene infinitos detalles sobre la sociedad del período, sobre la escuela jurídica pisana y hasta las disputas sobre el origen de PEPO, pretendido predecesor de IRNERIO, y sobre si era un verdadero *magister* o ignoraba las Pandectas, como afirma RODOLFO EL NEGRO.

* * *

El tema de los *adhaerentes*, importante en la Baja Edad Media, con sus complejos problemas, es abordado por otro profesor de Historia del Derecho, UGO PETRONIO, que recopila un sinfín de textos que le permiten discurrir por los numerosos filones en que se desenvuelve la expresión atécnica, difusa, equívoca y poco asequible de los *adhaerentes*.

Aquel mundo imbuido de conceptos feudales continúa siendo brumoso para nosotros, y parece que frente a vínculos materiales o jurídicos primaban los espirituales: «Qui adheret alicui unus spiritus est cum illo».

Pese al deber de *fidelitas* del adherente, éste no puede ser incluido ni entre los vasallos, amigos, familiares o confederados; tampoco le es aplicable la distinción superior-inferior. La constante es la de *principales et adhaerentes*. Sus implicaciones son importantes en los órdenes internacional, procesal y eclesiástico, entre otros. PETRONIO cita los intentos de dibujar el concepto efectuados por grandes juristas como GUIDO DE BAYSIO, GIOVANNI D'ANDREA, GILLES DE BELLEMERE, BARTOLO, BALDO, SOCINI, ANGELI DEGLI UBALDI, BARBAZZA..., y de los textos transcritos se percibe una compleja sociedad con sus grandezas y nimiedades: desde la guerra, considerada injusta, declarada por el rey de Cataluña a Génova, hasta la excomunión formulada contra el emperador Federico II por Inocencio IV, que mueve al primero a apoderarse de las naves que transportaban prelados para un Concilio y a dirigir al Papa un burlesco dístico:

«Omnis praelati Papa mandante vocati
et tres Legati, veniant hucusqueligati.»

* * *

En el ámbito del Derecho romano compiten, regularmente, la revisión de zonas todavía opacas con la profundización en temas intrincados,

a veces hasta bizantinos. Hace un par de años, SERAO, en la *Riv. di Do. Civile*, detallaba los procedimientos utilizados por los empresarios romanos para limitar la responsabilidad patrimonial. En las empresas individuales, ejerciéndolas a través de un *filius* dotado de un peculio; en las colectivas o sociales, mediante un esclavo común, también dotado por sus dueños del peculio, al que sólo podía alcanzar la responsabilidad, sin perjuicio de su abandono a los acreedores.

LETIZIA VACA, profesora de la materia, con detalle y cuidado exquisitos, analiza nuevamente el problema de la *derelictio* y su posible confusión con la *traditio in incertam personam*. La primera, que requería *animus* y abandono efectivo, daba lugar a una adquisición originaria, mientras que la segunda a una adquisición derivativa que precisaba usucapión complementaria para las cosas *mancipi*.

Sabinianos y proculeyanos ya discutieron el problema, que no alcanzaba todavía solución pacífica en tiempos de ULPiano, como se deduce de los diversos y contradictorios fragmentos del *Corpus*. La postura de VACA rechaza plenamente la construcción dogmática de la *traditio*.

* * *

GIUSEPPE PERA, ordinario de Derecho del Trabajo, redacta sus líneas bajo la impresión de los acontecimientos ocurridos en Polonia en diciembre de 1981, en que se decapita un espontáneo y vigoroso sindicalismo. Intenta cicatrizar la herida recordando ideas y obras de EINAUDI, presidente de la República Italiana, quien, a los inicios de este siglo, fue un liberal que sentimentalmente colaboró con las actuaciones masculinas y agresivas de aquellos viejos sindicalistas que, pasando por socialistas, eran simples miembros del liberalismo entronizado por la Revolución francesa.

Las páginas de EINAUDI, que saborea PERA, constituyen un canto de ética social. En ellas se exalta el amor al trabajo y el gozo y la satisfacción que el mismo y su perfección producen en la esfera individual. Reproduce el epitafio fúnebre: «Ugo Andreini, de setenta años, zapatero desde los seis, saluda con gratitud a clientes, amigos y parientes, en la imposibilidad de efectuarlo personalmente.»

PERA, con EINAUDI, rechaza el actual socialismo que lleva a sus miembros a la privación de representatividad en forma total; que les suprime la ilusión de la lucha, y que, *de facto*, elimina la libertad de asociación, transformándolos en carnaza al servicio de intereses que, aunque se califican de brumosos, son conocidos por todos. Desprecia estas organizaciones burocrático-parasitarias que en Italia y en 1981 contaban con más de doce mil funcionarios a jornada completa.

Esta degeneración, verdadera crisis de esencias, le recuerda los clérigos de la Francia prerrevolucionaria, que se limitaban a vegetar en torno a ideas generales mal aprendidas y peor asimiladas. Acaso apenas subsista nada, actualmente, de aquella trascendental Revolución que proporcionó a Europa un siglo muy largo de auténtica libertad.

* * *

La respuesta a la necesidad de servicios profesionales especializados exigida por la transformación de la realidad económica y social es, in-

contestablemente, el ejercicio asociado de las profesiones intelectuales que permite coordinar y completar conocimientos y experiencias, profundizar en diversos sectores concretos y hasta obtener un mayor dinamismo del que resulta un más alto índice de actividades y consecuencias, tanto en cantidad como en calidad.

Es lo que aborda MARÍA ANTONIETTA SALVETTI GRIPPA con el título *Le società di professionisti*, estudio en el que se plantea el tema general de cuándo, realmente, puede hablarse de sociedad y el concreto de su posibilidad en la normativa actual de Italia.

Indudablemente no puede hablarse de sociedad cuando accidentalmente varios profesionales colaboran en cierta misión, lo que constituye actividad plurisubjetiva, no asociativa; tampoco lo es, estrictamente, la llamada, en Francia, sociedad de medios en la que a una comunidad de local y servicios se superpone el ejercicio independiente de varios profesionales que pueden ser de materias muy distintas.

La verdadera sociedad requiere organización autónoma y directo ejercicio por la sociedad, como tal, y responsabilidad de la misma. Los aspectos profesional y patrimonial deben quedar cubiertos en tal forma. Sin duda, existen, y son posibles, sociedades internas que carecen de efectos respecto a terceros. Pero la verdadera sociedad profesional, de la que hay interesantísimas experiencias en Estados Unidos e Inglaterra, y una regulación muy completa en la legislación francesa de 1966 y disposiciones complementarias, es la que acepta la comisión, el contrato de obra, ejerce la profesión y asume las responsabilidades.

Se estima que en Italia la Ley de 1939 y diversos artículos del Código Civil no autorizan las sociedades de tal índole. No obstante, en el Congreso Forense de Perugia de 1973 se intentó una interpretación amplia que estimaba limitadas a las profesiones protegidas o colegiadas las prohibiciones dimanantes de la consignada normativa.

Nuestra autora maneja el tema con soltura y maestría; se extiende en la posibilidad de existencia de «empresas civiles»; señala los casos en que la «sociedad simple» puede ser adoptada por los profesionales, y enumera las posibilidades que en Italia disfrutaban ciertas asociaciones que no deben confundirse con estrictas sociedades profesionales: las de revisión y fiduciarias, las de los asegurados frente a las entidades aseguradoras, las de Notarios y Agentes de Cambio. Complementa la exposición la cita de los autores italianos que, en los últimos años, se han ocupado de la cuestión: SCHIANO DI PEPE, VARANO, PACITTO, STOLFI, BUONOCUORE, FANTOZZI, LANZA, GRECO, PIRAS, GALGANO, CLARINCI, PERSICO y POTASA.

* * *

En contraste con reiteradas y antitéticas posturas anteriores, el Tribunal de Milán acaba de aceptar la recusación de un Juez, Romano Canosa, por motivos ideológicos. La resonancia de la resolución y el evidente interés del tema dan pie al estudio que realiza ROBERTO DOMBOLI en torno a los institutos de abstención y recusación, la formulación de cuya finalidad aparece ya en el Código de Justiniano como corolario del principio *lites sine suspucione procedant* y que acostumbran a cristalizar, legislativamente, en taxativos enunciados basados en conceptos generales que como la moral, el orden público o las buenas costumbres las

circunstancias sociales someten a revisión suave, pero imparablemente, por lo que deben entenderse de interpretación extensiva.

PERA dibujaba el buen Juez como «fiel, capaz, independiente y laborioso», conceptos todos ellos susceptibles de diversa apreciación y de difícil graduación. Concretándonos a la independencia es casi imposible hallar Jueces totalmente asépticos, no influidos por el ideario y circunstancias de la sociedad en la que se desenvuelven. Y sólo mediante una interpretación evolutiva es posible incluir el interés político, ideológico y la posición doctrinal del Juez en materia jurídica como motivo bastante de recusación. En muchas ocasiones el amparo se busca en la normativa constitucional.

Y cuando Jueces y Magistrados están encuadrados en partidos, sindicatos o asociaciones tendenciosas y aun proclaman pública y apasionadamente sus posturas, los motivos de recusación basados en parentesco más o menos lejano parecen reliquias de desvanes hogareños. En Italia, donde tales recusaciones vienen ofreciéndose con frecuencia, han llegado a concretarse en la formulada a un presidente de Tribunal «por su ideario inspirado en modelo político no progresista».

* * *

Privatistas italianos de primera línea, encabezados por NATALINO IRITI, participaron no hace mucho en una convención cuyo tema se relacionaba con las perspectivas actuales del Derecho privado.

Durante varios decenios se proclamaba que la libertad del Código Civil, más que un estado fisiológico, era patológico; un concepto meramente formal que no encubría las grandes desigualdades de poderosos y débiles, de seres que eran más libres que otros. Se estimaba la causa de que grandes sectores desertaran del Código y casi del Derecho privado, y en tal proceso descodificador lo residual era aplicable a microeconomías, artesanas o familiares. Una confianza inocente, ingenua y casi mística en el sector público esperaba de él no sólo una mayor igualdad, sino una mayor libertad y desenvolvimiento económico, con el consiguiente bienestar.

Pero con los inicios de 1978 se advirtió un vertical reflujo, en especial en los países más desarrollados de Europa. Las ideas esperanzadoras referidas se consideraron totalmente fracasadas y la economía y la política dejan de reconocerse rápidamente como categoría totalizante, mientras va ensalzándose la libertad creadora, las virtudes y capacidad de la empresa individual, la potencialidad de la iniciativa privada con la esperanza del lucro. Lentamente van eliminándose trabas e imprudentes limitaciones en el mundo negocial; se produce un «ralenti» en la fiscalidad, que permite mayor ahorro, y decaen los elementos que se encaminaban a la disolución de la familia. Y hasta algún autor ha advertido que puede volver a plantearse un tema que se consideraba para siempre en el museo de los horrores jurídicos: el del *error virginittis*, como elemento esencial en el matrimonio.

En esta línea se encuentra el estudio —brillantísimo— del ordinario de Teoría General del Derecho EUGENIO RIPERE, que con pulcritud y detalle contrasta el trágico fracaso del socialismo real, el practicado o vivido, con el llamado científico, teórico. Mientras éste nos habla de libertad, igualdad o bienestar, que sus profetas habían anunciado se produ-

ciría espontáneamente, sin acicates revolucionarios, aquél ha resultado ser la más evidente manifestación de lo iliberal, opresivo, asfixiante e ineficiente, en especial en el orden económico. La igualdad en la miseria no es precisamente una característica del bienestar.

El socialismo teórico debe ser considerado como una simple utopía, algo impresentable como construcción científica.

* * *

Breves líneas finales destinadas a la mera alusión a los valiosísimos estudios filosóficos que contiene el volumen.

LUIGI ALFIERI reseña la obra de ESCOBAR sobre la influencia de la experiencia personal en la evolución del pensamiento de NIETZSCHE, lo que no significa reducir su pensamiento a una mera biografía, sino a clasificar su neurosis como el «modo de evitar el no ser, eludiendo el ser». NIETZSCHE, para librarse de presiones sociales que le impedían manifestarse libremente, se recluyó en su mundo interior, donde levantó construcciones fantásticas. Su filosofía, comúnmente, se considera el esfuerzo de un enfermo que exaltando el dolor hace más soportable su existencia. Es la postura del «hombre-isla».

Criticando el derecho sin historia, DOMENICO CORRADINI embiste conceptos y sistemas. Estos son los que se encierran en su castillo con el puente levadizo alzado y prefieren la noche del olvido al día del recuerdo de hechos de fuerza creativa que se oponen constantemente a la lógica abstracta. El conceptualismo pretende prescindir de la historia, cementerio de acontecimientos con real influencia; construir sin tener en cuenta las excepciones, monogramas vitales carentes de lógica. Por ello las construcciones conceptuales apartadas de la experiencia resultan ser como la ninfa Eco, sin carne y sin hueso, una voz condenada a repetir las ajenas y a repetirse a sí misma.

VINCENZO PALAZZOLO efectúa un profundo y delicado análisis del problema de la libertad, construido sobre el *humus* del iusnaturalismo y que ha pasado a definir nuestra civilización. Muestra sus diversos aspectos, que abarcan desde las posturas de LOCKE y KANT a las de STIRNER y los anarquistas, polos opuestos de difícil coordinación que han conducido a estados de libertad meramente aparente, dimanantes de imposiciones mayoritarias de sistemas democráticos o de la economía capitalista que han producido degradaciones involutivas y formas que en la realidad no son sólo autoritarias, sino totalitarias.

Finalmente, GIANLUIGI PALOMBELLA estudia con precisión la distinción que KANT realiza en el concepto «posibilidad», en el que distingue forma y materia. Si esta última le permite liberarse del sistema leibniz-wolfiano, para liberarse de la espaciotemporalidad de CRUSTUS, centrada en la figura del eterno judío Ashavero, admite que ésta es posible dentro del *hic et nunc*, pero ello no impide la posibilidad de existencias carentes de determinación espaciotemporal.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Los derechos del hombre*. Tercera edición, con texto actualizado y notas de M.^a LUISA MARÍN CASTÁN. Ed. Reus, Sociedad Anónima, 1985.

El autor del prólogo de la edición que vamos a comentar de uno de los mejores trabajos de don JOSÉ MARÍA CASTÁN TOBEÑAS, que es su hijo, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, me hace el gran honor de citarme a pie de página por aquel comentario mío a la primera edición que se publicó en la *Revista de Derecho Notarial*, de donde fui asiduo colaborador. Este hecho, unido a la entrañable amistad que le profeso, al agradecimiento que todo jurista debe al Profesor CASTÁN, a la oportunidad de la publicación y a la actualización del trabajo, me hacen emprender de nuevo el camino de la recensión de aquello que leí en su día, subrayé en su día y que nunca pensé que podía dejarse de aplicar ni en su día, ni en ningún día. ¿Tiene el hombre derechos? ¿Desde qué momento tiene derechos el hombre? ¿Puede un cambio legislativo desconocer los derechos que una legislación anterior le otorgó?

El estudio monográfico de *Los derechos del hombre* es la última aportación del Profesor CASTÁN al campo del Derecho, a la pureza filosófica del Derecho. Esa especie de destino que el hombre tiene le hace escribir «para la vida de los demás» lo que él no puede disfrutar en el ejercicio de su «derecho a la muerte». La primera edición de su trabajo aparece cuando él ya había fallecido. Antes de morir entrega las pruebas corregidas. Yo recuerdo la impresión que el contenido del libro me produjo y que, en sustancia, es la esencia del pensamiento filosófico de lo que aquel gran jurista llevaba dentro. Cuando uno llega a la plenitud puede generalizar, puede contemplar el panorama desde el puente de mando con afirmaciones categóricas. Su tesis, su clasificación de los derechos, el perfil de la naturaleza y sus diversas visiones de los derechos del hombre no solamente no ha perdido actualidad, sino que era precisa esta publicación en este crucial momento de una nación donde aquellos derechos «intocables» que se dibujan en el frontispicio de las cartas, convenciones, declaraciones y constituciones de los pueblos se ponen en tela de juicio y, a veces, hasta se ignoran.

La España «picaresca» debe tener su manifestación en el campo del Derecho. Circula entre el pueblo llano aquel aforismo de que «hecha la ley, hecha la trampa», y aquella frase atribuida a ROMANONES, el gran político, que decía: «no me preocupa que mis adversarios dicten las leyes, si a mí me permiten reglamentarla...». Mi duda está en si ahora la Ley no precisa de Reglamento de aplicación. En esa labor de interpretación que al jurista se le concede resulta difícil descubrir la *mens legis* de la *mens legislatoris*, y de ahí que se acudiese a las «Exposiciones de Motivos» que ponían de manifiesto la segunda de las intenciones. Hoy, en base de eso que se llama «diversas formas de lectura», la *mens legis* puede ofrecer diferentes enfoques, aunque deje siempre al descubierto la *mens legislatoris*. De todo ello lo que verdaderamente debe preocupar es si en la actual forma de legislar se respetan esos «derechos del hombre» de que nos habla CASTÁN.

Recuerdo una frase que utilizaba CASTÁN para explicar el «desplaza-

miento de la propiedad» en ese tránsito de la Edad Media a la Moderna, citando a VIOLLET, que apuntaba que todo ello se hizo «con la poderosa lentitud de los fenómenos históricos». Frente a aquella lentitud, CASTÁN, en la publicación que comentamos, dice que «lo cierto es que la realidad de nuestro tiempo nos muestra un irrefrenable cambio social de tal extensión e intensidad, que puede llamarse total o universal y que amenaza con romper los nexos de continuidad con la fase de civilización occidental y cristiana que le ha precedido». En otro de los pasajes de su monografía sigue diciendo: «Pero no ya sólo en las zonas del comunismo totalitario, sino también en los países propiamente liberales y democráticos, carecen estos derechos y sus garantías, en muchos casos y aspectos, de aplicación real». Faltan todavía, por lo común, instrumentos de tutela jurisdiccional que hagan efectivos los derechos del hombre a través de trámites sumarios.

Y la gran ingenuidad del jurista que milita en el campo del Derecho Privado, sin aceptar aquella famosa distinción que hicieron RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL entre «derecho justo e injusto», ya que el derecho debe ser siempre la traducción de un ideal de Justicia, mira todavía con añoranza a esas cuatro disposiciones transitorias y la decimotercera del Código Civil (que había que saberse de memoria), en la que se recoge la teoría de los derechos adquiridos, a la que también parece referirse la Constitución relacionándola con el principio de seguridad en su artículo 9, aunque en la realidad jurisprudencial sólo se admita «según la lectura del precepto».

Los derechos del hombre, como trabajo monográfico, lo recensioné al aparecer la primera edición, y, por ello, no pude comentar el prólogo que a la segunda edición hizo LEGAZ LACAMBRA y que ahora se incluye en esta tercera edición. LEGAZ LACAMBRA califica a CASTÁN de «eterno estudiante», y esto me produce una gran lección de humildad, pues hace poco un compañero me decía: «Desengáñate, José Mari, nosotros ya solamente somos doctrina...», y a mí lo que de verdad me gusta es seguir siendo «estudiante». Destaca el prologuista cómo CASTÁN acierta a conjugar las ideas de personalidad y comunidad y de ellas deduce el reconocimiento de la libertad y el valor del hombre y de la dignidad humana, suprimiendo los privilegios arbitrarios. Son derechos naturales, y esto es muy importante, ya que aunque tengan una dimensión formal, afirman un valor concreto: las exigencias de la dignidad del hombre se patentizan históricamente con el cambio de situaciones culturales, políticas y socioeconómicas, y con el despliegue de la conciencia iusnaturalista.

El prólogo que para esta edición tercera escribe JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ explica la historia de las otras dos y el germen que mueve a su padre a elaborar el trabajo monográfico. Luego aclara las razones que se han tenido en cuenta para que esta nueva edición contenga un trabajo de revisión realizado por MARÍA LUISA MARÍN CASTÁN —apellidos que identifican raíces—, que ha contribuido con adiciones, referencias bibliográficas, reflejos del hecho constitucional español y de textos importantes a tener en cuenta. El libro, de esta manera y con ese ropaje, se asoma al balcón actual de la situación española y puede y debe ser un gran elemento cultural que como «asignatura pendiente» debe repasar todo aquel que lleva la pesada carga de legislar.

He vuelto a leer (contra mi costumbre de no leer nada de lo que es-

cribo, ya que bastante trabajo es el escribirlo) la recensión que a este trabajo monográfico hice en su día y, claro está, no le quito ni una coma (quizá tuviera que ponérsela, pues a mí las comas se me dan mal), pero con darla por reproducida no puedo contentarme y, por ello, en forma sintética quiero dar una visión panorámica del contenido del volumen. Antes de ello quiero destacar la gran precisión jurídica de CASTÁN al elegir la denominación adecuada para esos derechos que estudia y que en el año 1968 las Naciones Unidas celebraron a través del vigésimo aniversario de la «Declaración Universal del Derecho del Hombre». Hay que fijarse en la denominación elegida frente a las muchas existentes: derechos naturales, innatos, individuales, del hombre, del ciudadano, del trabajador, fundamentales, etc. El estudio monográfico admite la distinción de tres partes: la expositiva, la que estudia la protección y garantías, y el apéndice legislativo.

A. LA EXPOSITIVA

Expone y construye, pues CASTÁN no se conforma con enumeraciones y sistemáticas, sino que aborda el concepto, la estructura, los caracteres, las diferencias (con los derechos subjetivos, públicos y de la personalidad), la clasificación, su esencia filosófica y su evolución a través de la génesis histórica de su nacimiento.

Ante la pregunta de si es factible una catalogación de derechos del hombre, CASTÁN se aventura y hace la cita de J. MESSNER (*Ética social, política y económica, a la luz del Derecho natural*) y señala los siguientes: a) La libertad de conciencia. b) La libertad de practicar la religión. c) El derecho a la propia vida. d) El derecho a la inviolabilidad de la persona. e) El derecho al matrimonio y a la familia. f) El derecho a la educación de los propios hijos. g) El derecho a la adquisición de lo necesario para el sustento. h) El derecho de propiedad. i) El derecho a la libre elección de profesión. j) El derecho de asilo (por razones políticas). k) El derecho al desarrollo de la personalidad. l) El derecho de libre expresión (en la palabra hablada y escrita y, en especial, en la prensa, la ciencia, la literatura y el arte). m) El derecho de libre asociación, y n) El derecho a participar en el orden y administración de la comunidad.

Esta enumeración, junto al examen que hace CASTÁN de los principios básicos de los derechos humanos (libertad e igualdad, valores personales, valores sociales, justicia y bien común), suponen un avance considerable en los tiempos en que la monografía se publica y es la base de los numerosísimos estudios que en la actualidad existen al filo de la aprobación de la Constitución española y que en cita a pie de página hace MARÍA LUISA MARÍN CASTÁN.

B. LA PROTECCION

Previamente al examen de las garantías jurisdiccionales que pueden ofrecerse para la protección, CASTÁN enfoca el tema abordando el problema estimativo de las declaraciones de derechos a través de su lado positivo y negativo, su valor histórico, el ético y jurídico y las condiciones que deben reunir para el logro de su finalidad.

Hecho esto, penetra ya en el examen de las garantías jurisdiccionales y de orden procesal en sus antecedentes históricos y en la época moderna (a través de los sistemas de control político, judicial o mixto), examinando concretamente el sistema norteamericano, el tipo judicialista y los iberoamericanos. De ahí pasa al derecho español, en el que MARÍA LUISA MARÍN CASTÁN aporta el estudio actual del sistema constitucional y las garantías de la reserva de potestad legislativa a través de leyes orgánicas, el recurso de amparo y la institución del defensor del pueblo.

CASTÁN añadía a su estudio monográfico el examen de todo ello en el mundo actual de confusión y desorientación, de tecnificación, violencia, masificación, deshumanización y despersonalización. No concluía ahí, sino que aportaba las esperanzas, las perspectivas y las realizaciones necesarias. Dentro de estas últimas, con visión de porvenir, apuntaba CASTÁN, el ideal de la paz, la reforma de las estructuras jurídicas, la integración mundial, la rehabilitación del hombre, la revalorización del papel de la familia en la formación de la personalidad, etc. ¿Qué puede añadirse a esto? A mí se me ocurre que la labor del legislador tiene que estar presidida siempre por la traducción de un ideal de justicia, con plena objetividad y exenta (como la educación) de odio y malhumor, pues resulta penoso que uno se acueste libre y amanezca esclavo, que uno se duerma competente y alborree incompatible, etc.

C. APENDICE LEGISLATIVO

Se recogen en el mismo el Título I de la Constitución española, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950) y la Carta Social Europea (16 de octubre de 1961).

Completan la materia una relación de siglas utilizadas, un índice alfabético de autores que bibliográficamente están citados al pie de las páginas y un índice sumarial.

Aunque la publicación necesitaría un comentario más amplio, hecho con el detenimiento que exige una especie de lectorado y fichas especiales, declino esa labor por razones de espacio. Aquí hay que ser breve y con estilo periodístico. De todas formas me honro con haber contribuido con esta recensión al alborozo que supone la aparición de esta tercera edición de una obra tan fundamental y necesaria.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ