

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

---

Año XLVI \* Noviembre-Diciembre 1970 \* Núm. 481

---

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100  
101  
102  
103  
104  
105  
106  
107  
108  
109  
110  
111  
112  
113  
114  
115  
116  
117  
118  
119  
120  
121  
122  
123  
124  
125  
126  
127  
128  
129  
130  
131  
132  
133  
134  
135  
136  
137  
138  
139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184  
185  
186  
187  
188  
189  
190  
191  
192  
193  
194  
195  
196  
197  
198  
199  
200  
201  
202  
203  
204  
205  
206  
207  
208  
209  
210  
211  
212  
213  
214  
215  
216  
217  
218  
219  
220  
221  
222  
223  
224  
225  
226  
227  
228  
229  
230  
231  
232  
233  
234  
235  
236  
237  
238  
239  
240  
241  
242  
243  
244  
245  
246  
247  
248  
249  
250  
251  
252  
253  
254  
255  
256  
257  
258  
259  
260  
261  
262  
263  
264  
265  
266  
267  
268  
269  
270  
271  
272  
273  
274  
275  
276  
277  
278  
279  
280  
281  
282  
283  
284  
285  
286  
287  
288  
289  
290  
291  
292  
293  
294  
295  
296  
297  
298  
299  
300  
301  
302  
303  
304  
305  
306  
307  
308  
309  
310  
311  
312  
313  
314  
315  
316  
317  
318  
319  
320  
321  
322  
323  
324  
325  
326  
327  
328  
329  
330  
331  
332  
333  
334  
335  
336  
337  
338  
339  
340  
341  
342  
343  
344  
345  
346  
347  
348  
349  
350  
351  
352  
353  
354  
355  
356  
357  
358  
359  
360  
361  
362  
363  
364  
365  
366  
367  
368  
369  
370  
371  
372  
373  
374  
375  
376  
377  
378  
379  
380  
381  
382  
383  
384  
385  
386  
387  
388  
389  
390  
391  
392  
393  
394  
395  
396  
397  
398  
399  
400  
401  
402  
403  
404  
405  
406  
407  
408  
409  
410  
411  
412  
413  
414  
415  
416  
417  
418  
419  
420  
421  
422  
423  
424  
425  
426  
427  
428  
429  
430  
431  
432  
433  
434  
435  
436  
437  
438  
439  
440  
441  
442  
443  
444  
445  
446  
447  
448  
449  
450  
451  
452  
453  
454  
455  
456  
457  
458  
459  
460  
461  
462  
463  
464  
465  
466  
467  
468  
469  
470  
471  
472  
473  
474  
475  
476  
477  
478  
479  
480  
481  
482  
483  
484  
485  
486  
487  
488  
489  
490  
491  
492  
493  
494  
495  
496  
497  
498  
499  
500  
501  
502  
503  
504  
505  
506  
507  
508  
509  
510  
511  
512  
513  
514  
515  
516  
517  
518  
519  
520  
521  
522  
523  
524  
525  
526  
527  
528  
529  
530  
531  
532  
533  
534  
535  
536  
537  
538  
539  
540  
541  
542  
543  
544  
545  
546  
547  
548  
549  
550  
551  
552  
553  
554  
555  
556  
557  
558  
559  
560  
561  
562  
563  
564  
565  
566  
567  
568  
569  
570  
571  
572  
573  
574  
575  
576  
577  
578  
579  
580  
581  
582  
583  
584  
585  
586  
587  
588  
589  
590  
591  
592  
593  
594  
595  
596  
597  
598  
599  
600  
601  
602  
603  
604  
605  
606  
607  
608  
609  
610  
611  
612  
613  
614  
615  
616  
617  
618  
619  
620  
621  
622  
623  
624  
625  
626  
627  
628  
629  
630  
631  
632  
633  
634  
635  
636  
637  
638  
639  
640  
641  
642  
643  
644  
645  
646  
647  
648  
649  
650  
651  
652  
653  
654  
655  
656  
657  
658  
659  
660  
661  
662  
663  
664  
665  
666  
667  
668  
669  
670  
671  
672  
673  
674  
675  
676  
677  
678  
679  
680  
681  
682  
683  
684  
685  
686  
687  
688  
689  
690  
691  
692  
693  
694  
695  
696  
697  
698  
699  
700  
701  
702  
703  
704  
705  
706  
707  
708  
709  
710  
711  
712  
713  
714  
715  
716  
717  
718  
719  
720  
721  
722  
723  
724  
725  
726  
727  
728  
729  
730  
731  
732  
733  
734  
735  
736  
737  
738  
739  
740  
741  
742  
743  
744  
745  
746  
747  
748  
749  
750  
751  
752  
753  
754  
755  
756  
757  
758  
759  
760  
761  
762  
763  
764  
765  
766  
767  
768  
769  
770  
771  
772  
773  
774  
775  
776  
777  
778  
779  
780  
781  
782  
783  
784  
785  
786  
787  
788  
789  
790  
791  
792  
793  
794  
795  
796  
797  
798  
799  
800  
801  
802  
803  
804  
805  
806  
807  
808  
809  
810  
811  
812  
813  
814  
815  
816  
817  
818  
819  
820  
821  
822  
823  
824  
825  
826  
827  
828  
829  
830  
831  
832  
833  
834  
835  
836  
837  
838  
839  
840  
841  
842  
843  
844  
845  
846  
847  
848  
849  
850  
851  
852  
853  
854  
855  
856  
857  
858  
859  
860  
861  
862  
863  
864  
865  
866  
867  
868  
869  
870  
871  
872  
873  
874  
875  
876  
877  
878  
879  
880  
881  
882  
883  
884  
885  
886  
887  
888  
889  
890  
891  
892  
893  
894  
895  
896  
897  
898  
899  
900  
901  
902  
903  
904  
905  
906  
907  
908  
909  
910  
911  
912  
913  
914  
915  
916  
917  
918  
919  
920  
921  
922  
923  
924  
925  
926  
927  
928  
929  
930  
931  
932  
933  
934  
935  
936  
937  
938  
939  
940  
941  
942  
943  
944  
945  
946  
947  
948  
949  
950  
951  
952  
953  
954  
955  
956  
957  
958  
959  
960  
961  
962  
963  
964  
965  
966  
967  
968  
969  
970  
971  
972  
973  
974  
975  
976  
977  
978  
979  
980  
981  
982  
983  
984  
985  
986  
987  
988  
989  
990  
991  
992  
993  
994  
995  
996  
997  
998  
999  
1000

## CONSEJO DE REDACCION

### **PRESIDENTE :**

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

### **CONSEJEROS :**

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

### **CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :**

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

### **SECRETARIO DE LA REVISTA :**

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

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

Depósito legal: M, 968.—1958



# SUMARIO

|                                                                                                                                                                     | Págs. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>ESTUDIOS:</b>                                                                                                                                                    |       |
| "La experiencia española de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956", por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.                                                | 1349  |
| "La adopción y el Registro de la Propiedad", por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ ... ..                                                                                      | 1401  |
| "Aproximación al estudio de la sociedad de masas y de su derecho", por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH ... ..                                                                | 1483  |
| <b>LEGISLACION:</b>                                                                                                                                                 |       |
| "Crónica legislativa", por ENRIQUE CALATAYUD ... ..                                                                                                                 | 1521  |
| <b>VIDA JURIDICA</b>                                                                                                                                                |       |
| "Labor desarrollada por la Comisión Internacional del Estado civil", por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS ... ..                                                        | 1533  |
| <b>DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:</b>                                                                                                                            |       |
| "Dictamen sobre inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad", por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO ...                                                    | 1537  |
| <b>JURISPRUDENCIA:</b>                                                                                                                                              |       |
| Resoluciones y Sentencias:                                                                                                                                          |       |
| I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO ... .. | 1547  |
| II. Sentencias del Tribunal Supremo:                                                                                                                                |       |
| 1. Jurisprudencia civil, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y JESÚS DELGADO ECHERRÍA ... ..                                                             | 1547  |

|                                                                                                           | <u>Págs.</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MON-<br>TORO ... ..                                       | 1590         |
| 3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por<br>JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ... ..                          | 1597         |
| III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administra-<br>tivo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS ... .. | 1609         |

#### **LIBROS:**

|                                                                                                                   |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| "La Durée des contrats succesifs" de JAQUEZ AZÈMA, por TE-<br>RESA PUENTE MUÑOZ ... ..                            | 1671 |
| "Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán To-<br>beñas", por JOSÉ M <sup>o</sup> CHICO ORTIZ ... .. | 1628 |
| "I contratti normativi", de G. GUGLIELMETTI, por TERESA PUENTE<br>MUÑOZ ... ..                                    | 1637 |
| "La aeronave ante el derecho real de hipoteca", de JACOBO<br>LEONIS GONZÁLEZ, por ELÍAS IZQUIERDO ... ..          | 1644 |
| "Independencia del poder judicial", de LUIS MARTÍNEZ-CAL-<br>CERRADA GÓMEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... ..    | 1647 |

|                         |      |
|-------------------------|------|
| <b>REVISTAS:</b> ... .. | 1653 |
|-------------------------|------|

# ESTUDIOS



# La experiencia española de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (\*)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS GENERALES QUE HA PLANTEADO LA APLICACIÓN DE LA LEY: 1. *Unidad o dualidad de jurisdicción para juzgar a la Administración pública*. 2. *El texto legal y las normas supletorias*. 3. *Los principios informantes de la Ley*: a) Principio judicialista. b) Principio anti-formalista. c) Principio de igualdad de partes.—III. LOS SUJETOS DEL PROCESO: A) *Organo jurisdiccional*: 1. Jurisdicción penal y contencioso-administrativa. 2. Jurisdicción laboral y contencioso-administrativa. B) *Las partes*: 1. Capacidad procesal. 2. Legitimación: a) Legitimación para impugnar reglamentos. b) Legitimación para comparecer como coadyuvante. 3. Representación procesal: a) Representación y defensa de la Administración. b) Representación y defensa de los particulares.—IV. OBJETO DEL PROCESO: 1. *Pretensión procesal y acto administrativo*. 2. *Acto administrativo y silencio administrativo*: a) Los distintos regímenes sobre silencio administrativo. b) El recurso prematuro. c) La obligación de resolver expresamente. d) El recurso contra la resolución expresa tardía. 3. *Actos administrativos excluidos*. 4. *Congruencia procesal*. 5. *Acumulación*.—V. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: 1. *El recurso de reposición*. 2. *El previo pago*.—VI. PROCEDIMIENTO: A) *Procedimiento del proceso ordinario*: 1. Emplazamiento de los demandados. 2. Prueba. 3. Fase de conclusiones. B) *Procesos especiales*: 1. Recurso de revisión. 2. Procedimiento sumario.—VII. EFECTOS DEL PROCESO: 1. *La ejecución de sentencias*. 2. *Las costas*.

## I

### INTRODUCCIÓN

1. La Ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que vio la luz en el *Boletín Oficial del Estado* del siguiente día, supuso un paso decisivo en la

---

(\*) Texto de la comunicación presentada por el autor en el V Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado en el Estado de Sinaloa los días 20 a 25 de noviembre de 1970.

estructuración de un régimen de garantías del administrado. De aquí los elogios que la misma suscitó (1).

2. Al apartarse de los modelos extranjeros e inspirarse en las tradiciones españolas, sin olvidar las más avanzadas concepcio-

---

(1) Cfr. por ejemplo, Docayo, *La reforma de lo contencioso-administrativo*, «Revista General de Derecho» (Valencia), 1956, págs. 938-944; GASCÓN Y MARÍN, *Algunos antecedentes de la reforma del régimen jurídico del Estado español*, Madrid, 1957, en especial págs. 21-30; ROYO VILLANOVA, *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, en «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», Madrid, 1959, II, págs. 29-38; y *El nuevo régimen jurídico de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 92, páginas 181-198; y *Garantías de los ciudadanos frente a la Administración. Los Tribunales en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 22, págs. 229-254; GARGOLLO CORÓN, *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista de Derecho Español y Americano», número 9 (1957), págs. 3-33; DE LA VALLINA, *La Legge 27 dicembre 1956, sull'Ordinamento della giurisdizione contencioso-amministrativa*, «Bollettino del Instituto Giuridico Spagnolo in Roma», núms. 21-22, págs. 11 y sigs.; VILLAR Y ROMERO, *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», marzo-abril 1957, págs. 241 y sigs.; QUINTANA, *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, en «Boletín de Información», Ministerio de Justicia, número 374, págs. 3-7; BERDEJO, *La nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y el régimen jurídico de las Corporaciones Locales*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 93, págs. 338-359; GARRIDO, *La Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local», número 159 (1958); y *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*, «Revista de Administración Pública», núm. 55, págs. 9-26; GONZÁLEZ PÉREZ, *Die Verwaltungs gerichtbarkeit in Spanien*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 82, 4, (1957), págs. 382-412, cuya versión española fue publicada en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (enero 1958), con el título *La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*; MIGUEL Y ALONSO, *El nuevo proceso administrativo*, «Foro gallego», núm. 14 (1959), págs. 31-37; GUEL, *Aspecto de la recepción de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, en *Problemática de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1962, págs. 428 y sigs. También aparecieron varias ediciones con algunos comentarios del nuevo texto. Por ejemplo, los de NEGRE VILLAVECCHIA, *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1957; MARTÍN RETORTILLO, *Sobre la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista General de Derecho» (Valencia), 1958, páginas 706-711; RUIZ GUTIÉRREZ, *La legge spagnola del 27 de dicembre de 1956, sul contenzioso amministrativo*, *Jus*, 1958, págs. 549-556; PAZ MONTOJO, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1957; GONZÁLEZ PÉREZ, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1957, y PERA VERDAGUER, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, con un resumen de la jurisprudencia anterior.

Y, posteriormente, los *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, de TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, 2 volúmenes, Madrid, 1965, que constituye una de las obras más logradas sobre el proceso administrativo en España.

La doctrina extranjera también elogió la nueva Ley. ALVAREZ TABIO, en *Revista Bibliográfica*, Librería Martí, La Habana, julio-agosto 1957, dice: «La nueva Ley sitúa la justicia administrativa española al frente de las mejor organizadas

nes de la técnica procesal, la nueva Ley ocupó un lugar singularísimo en el plano del Derecho comparado. Esto explica la influencia que indudablemente tuvo en la Ley de Costa Rica de 12 de marzo de 1966 (2) y, a través de ésta, en el proyecto para el Estado de Sinaloa.

3. Es incuestionable que el mejor Ordenamiento procesal puede ser un instrumento ineficaz y fracasar rotundamente al ser aplicado. Ejemplos muy significativos podrían citarse al respecto (3). De aquí la extraordinaria importancia de enjuiciar un Cuerpo legal procesal a la luz de sus realizaciones prácticas. Sólo así podrá valorarse debidamente y obtener las enseñanzas que la práctica ofrece. Pues sólo desde esta perspectiva podrá verificarse si, realmente, se consiguió instaurar un eficaz instrumento para garantizar la sumisión de la Administración pública al Derecho.

4. La Ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 entró en vigor seis meses después de su publicación en el *Boletín Oficial*, por imperativo de su disposición final primera. Desde entonces ha transcurrido plazo suficiente para que la práctica de su aplicación nos ponga de manifiesto aquellos as-

---

*del mundo*; LANCIS, en «Revista Cubana de Derecho», abril-junio 1958, núm. II, páginas 93-94, dice que «España vuelve, con esta Ley, a su buena tradición jurídica de reunir en un texto único todas las regulaciones del interesante procedimiento», y que puede servir de base a la reforma de la legislación de aquel país; DANA MONTANO, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La Ley» (Buenos Aires, 30 de junio de 1958), dice: «Por la claridad, certeza y amplitud con que consagra la garantía jurisdiccional de los derechos particulares lesionados por la acción o inacción administrativas, esta Ley española puede servir de modelo a cualquier país del mundo que quiera ajustar la marcha de su Administración pública al principio salvador de la legalidad. Mucho y bueno pueden hallar en ella los futuros legisladores argentinos de esta materia». Cfr. también COURBE-COURTEMANCHE, *Les recours contre les actes administratifs en Droit espagnol*, París, 1960, y GUILLOT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration espagnole*, París, 1960.

(2) Sobre el problema, cfr., en especial, RETANA SANDI, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma*, en «Revista del Colegio de Abogados», tomo XXI, núm. 12, págs. 3 y sigs., y mi trabajo *La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica*, en la misma Revista, págs. 411 y sigs.

(3) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, págs. 111 y sigs.; PÉREZ SERRANO, en contestación al discurso de PLAZA, *Las garantías de la independencia judicial*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954, págs. 55-56; GONZÁLEZ PÉREZ, *El administrado*, Madrid, 1966, pág. 69; y *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957, II, págs. 484-485.

pectos en que no se han alcanzado los fines perseguidos o en los que es susceptible de mejora. Existe, en este sentido, un estudio realizado con este propósito a los diez años de entrada en vigor de la Ley. Precisamente su título es éste: *Los primeros diez años de la Ley de lo contencioso-administrativo*. Su autor, JOSÉ MARÍA CORDERO TORRES (4). De aquí el inapreciable valor de este trabajo. Pues en su autor concurre la doble condición de su preparación especializada jurídico-administrativa (procede del Consejo de Estado y se ha dedicado ininterrumpidamente al estudio de los temas de Derecho administrativo) y de ser Magistrado de una de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. A él hemos de acudir reiteradamente al abordar cada uno de los problemas que la aplicación de la Ley ha planteado.

## II

### PROBLEMAS GENERALES QUE HA PLANTEADO LA APLICACIÓN DE LA LEY

#### 1. *Unidad o dualidad de jurisdicción para juzgar a la Administración pública.*

La Ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 limita el ámbito de la jurisdicción al conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo.

De este modo, las cuestiones que se planteen como consecuencia de actos que no estén sujetos al Derecho administrativo, no deberán ser planteadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante la jurisdicción ordinaria o especial que corresponda [art. 2.º, a), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa].

Se consagra así el sistema de la dualidad de jurisdicciones para conocer de los litigios en que es parte la Administración pública, con

---

(4) *Los primeros diez años de la Ley de lo contencioso-administrativo*, publicado en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», núm. julio-agosto 1967. Existe separata. En lo sucesivo, citaremos la separata.



todos los complicados problemas que la delimitación de la esfera de actuación respectiva plantean. Pensemos, como ejemplos típicos, en los contratos y en la responsabilidad patrimonial de la Administración. De aquí las críticas que han suscitado, pidiéndose la unidad de jurisdicción para juzgar a la Administración pública.

Porque el criterio de dualidad de jurisdicciones ha quedado desfasado de su originaria justificación. No es en absoluto un sistema simple, seguro y útil, sino "un sistema muy complejo, porque no hay unos criterios firmes a los que atenerse" (5). Constituyen un expreso exponente las dificultades de nuestra doctrina tradicional a la hora de delimitar la llamada "materia contencioso-administrativa" y el fracaso de todos los intentos de descubrir los principios lógicos que informaban la delimitación de competencias (6). Por eso, por razones de tipo práctico concretadas en la simplicidad—lo que es lo mismo que decir seguridad y garantía jurídicas—, se propugna la unidad de fuero al juzgar a la Administración pública, cualquiera que sea el tipo o naturaleza del litigio.

Mas, hoy por hoy, se da la intervención de las dos jurisdicciones. Ante un litigio con una Administración pública, se plantea como problema previo el de la elección de la jurisdicción competente. Lo que dependerá del Derecho aplicable que, en definitiva, sirva de fundamento a la pretensión.

Porque la Administración pública no siempre aparece como tal, investida de las prerrogativas de Poder y sujeta a su Derecho de privilegio. Aparece, a veces, como cualquier otro sujeto de Derecho, sometida al mismo Ordenamiento que los particulares:

---

(5) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, «Revista de Administración Pública», núm. 49, págs. 143-189. En el mismo sentido, GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, «Revista de Administración Pública», núm. 34, páginas 293-310; PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, pág. 123.

GARRIDO, al enfrentarse con el problema, constata que «los inconvenientes se observan tanto con el actual sistema de jurisdicción repartida como con el que se propone la unidad jurisdiccional». Y propone la unidad respecto de materias concretas, como la responsabilidad y los contratos. Así, en *La evolución del recurso contencioso-administrativo*, cit., pág. 26.

(6) Uno de los intentos más logrados, el de GOYARD, *La compétence des Tribunaux judiciaires en matière administrative*, Éditions Montchreslieu, Paris, 1932.

adquiriendo los bienes que necesita mediante contratos de compraventa, utilizando el trabajo de obreros en régimen laboral, etcétera. Y cuando así lo hace, los litigios derivados de estas relaciones deberán decidirse ante la jurisdicción común o especial que corresponda.

La Administración pública puede, por tanto, aparecer como parte en los distintos procesos que en cada Ordenamiento jurídico se arbitran para satisfacer las pretensiones, según la rama del Derecho que constituye su fundamento. El artículo 2.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa excluye de su conocimiento, no sólo a "las cuestiones de índole civil o penal, atribuidas a la jurisdicción ordinaria", sino también "aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones".

En consecuencia, el problema de la delimitación se ha planteado respecto de cada una de estas otras jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa, si bien adquiere especial relieve cuando se trata de la delimitación respecto de la jurisdicción ordinaria (7).

El problema, pues, se traduce en el más amplio—y especialmente complejo en los supuestos límites—de la delimitación de las distintas ramas del Derecho. La naturaleza del Derecho aplicable—dirá RIVERO—"determina el orden de jurisdicción competente; no se ve la posibilidad de dar otro fundamento al sistema distinto, y las dificultades que el mismo comporta hoy no tienen otra causa que la progresiva interpretación de los dos Derechos, que tienden a reemplazar la frontera antigua por una zona de transición" (8).

Allí donde se aplique Derecho administrativo, allí donde exis-

---

(7) El hecho de que la Administración pública aparezca como parte procesal en un proceso administrativo no quiere decir que se someta íntegramente a las mismas reglas que los particulares, sino que, incluso en estos supuestos, la presencia de un ente público supone importantes especialidades. Cfr., por ejemplo, en el proceso civil, G. AMORTH y T. TOMASICCHIO, *Il giudizio civile con lo Stato*, Milán, 1963.

(8) En el prólogo a la obra de FROMONT, *La repartition des compétences entre les Tribunaux civils et administratifs en Droit allemand*, París, 1960 página III.

ta un acto administrativo, los conflictos que surjan deberán decidirse por el juez administrativo. Será la jurisdicción contencioso-administrativa la que se pronunciará sobre la validez del acto, aun cuando su invalidez derive precisamente de haberse dictado con incompetencia total de la Administración por versar sobre materia cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción ordinaria, pues si bien los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, si la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia. Así, la sentencia de 18 de junio de 1964 (9).

Es cierto que, salvo los supuestos límites, las dificultades de delimitación no son ni mucho menos insuperables. Pero existen. Por ello, la tendencia que domina es la de consagrar la unidad de jurisdicción, al menos en aquellos casos en que las dificultades son reales, como en el de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es más, en este punto concreto, la unidad de jurisdicción parecía ser uno de los objetivos de la Ley española, al disponer el artículo 3.º, apartado b), que "la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública". Fórmula lo suficientemente amplia para atribuir a esta jurisdicción el conocimiento de todos los litigios sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero esta interpretación no es posible, ya que, después de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en su artículo 41, dispuso: "Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, ha-

---

(9) Una referencia a esta doctrina jurisprudencial en los comentarios de jurisprudencia contencioso-administrativa, en esta REVISTA, 1968, págs. 194-203, y en mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1969, páginas 52-53.

brá de exigirse ante los Tribunales ordinarios". Criterio censurado por la doctrina (10).

Estos problemas, planteados en la aplicación de la Ley española, no se darán en la aplicación de la Ley de Costa Rica, desde el momento que no existe una dualidad entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil para juzgar a la Administración pública. Pese a que el artículo 1.º de la Ley costarricense es de redacción análoga a la del artículo 1.º de la Ley española, es lo cierto que el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es más amplio. No limita su conocimiento a las pretensiones *fundadas en Derecho administrativo* (como podría desprenderse de su art. 1.º), sino también a "las cuestiones que la Ley orgánica del Poder Judicial y demás Leyes atribuyen exclusivamente a la vía civil de hacienda" [art. 2.º, c)], por lo que, cuando el artículo 4.º delimita el ámbito de la jurisdicción negativamente y señala las cuestiones cuyo conocimiento no le corresponde, no existe—a diferencia del correlativo del apartado a) del artículo 2.º de la Ley española—referencia alguna a "las cuestiones de índole civil". Pero sí existe a las cuestiones "de índole penal y a aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, corresponde a la jurisdicción del trabajo". Y, como después veremos, también en este aspecto el artículo 2.º, apartado a), de la Ley española, nos plantea algún problema en su aplicación.

Ahora bien, la superación del problema de la delimitación entre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la civil respecto de cuestiones civiles, ha de considerarse un acierto de la Ley de Costa Rica, como puso de relieve RETANA SANDI, cuando, al referirse a la reforma de la Ley de su país, decía: "Se hace indispensable, entonces, confiar la función a órganos especializados, a juzgadores versados en Derecho público. Y ello no sólo en lo que toca a los conflictos motivados por la Administración como Poder, sino cuando lo ha hecho en la hoy superada denominación de persona de Derecho privado. Así se aspira modernamente, tanto para eliminar injustificados conflictos de jurisdicción como en obsequio de lo expuesto acerca de que todo litigio en que intervenga el Estado sin tomar en cuenta el carácter que lo ha motivado,

---

(10) TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 187-188

se rige por reglas especiales y requiere especialización de los jueces, a igual que sucede con la demás justicia, en que se especializan los jueces civiles, penales, de trabajo, etc., sea, en definitiva, a consecuencia del principio de división de trabajo, que asegura mayor idoneidad" (11).

## 2. *El texto legal y las normas supletorias.*

La Ley española, en su disposición adicional 6.<sup>a</sup>, dispone: "En lo no previsto en esta Ley regirán, como supletorias, las de enjuiciamiento civil y las disposiciones orgánicas generales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales". La Exposición de Motivos justificaba así el precepto: "Y como esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento, la Ley se limita a recoger las especialidades que una y otros ofrecen, remitiéndose en lo demás a las Leyes orgánicas y procesales comunes. Estas razones aconsejan también prescindir de toda disposición reglamentaria, pues carece de razón de ser un Reglamento, como el de la vieja Ley de lo contencioso, que en su mayor parte no es más que una innecesaria transcripción de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil".

Se seguía así una corriente doctrinal que venía defendiendo la innecesariedad de Reglamento de una Ley que había de limitarse a regular las especialidades exigidas por el objeto del proceso administrativo (12), corriente que, asimismo, tuvo acogida en el artículo 103 de la Ley de Costa Rica.

Poco tiempo después de entrar en vigor la nueva Ley española de 1956, surgieron las primeras dudas sobre la bondad del

(11) Cfr. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma*, «Revista del Colegio de Abogados», tomo XXI, núm. 12, pág. 41. Sobre el problema, BRISEÑO, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, páginas 203-204.

(12) En la línea crítica del sistema de Reglamento, defendiendo que la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa debe limitarse a las especialidades típicas de la misma frente al proceso civil, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en «Boletín del Instituto de Derecho Comparado en México. III, número 8, mayo-agosto 1950, Sección de Bibliografía, pág. 195, y en «Revista de la Facultad de Derecho», México, II, núm. 8, julio-septiembre 1952, Sección de Bibliografía, pág. 221, y GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, Madrid, 1954, pág. 57.

criterio legislativo: desde el punto de vista práctico, la falta de reglamentos planteaba importantes problemas interpretativos en orden al alcance de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Años después se insistió en la línea crítica, con estas palabras: "La vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contempla un esquema orgánico tan distinto del jurisdiccional de 1956, que continuamente los encargados de aplicarla 'supletoriamente' están teniendo que dar saltos de acomodación, harto delicados desde el punto de vista de la regularidad procesal y hasta de la fidelidad literal. Incluso aquélla contradice modalidades procesales de la Ley de 1956 en situaciones paralelas—los incidentes respecto del procedimiento principal—, conduciendo a disparidades antológicas, que se salvan, conforme se ha apuntado, saltando sobre la literalidad supletoria. Creo que sería mejor que una futura redacción perfeccionada del texto de la Ley de 1956, sin llegar a una minuciosidad extrema, reguladora—o indicara la regulación—de la mecánica rituaría, hoy entregada a la Ley de 1881, dentro de proporciones prudentes, como los que hay en los sucesivos textos regulativos del procedimiento laboral, el último de 21 de abril de 1966, no muy extensos, tampoco muy sumarios y que cohonestan la especialidad de la justicia social con la persistencia de rasgos comunes a los procedimientos no penales" (13).

Es incuestionable el abismo que separa al texto principal y al supletorio. Los principios a que responden son sustancialmente distintos. De aquí que las dificultades interpretativas sean inevitables.

Ahora bien ello no conduce irremediablemente a la solución del reglamento, que pugna con una depurada técnica legislativa. Lo que pone de relieve es la conveniencia de que la reforma del Ordenamiento procesal no se verifique parcialmente, sino con criterios de totalidad, partiendo desde la Ley orgánica hasta la reguladora del último de los procedimientos. De este modo, cuando respecto de la Ley reguladora de un proceso especial se apliquen como supletorias las Leyes comunes, no se producirán aquellas dificultades nacidas de la disparidad de criterios normativos.

---

(13) CORDERO TORRES. *Los primeros diez años*, cit., pág. 9. Seguía así una línea crítica mantenida anteriormente en su trabajo *La Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria del procedimiento contencioso-administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 27, págs. 11-28.

Abordada en España la tarea de la reforma de las Leyes procesales, una vez que se llegue a buen fin, se habrán superado las dificultades que hoy se plantean, dificultades que esperamos no se den en el Estado de Sinaloa, al haberse tenido el buen criterio de enfrentarse con la reforma con un criterio general y no limitándose a los problemas particulares que planteaba la regulación del proceso administrativo.

### 3. *Los principios informantes de la Ley.*

¿Hasta qué punto la práctica procesal ha respondido a los principios informantes de la Ley? Es necesario distinguir los distintos principios.

#### a) *Principio judicialista.*

La Ley española fue judicialista, en cuanto confió la jurisdicción a verdaderos Tribunales encuadrados en la organización judicial, al mismo tiempo que procuraba la especialización del personal que había de ser titular de los órganos. "Creyendo esencial una especialización del personal de esta jurisdicción—dice el apartado II, 5), párrafo 5.º, de la Exposición de Motivos—, la ha procurado mediante la selección de los miembros de la carrera judicial a través, no sólo de los correspondientes concursos, que habrán de ser debidamente regulados por el Gobierno para que cumplan verdaderamente su finalidad específica, sino también mediante oposición".

Existían serias dudas acerca de hasta qué punto la fórmula adoptada por la Ley había conseguido hacer realidad la idea de especialización. Por nuestra parte, al publicarse la Ley, criticábamos el sistema por ella instaurado, con estas palabras: "La finalidad perseguida por el proyecto queda desvirtuada, ya que se exige al licenciado en Derecho, con vocación hacia el Derecho público y a la Judicatura, el calvario de: una oposición de ingreso en la Escuela Judicial (en cuyo programa el Derecho público, en general, y el Derecho administrativo, en particular, no constituye ni mucho menos la materia decisiva); los cursos de la Escuela Judicial; tres años de servicios efectivos, y, por último, una nueva oposición. De este modo no llegan directamente a las Salas de lo contencioso-administrativo los jóvenes universitarios especiali-

zados en Derecho público; la atrayente carrera que les ofrecía el proyecto de llegar a una Sala de Audiencia Territorial poco después de salir de las Facultades de Derecho, no se da en el sistema arbitrado por la Ley. Resultado: que el licenciado en Derecho, preparado y especializado en Derecho público, abandonará el camino hacia la jurisdicción contencioso-administrativa por otros más atrayentes" (14).

Después de los años de experiencia del sistema, he de reconocer que el mismo ha constituido un indudable acierto. Las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales ofrecen una amalgama de Magistrados, en la que se logra plenamente la especialización. En ellas radica uno de los más firmes puntales del Estado de Derecho. De aquí que no tengamos inconveniente alguno en rectificar nuestra posición y aceptar expresamente las razones aducidas por Juan Antonio BOLEA FORADADA, en sus *Comentarios de la Ley de lo contencioso-administrativo*, en colaboración con TRUJILLO PEÑA y QUINTANA REDONDO, trabajo que, como tantos otros de los nuevos Magistrados de las Salas de lo contencioso-administrativo, ponen de manifiesto el alto nivel de los mismos y su preparación especializada, garantía básica de esta jurisdicción.

b) *Principio antiformalista.*

El exagerado formalismo fue siempre uno de los criterios rectores de la actuación de los Tribunales de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Como reacción frente a esta tendencia, la nueva Ley procuró que sus normas impidieran en lo sucesivo interpretaciones formalistas. Y así lo dice su preámbulo, al afirmar: "Finalmente, merece destacarse el artículo 129, que, siguiendo la orientación del nuevo texto, permite la subsanación de todos aquellos defectos que pudieran concurrir en los actos de las partes. La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de las mismas".

---

(14) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1966, II. págs. 212-213.



¿Hasta qué punto los Tribunales han respondido a los principios consagrados en la Ley?

Algún autor se ha referido a algùn supuesto concreto en que los Tribunales no han respondido a la llamada del legislador, censurando una jurisprudencia que "ha servido muchas veces para vedar el acceso del particular a la vía judicial, haciendo ilusorio lo que constituye uno de los principios claves de todo Estado de Derecho" (15).

Mas es lo cierto que por encima de estos supuestos aislados está una corriente jurisprudencial diáfana a favor del antiformalismo. Es incuestionable que la jurisdicción contencioso-administrativa respondió a través de una jurisprudencia que puede citarse como ejemplo de superación del formalismo, al buscar la interpretación más generosa para poder llegar al examen de la cuestión de fondo planteada.

De aquí los elogios que, sin reservas, dedicó la doctrina a esta jurisprudencia progresiva. Y ha podido hablarse del principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. Es el título de un trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, que termina con estas palabras, que podemos suscribir sin reservas: En realidad, este nuevo principio de nuestro contencioso, alumbrado tan oportunamente por el Tribunal Supremo, puede acertar a cambiar el ambiente entero en que la justicia administrativa es vivida entre nosotros, abriendo paso a una decidida función creadora de la jurisprudencia en esta materia de la extensión de los recursos y de sus reglas de admisión. Es bien conocido que sin esta labor creadora, que ha de ser constante y siempre perfectible, un sistema de justicia administrativa será siempre incompleto en las condiciones actuales del mundo político y social, en que todas las desventajas suelen estar del lado del súbdito, cada vez más envuelto en una red inextricable de sometimiento y de reglas; compensar esta situación, facilitando, cuando menos, el acceso simple a la discusión judicial de sus supuestos agravios parece una exigencia bien justificada".

---

(15) GONZÁLEZ NAVARRO, *Cómputo de plazos y recurso de reposición*, «Revista de Administración Pública», núm. 53, pág. 326. En análogo sentido, GÓMEZ DE ENTERRÍA, *Meses naturales y meses de treinta días*, en la misma Revista, número 39, págs 284-286.

Es cierto que, en algún aspecto, todavía existen resabios del viejo formalismo; pero, por lo general, ha dominado el criterio antiformalista, como demuestra el examen de la doctrina jurisprudencial (16).

c) *Principio de igualdad de partes.*

La Ley española trató en lo posible de hacer realidad el principio procesal de igualdad. Muy difícilmente puede administrarse Justicia si en el proceso las partes no están situadas en una posición de igualdad. Cuando la igualdad quiebra, lo que se administra no es "Justicia", sino algo muy distinto, llámese "interés público", "interés general", "interés del pueblo" o lo que se quiera.

Por eso, sólo existe proceso cuando la Administración es capaz de despojarse de sus prerrogativas y aparecer como una parte más.

Pero es ésta una aspiración irrealizable.

Es cierto que las Leyes reguladoras del proceso administrativo procuran hacer realidad el principio de igualdad de las partes en el proceso, sometiendo a la Administración pública al mismo régimen que a las demás partes. Pero, pese a todo, los privilegios de la Administración son tan fuertes, que, en las propias Leyes, no dejan de tener reflejo. Y, por encima de las Leyes, está una realidad, que permitió afirmar al profesor LESSONA, en el IV Congreso Nacional de Jurisprudencia Forense, que "la Administración pública no es un litigante correcto" (17). Y el profesor BENVENUTI, en su obra sobre la instrucción del proceso administrativo, ha llegado a hablar de la institucional inferioridad del particular frente a la Administración (18).

Esta institucional inferioridad del particular respecto de la Administración se traduce en infinitos detalles, que van, desde el distinto rigor con que juegan los plazos para una y otra parte, hasta la sustancial diferente posición jurídica a la hora de la

---

(16) Así, en mi trabajo *El principio antiformalista de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista de Administración Pública», número 57, págs. 183-209.

(17) En *Actas del Congreso*, Milán, 1959, pág. 226. En análogo sentido, en nuestro *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1966, 2.<sup>a</sup> edición, II. páginas 252-253.

(18) *L'istruzione del processo amministrativo*, Padua, 1953, pág. 125.

ejecución, pasando por las diversas facilidades de que gozan en la instrucción del proceso.

La experiencia española no es en este aspecto muy distinta a la de los demás países, aunque hemos de reconocer, en honor a la verdad, que, por lo general, los defensores de la Administración española suelen mantener en el proceso una posición correcta de sometimiento a las normas procesales en un plano de igualdad formal, aun cuando—como dice CORDERO TORRES—“una cosa es la igualdad de las posiciones procesales de las partes en los pleitos contenciosos, en punto a garantías de valoración de sus pretensiones, dentro de la normatividad aplicable, y otra, la parificación absoluta del interés público que encarna la Administración, con el interés, respetable, pero particular y muchas veces subjetivo, que encarna el otro litigante, por lo común, recurrente” (19).

### III

#### LOS SUJETOS DEL PROCESO

##### A) *Organo jurisdiccional.*

Los principales problemas que ha planteado la regulación del órgano jurisdiccional han sido con motivo de la delimitación del ámbito de la jurisdicción.

Si la delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de la jurisdicción civil ofrece dificultades, como se ha señalado al estudiar el problema de la unidad de jurisdicción para juzgar a la Administración pública, también las ofrece respecto de la jurisdicción penal y la laboral.

##### 1. *Jurisdicción penal y contencioso-administrativa.*

En principio, no parece ofrecer dificultad delimitar lo penal de lo administrativo. Cuando la infracción del Ordenamiento jurídico adquiere tal gravedad que es considerada delito, habrá de acudir al proceso penal para imponer la pena que corresponda.

---

(19) *Los primeros diez años*, cit, págs. 9-10.

Pero se ha extendido tanto el Derecho administrativo sancionador, que no es fácil muchas veces distinguir la sanción penal de la administrativa. De aquí la frecuencia con que se plantean los conflictos jurisdiccionales para decidir a qué jurisdicción corresponde el conocimiento de determinado asunto.

Por otro lado, aun cuando se viene consagrando en la jurisprudencia española el principio de independencia entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal para conocer de un hecho que constituya delito y, a la vez, una infracción administrativa, la práctica ha demostrado que esta independencia no puede ser absoluta y que existe una indudable conexión entre ambas jurisdicciones, al menos en los supuestos de sentencia penal absolutoria. A tal efecto, se impone la siguiente distinción (20):

a) *Sentencia absolutoria motivada por la inexistencia material de los hechos.*—En este caso, la jurisprudencia del “Conseil d’Etat” es concluyente, al sentar las consideraciones siguientes:

— No puede la Administración, en ejercicio de su potestad disciplinaria, imponer una sanción basada en la existencia de unos hechos que la sentencia penal consideró inexistentes. Y en aquellos casos en que la Administración impone la sanción con infracción de esta doctrina, el Consejo de Estado no duda en anular el acto, estimando el “recurso por exceso de poder” interpuesto contra el mismo.

— Tiene tal importancia esta regla, que juega incluso en aquellos casos en que, al dictarse la sentencia penal, la Administración ya había impuesto la sanción en el procedimiento administrativo, utilizando el principio de independencia antes referido. El Consejo de Estado estima que un funcionario puede lograr la anulación de un acto, mediante el “recurso por exceso de poder”, cuando se le impuso la sanción, y con posterioridad se pronuncia sentencia penal absoluta absolutoria que considera inexistentes los hechos en que se basó la Administración.

---

(20) Me remito a mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1966, II, págs. 102-103, en el que sigo a DURAND, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, París, 1956, págs. 216 y sigs.

b) *Sentencia absolutoria no motivada por la inexistencia de los hechos.*—A su vez, distingue DURAND dos supuestos:

— *Que el juez penal se pronuncie sobre la existencia de los hechos.*—Pues bien, en este supuesto, si el juez penal dicta sentencia absolutoria, porque, aun admitiendo la existencia de los hechos, no los considera punibles penalmente o porque estima que no existe intención dolosa en el actor, la sentencia no vincula a la Administración, que puede sancionar administrativamente al funcionario en virtud de aquellos mismos hechos.

— *Que la sentencia penal no se pronuncie sobre la existencia de los hechos.*—En este caso, tampoco vincula a la Administración, que puede sancionar libremente.

La jurisprudencia española, sin embargo, ha permanecido fiel a la concepción tradicional del principio y hecho caso omiso de aquellas importantes atenuaciones y rectificaciones de la formulación clásica. Hasta fecha reciente ha seguido sentando que “son totalmente independientes las esferas de la jurisdicción contencioso-administrativa y la ordinaria, siempre que aquélla no someta su conocimiento a una previa declaración delictiva inexistente en autos, pues al ordenarse se pasará a los Tribunales de lo penal el tanto de culpa, por si los hechos revestían este carácter, no se hacía otra cosa que facilitar la investigación de otra responsabilidad distinta a la disciplinaria peculiar y propia de la Administración, que habiendo declarado ya la sanción procedente en acuerdo confirmado por los Tribunales de la jurisdicción, resulta inalterable, cualesquiera que sean los hechos probados en la sentencia de lo criminal, *sólo vinculantes en este orden*” (sentencia de 13 de octubre de 1958). Y que “cabe la absolución del funcionario, por no ser responsable del delito que motivara su procesamiento y la sanción que su conducta merezca como servidor de la Administración pública” (sentencia de 21 de octubre de 1960).

No obstante, esta línea de doctrina ininterrumpida parece quebrarse en las sentencias de 11 de marzo y 30 de abril de 1965, al reconocer la trascendencia que indudablemente debe tener en el ámbito jurídico-administrativo una sentencia penal absolutoria.

## 2. *Jurisdicción laboral y contencioso-administrativa.*

La delimitación del ámbito de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa, responde a principios técnicos irreprochables: la neta distinción que existe entre las normas que integran el llamado Derecho laboral. Pues mientras alguna de estas normas son Derecho administrativo—en cuanto regulan relaciones entre la Administración pública y algunos de los sujetos de la relación laboral—, otras tienen naturaleza distinta—en cuanto regulan relaciones entre patronos y obreros, sin intervención del Poder público en ejercicio de funciones administrativas—.

Ahora bien, cuando interviene un órgano administrativo—tutelando el interés público—en las relaciones entre patronos y obreros, ¿existe siempre acto sujeto al Derecho administrativo susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa? O, por el contrario, ¿se da sólo en algunos supuestos esta posibilidad?

La respuesta a estas cuestiones no ha sido siempre la misma. Y, pese a una decidida corriente de extensión del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (21), no es hoy unánime. De aquí las dificultades prácticas planteadas y la desorientación del demandante en el momento de decidir la vía procesal a seguir.

Como en definitiva, aun cuando intervenga un órgano administrativo, por la naturaleza de la relación en que incide se aplicarán normas que integran el Derecho laboral, se ha propuesto lo siguiente: "Lo social o laboral debe ser mantenido totalmente en su ámbito jurisdiccional a los Tribunales propios, para que el texto refundido de 24 de abril de 1966 resulte más efectivo y operante que sus precedentes; lo que supone que, contra las decisiones que se crea conveniente conservar a las Delegaciones de Trabajo y al Ministerio del ramo, debe darse impugnación jurisdiccional ante las Magistraturas de Trabajo y ante los Tribunales Central y Supremo (Sala 6.ª); no como hasta ahora, bifurcando en arbitraria opción los caminos, para que una gran cantidad de esos litigios disfrazados de contenciosos aboquen a la Sala 4.ª" (22).

---

(21) Sobre la evolución de la jurisprudencia, me remito a mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966, II, págs. 114-122.

(22) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., págs. 11-12.

## B) *Las partes.*

### 1. *Capacidad procesal.*

La Ley española, con buen criterio, reconoce capacidad procesal ante la jurisdicción contencioso-administrativa a "la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio esté permitido por el Ordenamiento jurídico-administrativo, sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente" (art. 27).

El precepto trata de consagrar lo que venía siendo considerado por la doctrina una característica diferencial de la capacidad en Derecho público: que, por lo general, dado el carácter personalísimo de la mayoría de las relaciones, la atribución a un sujeto de la titularidad de un derecho (capacidad jurídica), comporta la posibilidad de su ejercicio (23).

Ahora bien, la redacción del artículo 27 (análoga a la del artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo y a la del artículo 42 de la Ley General Tributaria) ha planteado problemas interpretativos. Porque, por lo general, en el Ordenamiento jurídico-administrativo no existen preceptos que prevean expresamente la posibilidad de que una mujer casada o un menor de edad ejerciten derechos sin la asistencia de las personas a las que corresponde suplir la falta de capacidad de obrar.

Ante el silencio de las normas aplicables se impone una distinción en función del carácter con que esté atribuida la titularidad del derecho. Es evidente que existen supuestos en los que la atribución de la titularidad implica aptitud para su ejercicio. Pero en otros es incuestionable la necesaria asistencia de las personas a las que el Derecho civil confía suplir la incapacidad.

Es evidente que, para utilizar los servicios públicos o percibir los beneficios de la acción de fomento, pueden actuar por sí el menor y la mujer casada que reúnan las condiciones reglamentarias. Sin embargo, para la obtención de ciertas licencias, autorizaciones o permisos que impliquen consecuencias patrimoniales, habrá que estar a las normas del Derecho común (24).

---

(23) Así, SERRANO GUIRADO, *Administrado*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo II, Barcelona, 1950, págs. 387-392. Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 255-260.

(24) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, cit., pág. 260.

Ante las dificultades prácticas planteadas, no estaría de más aclarar la redacción del precepto legal, manteniendo el principio en que se inspira.

## 2. *Legitimación.*

Las reglas sobre legitimación de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa han dado lugar a problemas de aplicación, suscitándose la conveniencia de su modificación en dos aspectos concretos: legitimación para impugnar Reglamentos y legitimación para comparecer como "coadyuvante" de la Administración.

### a) *Legitimación para impugnar Reglamentos.*

La Ley española, a la hora de admitir la impugnación directa de las disposiciones generales de la Administración del Estado, se quedó en el camino, al restringir extraordinariamente la legitimación. No estableció límite alguno en la legitimación cuando el objeto de la impugnación eran reglamentos de una Administración no estatal (local o institucional) o cuando, aun siendo un reglamento del Estado, hubiera de ser cumplido directamente por los administrados, sin necesidad de un acto de requerimiento o sujeción individual. Pero salvo en estos supuestos, únicamente se reconoce legitimación para impugnar disposiciones generales del Estado a "las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público", y a "cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo".

Esta limitación de la legitimación ha sido criticada con generalidad por la doctrina (25).

Y mucho más se ha censurado la tendencia jurisprudencial de alguna de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo al limitar aún más la legitimación reconocida en la Ley, en cuanto únicamente la reconoce a las "entidades y Corporaciones de ámbito nacional", con exclusión de las de ámbito local (ver-

---

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, «Revista de Administración Pública», núm. 42, págs. 281-290; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 432; SÁIZ DE ROBLES, *La legitimación de las Corporaciones en el proceso administrativo*, «Revista de Derecho Procesal (1.ª época)», 1964 (enero-junio), pág. 98; BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1968, págs. 181-183.



bigracia, Colegios Profesionales provinciales), limitación que en modo alguno se desprende del texto de la Ley.

Por ello, no es en modo alguno aconsejable condicionar o limitar la legitimación para impugnar reglamentos, debiendo reconocerse con la amplitud que se da en otros Ordenamientos.

Es cierto que, por lo general, el administrado no se preocupa de impugnar un reglamento hasta que sufre sus consecuencias a través del acto dictado en aplicación de aquél. Por lo que basta el recurso indirecto deducido contra el acto basado en que el reglamento es ilegal, para que queden garantizados los derechos del particular. Pero es incuestionable la eficacia del recurso directo "cuando la jurisdicción contencioso-administrativa mantiene sistemática la condenación del reglamento ilegal, y la Administración, terca, se obstina en seguir aplicándolo, originándose una perturbación que lleva a semilleros de pleitos, ya inútiles por prejuzgados, pero siempre costosos, con riesgo para los derechos y enfrentamiento poco edificante de los Poderes públicos, y así sucedió por ejemplo, en España a fines del pasado siglo y primeros del actual, sobre los problemas de prescripción de pensiones y haberes pasivos, para los empleados públicos y sus familias. Por unas y otras razones hace falta, dentro de un buen orden constitucional, un recurso directo contra los Reglamentos ilegales" (26).

No obstante, no han faltado defensores del sistema legal, como CORDERO TORRES, al decir que "arraiga ya la distinción entre personalidad, capacidad y legitimación, la activa para impugnar disposiciones generales y centrales, registra siempre dificultades interpretativas al tratar de aplicar el supuesto del párrafo 3 del art. 39; y no es fácil resolverlas como no sea con una interpretación amplia que conduce a la desnaturalización del principio del apartado b) del párrafo primero del artículo 28, reconocidamente necesario para prevenir caóticas avalanchas impugnatorias. El administrado puede tener cauces corporativos que hagan innecesarias las delicadas impugnaciones individuales de actos normativos y no resolutivos" (27).

---

(26) ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, pág. 50.

(27) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., pág. 16.

b) *Legitimación para comparecer como coadyuvante.*

La figura tradicional del "coadyuvante" incluía dos tipos diferentes de litisconsorcio y de intervención adhesiva, que la Ley trató de configurar debidamente, exigiendo la titularidad de derechos derivados del acto para comparecer como demandado (artículo 29, apartado a), y el simple interés para ser coadyuvante en sentido estricto.

Las consecuencias procesales son evidentes: el demandado, como tal parte procesal, puede actuar con plena autonomía a todos los efectos (v. gr., a efectos de interponer recursos contra la sentencia aunque no recurra la representación de la Administración), lo que no ocurre respecto del coadyuvante.

La distinción entre una y otra figura no ha resultado siempre fácil, dando lugar a inevitables casos de confusión (28).

Pues bien, la jurisprudencia ha sentado una doctrina consistente en dar relevancia al carácter con que se produjo la personación en el proceso: si se compareció como simple coadyuvante, aún cuando se tuviese legitimación para hacerlo como demandado, no se reconoce este carácter, privándose al que así compareció del derecho de recurrir con autonomía de la Administración contra los autos y sentencias que se dictasen.

Es éste, por tanto, otro de los aspectos de la normativa legal que requieren algún retoque o aclaración que impida el que, por un simple error en el escrito de comparecencia —debido casi siempre a la inercia de seguir creyendo que la designación tradicional del coadyuvante se refiere a ambos supuestos—, se prive al que ostenta una legitimación incuestionable de demandado de todas las potestades y derechos procesales inherentes a tal condición.

La Ley de Costa Rica supera esta cuestión por el procedimiento simplista de reconocer legitimación para apelar al coadyuvante (artículo 71).

3. *Representación procesal.*

a) *Representación y defensa de la Administración.*

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con buen criterio, atribuyó la representación y defensa de la Administración

---

(28) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., pág. 16.

del Estado a sus naturales defensores: los Abogados del Estado, representación y defensa que se extiende a la de las demás Administraciones cuando éstas no comparezcan a través de sus defensores.

Pero si fue correcta esta sustitución del Ministerio fiscal por el Abogado del Estado en las funciones de representación y defensa de la Administración, la experiencia ha demostrado que no lo fue tanto la exclusión del Ministerio público de los procesos administrativos.

Porque en estos procesos puede existir un interés público distinto al de la prevalencia a ultranza de la validez del acto. Y en tales casos, parece ineludible la presencia de un Ministerio público de verdad, ya que puede existir una incompatibilidad manifiesta entre la función de defensa de la Administración y de defensa del interés público.

Ejemplo práctico: el artículo 101 de la Ley regula un recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley. Pero desde el momento que se reconoce legitimación para interponerlo únicamente al Abogado del Estado, se ha convertido el "interés de la Ley" en "interés de la Administración", que suelen ser en la práctica cosas muy distintas.

#### b) *Representación y defensa de los particulares.*

La Ley española de 1956, rompiendo con la tradición legislativa anterior —que venía reconociendo a los interesados el poder de postulación—, exige la asistencia de técnicos del Derecho —Abogado o Procurador y Abogado— (artículo 33). Esta regla tiene una excepción: los procesos que se refieren a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles (artículo 33, párrafo 3, y artículo 113).

Mucho se ha discutido por la doctrina española acerca de la procedencia de esta innovación legislativa. Como se discutió por la doctrina francesa norma análoga de la reforma de su contencioso-administrativo de 1953 (29).

Por lo general, las Corporaciones profesionales de Abogados son

---

(29) RIVERO, *La réforme du contentieux administratif*, «Revue de Droit public», 1953, pág. 934; GAZIER, *Quelques perspectives ouvertes pour la réforme du contentieux administratif*, «Revue de Droit public», 1954, pág. 679.

las que defienden la asistencia obligatoria de técnicos del Derecho, censurando la excepción que contiene la Ley española.

¿Qué nos enseña la realidad acerca de estas innovaciones?

Realmente, la asistencia de abogado se daba con generalidad en el Derecho anterior. Aun cuando no era obligatorio, el particular acudía por lo general al profesional del Derecho para que le representara y defendiera en el proceso administrativo. Por lo que, de hecho, no ha cambiado la situación.

Es cierto que, en los procedimientos sobre cuestiones de personal, existen funcionarios que actúan directamente. Observándose, indudablemente, defectos de forma en el planteamiento de la cuestión.

Ahora bien, estos defectos no son exclusivos de los procesos en que la parte no es defendida por Abogado. Se dan, también, en aquéllos en que actúa el Abogado. La razón es muy simple: la falta de especialización de los abogados. Este fue, precisamente, el argumento fundamentalmente invocado en Francia en contra del sistema de la intervención letrada obligatoria (30).

---

(30) Por nuestra parte creemos que la objeción podría aplicarse en Derecho español, *Derecho procesal administrativo*, cit., II, págs. 319-320.

Porque la mayoría de nuestros abogados carecen de la formación jurídica especializada para intervenir en un proceso administrativo, siendo contraproducente aplicar a aquél la técnica propia de la actuación en otros procesos distintos. Buena prueba de ello es que, si bien es cierto que el número extraordinario de recursos contencioso-administrativos que se fallan sin entrar a examinar la cuestión de fondo se debe al espíritu formalista de nuestra jurisdicción, también tiene buena culpa de aquel lamentable resultado la falta de preparación de nuestros Abogados.

Defiende el sistema español VIVANCOS, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, págs. 238-239, que al enfrentarse con la excepción que supone al sistema general los procesos especiales sobre personal, dice: «La razón que se da en el preámbulo para justificar la recepción de la norma general de defensa a cargo de Abogado, o sea, la suposición en el funcionario público de un conocimiento del Derecho que debe ser aplicado por los Tribunales —suposición muy optimista—, y aun dejando de lado el importante argumento de que en la dirección de un litigio no basta el conocimiento del Derecho material, único que cabe, a lo sumo, atribuir al funcionario, se quiebre por completo cuando el demandante ni siquiera tiene esa cualidad». Frente a esto podemos, simplemente, alegar que quizá mucho más optimista sea la suposición de que parte VIVANCOS: Conocimiento por parte de todos los Abogados del Derecho material y procesal que se aplica en un proceso administrativo.

Por otro lado, los Tribunales deberán superar todo criterio formalista y suplir las posibles imprecisiones técnicas en que incurra la parte al redactar sus escritos. Así, una sentencia de 9 de diciembre de 1959, dice que, «aun cuando los hechos y fundamentos de Derecho de la demanda están redactados

Por todo ello, CORDERO TORRES, con la máxima prudencia, afirma: "Nada diremos de la obligatoria asistencia, por lo común, de letrado, con o sin procurador. El tema es delicado para su enfoque sólo por quien juzga; y sólo resta confiar en que se complete rápidamente la iniciada especialización administrativa de los profesionales del foro, tan sobresaliente de siempre en otras más viejas jurisdicciones" (31).

#### IV

##### OBJETO DEL PROCESO

###### 1. *Pretensión procesal y acto administrativo.*

El objeto del proceso administrativo no es el acto que se impugna. El objeto del proceso es la pretensión. Como dice el artículo 1.º, párrafo 1, de la Ley española, "la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley".

Pero, como se precisa en esta delimitación del ámbito de la Jurisdicción, las pretensiones que pueden formularse ante sus órganos han de deducirse necesariamente "en relación con actos de la Administración pública". De este modo, el acto administrativo deviene en el sistema español un presupuesto procesal. Para que pueda demandarse a la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario —y aún esto ha sido discutido (32)— que previamente la Administración se haya pronunciado acerca de la pretensión que formula el demandante.

---

con escasa precisión técnica, sin duda porque el recurrente se defiende por sí mismo, con arreglo al párrafo 3.º del artículo 33 de la Ley jurisdiccional, ello no obstante, la lectura atenta de la demanda permite deducir los hechos y fundamentos jurídicos en que se basa el recurrente, debiendo, por tanto, desestimarse la inadmisión del recurso alegada por el representante de la Administración. En análogos términos se pronuncian las sentencias de 31 de octubre de 1959 y 25 de abril de 1961.

También elogia el sistema de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1962, pág. 134.

(31) *Los primeros diez años*, cit., pág. 16.

(32) ASÍ, NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 37, págs. 75-112.

Y como no todos los actos administrativos son susceptibles de impugnación, en el caso de deducirse la pretensión frente a quien no lo es, el recurso sería inadmisibles [artículo 82, apartado c), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa].

## 2. *Acto administrativo y silencio administrativo.*

Desde el momento que el acto administrativo constituye un presupuesto del proceso, la Administración podría impedir el acceso a la vía jurisdiccional de una pretensión del particular por el cómodo y sencillo procedimiento de no resolver las peticiones que se formulen.

Para impedir que se produzcan estas situaciones surge la doctrina del silencio administrativo, que es una presunción legal de que se ha desestimado el recurso, a fin de que el particular pueda deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente "recurso contencioso-administrativo".

De aquí la importancia de una regulación clara y sencilla de esta institución. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa —y su complementaria, la Ley de procedimiento administrativo— lo intentó. Pero, al menos por los resultados prácticos, parece que no lo consiguió plenamente. Pues son muchos los "recursos contencioso-administrativos" que no llegan al buen fin procesal de que sea examinada la cuestión de fondo que plantean por una incorrecta interpretación de las normas procesales sobre silencio administrativo.

Esto explica el interés de estas posibles quiebras procesales en su aplicación. En especial se han planteado los problemas siguientes:

### a) *Los distintos regímenes sobre silencio administrativo.*

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa estableció un régimen general del silencio administrativo en su artículo 38, con arreglo al cual se exigía la denuncia de la mora después de transcurridos tres meses desde la petición, y transcurso de otros tres meses después de formulada la mora.

Pero la propia Ley estableció el silencio administrativo automático —sin necesidad de denuncia de mora— para el recurso de reposición (artículo 54) y más tarde la Ley de procedimiento admini-

nistrativo estableció el silencio administrativo automático por el transcurso de tres meses para el recurso de alzada (artículo 125).

Al existir otros recursos —v. gr., revisión y económico-administrativo— a los que no se señalaba expresamente el régimen del silencio administrativo aplicable, se ha planteado la duda —resuelta de modo no uniforme por la jurisprudencia— de cuál debía aplicarse.

Ante esta diversidad de regímenes y dudas interpretativas, parece preferible unificar en absoluto la regulación del silencio administrativo. Pese a que la doctrina venía manteniendo la diversidad, defendiendo el silencio automático para el silencio en vía de recurso y la denuncia de la mora para el silencio en vía de petición, parece preferible prescindir de toda distinción. Un régimen único de silencio administrativo simplificaría enormemente la aplicación práctica de la institución e impediría buena parte de las “inadmisibilidades” actuales.

b) *El recurso prematuro.*

No es infrecuente que los interesados se precipiten y deduzcan la impugnación procedente antes de que hubiesen transcurrido los plazos para que pudiera producirse la denegación presunta.

En este supuesto de recurso prematuro la jurisprudencia no dudó en considerar que el recurso era inadmisibile por faltar el acto que es presupuesto del mismo, acto que aún no se ha producido. En este sentido, se ha pronunciado alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo, como las de 31 de octubre de 1956, 19 de enero de 1959, 22 de junio de 1960, 7 de diciembre de 1963 y 24 de abril de 1967. Sin embargo, en alguna ocasión entendió que se trataba de un defecto que quedaría subsanado por el simple transcurso del plazo, sin que la Administración resolviera, o por la resolución en sentido negativo. En este sentido, la sentencia de 24 de diciembre de 1929 (33).

Es evidente que el principio antiformalista conduce a esta segunda solución. Por lo que debe evitarse la interpretación contraria.

---

(33) Me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1969, págs. 119-120.

c) *La obligación de resolver expresamente.*

Como el silencio administrativo es una ficción que la Ley establece en garantía de los derechos del interesado, se consagra la necesidad de resolver expresamente. El artículo 38, párrafo 2, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, dice: "En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada", precepto análogo al del párrafo 2 del artículo 19 de la Ley de Costa Rica.

En consecuencia, cuando se dan los presupuestos para que se produzca el silencio administrativo, el interesado puede optar por entender denegada su petición y deducir el oportuno recurso o esperar a la resolución expresa, confiado en la obligación de resolver.

Ahora bien, ¿qué medios arbitra la Ley para hacer efectiva esta categórica obligación? Existe, naturalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad. Pero no parece que nadie confíe en esta retórica medida. Por ello, es necesario regular otras que, al menos, garanticen al particular frente a la inactividad de la Administración.

Pues al mismo tiempo que se admitió el silencio administrativo con carácter general, se establecieron unos plazos para deducir los oportunos recursos a partir de la denegación presunta por silencio administrativo. De aquí que si el particular, confiado en la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, deja transcurrir aquellos plazos esperando confiado en la notificación, la pasividad de la Administración —que puede en este caso ser intencionada— supondría, pura y simplemente, cerrar el paso del interesado a toda impugnación ulterior.

Para remediar esta situación únicamente caben dos soluciones:

a') Si existe obligación de resolver expresamente, es lógico que los plazos para deducir los oportunos recursos no caduquen hasta que los mismos transcurran desde la notificación de la resolución expresa.

Por tanto, si en virtud del silencio lo que se reconoce al particular es la posibilidad de recurrir anticipadamente por la presunción legal de la denegación, el plazo no debe caducar hasta que, producida la notificación, transcurra el plazo previsto por la Ley. Es decir, no debe existir plazo alguno, a contar desde la denegación



presunta por silencio administrativo. Si éste es una ficción en favor del particular, cuando opte por esperar a que la Administración cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se canse de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta.

Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la seguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución.

b') La otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 94, párrafo 3), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja, basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique resolución, a partir de este momento quedarían abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda (34).

Esta podría ser una fórmula para que quedaran garantizados los derechos de los particulares. Cualquier otra solución supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que la obliga a dictar resolución expresa.

La revisión de 1963 de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha quedado en el camino y no arbitra una garantía eficaz. Se limita a redactar el inciso 2.º del párrafo 3.º del artículo 94 en la forma siguiente: "Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente". Todos sabemos lo que sirven estas platónicas declaraciones de responsabilidad.

---

(34) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Sistema de recurso y autonomía local*, publicado en «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados», núm. 29, Madrid. 1962, pág. 1266. Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso*, «Revista de Administración Pública», núm. 47, págs. 207-227.

ES, por tanto, deseable una reforma de nuestra legislación en el sentido expuesto, a fin de hacer efectiva la obligación de resolver expresamente. Pues hoy no existe ninguna medida eficaz. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia, como la reciente sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 7 de noviembre de 1969, que hace las siguientes expresivas declaraciones: «... se alza otra doctrina por este Tribunal Supremo, superando la precedente reseñada de fechas 22 de junio y 31 de octubre de 1964, 6 y 16 de marzo y 22 de junio de 1965, 17 de marzo de 1967, 7 de noviembre de 1968, 1, 4, 13, 27 y 31 de marzo del corriente año, en que se señala: 'es innegable que para imprimir al silencio administrativo su auténtica significación puntualiza claramente en el preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se ha rectificado la orientación jurisprudencial que acaba de extractarse, y con arreglo a la tesis imperante, más atinada, no resulta ya ortodoxo la afirmación de que el acto presunto se convierte en firme después del año, sino que el interesado, frente a la facultad derivada del silencio administrativo, puede combatir facultativamente la desestimación tácita o presunta o esperar que se dicte resolución expresa, cualquiera que sea el momento en que ello ocurra'; de donde se sigue la posibilidad de la Administración de hacer lo que precisamente se le impone como deber, incluso bajo la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o imponiendo al administrado que, habiendo demostrado su disconformidad con la decisión inferior tiene derecho a la espera relacionada por no ser susceptible por lo argumentado, de crear cualquier tipo de firmeza, por constituir tan sólo una mera presunción legal, que puede utilizar en su favor el interesado, acudiendo a la vía contencioso-administrativa o esperando la desestimación expresa de alzada para impugnarla cuando se produzca; claro está que, en el último supuesto, *corre evidentemente el riesgo de no ver llegar el momento y razón de su aplazado recurso, pese a la advertencia legal—verdaderamente conminatoria a la Administración de que la denegación presunta no excluye su deber de dictar resolución expresa—, lo cual, conjurado con el principio fundamental de la ejecutividad administrativa, puede hacer que una tal solución de optar por la espera deja colocado al optante en situación de consecuencias prácticamente irreparables*".

Y ésta viene a ser la consecuencia a que llega otra sentencia de la Sala 3.ª, de 10 de mayo de 1970.

Por ello, resulta sumamente peligrosa esta consagración de la obligación de resolver expresamente, si el Ordenamiento jurídico es imponente para hacerla efectiva.

Por otro lado, se ha destacado otro hecho importante: que, normalmente, en un expediente administrativo suele haber interesados con intereses contrapuestos. El hecho de que se establezca la obligación de resolver expresamente, puede suponer para los derechos de otros interesados quedar en una situación de inestabilidad, encontrándose con que, después de varios años de deducida una petición sin dictarse resolución expresa, pudiera anularse o revocarse (35).

Frente a esto hay que oponer que esta situación de inestabilidad no se crea por el silencio administrativo, sino que existe al margen de esta institución. Una vez instaurada se sale al paso de los efectos perjudiciales de la inactividad respecto del que formuló la petición; pero no se agrava la situación de los otros interesados, que se encuentran en posición análoga a la que existía con anterioridad.

En modo alguno resulta admisible utilizar una institución, como el silencio administrativo—que nació, única y exclusivamente, para defender al administrado, que dedujo una petición o un recurso de la pasividad administrativa—, para un fin realmente distinto y contrario.

d) *El recurso contra la resolución expresa tardía.*

Si la Administración tiene el deber de resolver expresamente, aun transcurridos los plazos del silencio administrativo, consecuencia lógica es que ante el acto expreso se podrán deducir cuantas pretensiones sean procedentes, ya que a partir de la notificación del acto expreso empiezan a correr los plazos normales para interponer los recursos admisibles. De este modo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley de Procedimiento Administrativo superaron la doctrina jurisprudencial dominante, según la cual, producido el acto presunto, era imposible,

---

(35) Así, ROBERES, *El recurso de reposición previo al contencioso-administrativo y conflictos que origina*, «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», número 10, págs. 295 y slgs., y CORDERO TORRES, ob. cit., pág. 17.

respecto del acto expreso posterior, interponer recurso contencioso-administrativo, bien en aplicación de la doctrina del acto confirmatorio (el acto expreso se limita a confirmar el presunto), bien por entender que los plazos son improrrogables. Con arreglo a la nueva legislación, ya se ha sentado la doctrina correcta en sentencias de 23 de enero, 25 de febrero y 5 de marzo de 1960, al decir que el artículo 38 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa no obliga al interesado al planteamiento de la acción, sino que lo deja al arbitrio del mismo, pues no otra cosa debe deducirse del término "podrá" que se consigna en dicho artículo, por lo que siempre tiene éste la posibilidad legal de esperar a que se dicte la resolución expresa, como se reconoce al final de dicha disposición.

No obstante, esta interpretación, única admisible, ha sufrido un flagrante atentado por alguna decisión jurisprudencial al referirse al silencio administrativo en recurso de reposición. Como ejemplo de esta doctrina jurisprudencial, podemos citar la sentencia de 24 de octubre de 1962, en cuyos Considerandos 2.º y 3.º se dice: "Que aunque el recurrente formula también este recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 2 de junio de 1961, que con posterioridad al transcurso del año de la denegación tácita resolvió expresamente, denegándolo, también, el recurso de reposición, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado—entre otras en sentencias de 13 de noviembre de 1961 y 8 de marzo y 3 de octubre de 1962—la inadmisibilidad de una exégesis de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que lleve a una indefinida inseguridad e incertidumbre en las situaciones jurídicas, dejando en manos de un órgano de la Administración un tiempo sin límite para enjuiciarlas y declararlas, y por ello dicha doctrina jurisprudencial establece que cuando se trata de la impugnación de denegaciones tácitas transcurrido el año caduca el plazo para interponer la acción contenciosa y adquiere firmeza la resolución tácita no recurrida; y no cabe, con el acto administrativo posterior expreso, abrir de nuevo un plazo ya cerrado, por lo que este recurso es inadmisibile tanto contra la Orden de 23 de diciembre de 1959, que fue consentida al no entablarse contra ella el pleito contencioso-administrativo a su debido tiempo, como contra la Orden de 2 de junio de 1961, mera reproducción de la an-

terior consentida. Que, como las sentencias dictadas hacen notar, en que la denegación presunta no excluya, según el artículo 38, el deber de la Administración de resolver expresamente una petición, no impide lo antes expuesto, ya que el supuesto de dicho artículo es distinto del especial contemplado en el número 2 del artículo 58; porque el artículo 58, número 2, sin reserva ni condicionamiento alguno, y sin aludir al régimen de denuncia de la mora, establece de modo imperativo cuál será el plazo para ejercitar la acción contencioso-administrativa en la hipótesis en que el acuerdo resolutorio de la reposición no sea expreso, y transcurrido tal plazo hay que estar a la terminante declaración del artículo 121".

La pregunta que inmediatamente surge es la siguiente: ¿Qué sentido tiene entonces la obligación de la Administración de dictar resolución expresa? ¿Qué sentido tiene el silencio administrativo? ¿No dice la Ley que el interesado puede, *si lo desea*, entender desestimada su petición? ¿Por qué aquella solución si, siguiendo la Ley, opta por esperar pacientemente la resolución expresa?

Esta doctrina jurisprudencial ha quedado superada, afortunadamente, con la revisión de 1963 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al redactar el párrafo 2.º del artículo 94 en el sentido de que la facultad del interesado de deducir frente a la denegación presunta el recurso que proceda o esperar a la resolución expresa, se aplica a la vía de recurso. Y la doctrina correcta se recoge en la jurisprudencia más reciente.

Así, una sentencia de 5 de julio de 1968 se refiere a la "reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 16 de marzo y 6 de abril de 1965 y 30 de junio de 1967, según la cual la doctrina normativa de la denegación presunta no significa en forma alguna que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados que no les priva del derecho a recurrir, una vez haya tenido lugar el pronunciamiento, aun cuando se hubieran agotado anteriormente los plazos para impugnar las desestimaciones presuntas por la excesiva tardanza de la Administración".

### 3. *Actos administrativos excluidos.*

La Ley española mantiene una serie de materias excluidas de impugnación jurisdiccional que, aunque muy limitadas, pugna

con una corriente constitucional acusada. El constitucionalismo posterior a la última Guerra Mundial ha tratado de consolidar esta garantía, eliminando toda exclusión del control judicial. Así, la Constitución austriaca (art. 132), la italiana (art. 113) y la Ley fundamental de Bonn (art. 19)

La jurisprudencia española ha tratado de reducir todo lo posible las exclusiones. Pero no es esto suficiente. Se impone la eliminación de todo precepto que suponga un obstáculo al control jurisdiccional de la Administración pública.

En el Ordenamiento jurídico español, textos de rango constitucional han consagrado el derecho a una Justicia independiente en todo caso (principio IX de la Ley de principios de 17 de mayo de 1958, y art. 42, apartado II, Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967), principio que, rectamente interpretado, conduciría a la supresión de las materias excluidas, por derogación en tal sentido del artículo 40 de la Ley jurisdiccional. Y así lo ha entendido la doctrina (36). Pero la jurisprudencia no ha llegado a tanto. Aun cuando alguna sentencia se ha referido al derecho fundamental a una justicia independiente, que garantice el libre acceso a los Tribunales (sentencia de 14 de diciembre de 1968), y, por lo general, se sigue una interpretación restrictiva de los preceptos reguladores de las materias excluidas, lo cierto es que mantienen, con este criterio restrictivo, las exclusiones que establecen el artículo 40 de la Ley jurisdiccional y otras Leyes.

#### 4. *Congruencia procesal.*

El proceso administrativo, inspirado en el principio inquisitivo, permite al Tribunal tener en cuenta motivos distintos de los aducidos por las partes, con las debidas garantías de la audiencia de éstos (art. 43, párrafo 2). Pero, en todo caso, debe decidir las cuestiones planteadas. Así lo establece el párrafo 1 del artículo 43, en los siguientes términos: "La jurisdicción contencioso-administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición", precepto análogo al artículo 24, párrafo 1, de la Ley de Costa Rica. En la práctica, ha planteado algún

---

(36) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, págs. 182-185.

problema esta referencia a "las alegaciones deducidas", por lo que se ha creído oportuno modificar el precepto en el sentido de que únicamente jueguen para la congruencia de la sentencia las pretensiones, "habida cuenta de las alegaciones".

#### 5. *Acumulación.*

También la regulación de la acumulación ha sugerido algunos posibles retoques:

a) Tal como se regula en la Ley, se establece la acumulación, siempre que las pretensiones no sean incompatibles y se deduzcan en relación con un mismo acto o respecto de actos que sean reproducción, confirmación, ejecución o existir entre ellos cualquier otra conexión directa (art. 44). Frente a esta acumulación automática se ha considerado oportuno añadir al artículo un último párrafo en que se diga: "El Tribunal podrá, sin embargo, rechazarla cuando por la extensión, complejidad u otras circunstancias perjudique el normal enjuiciamiento de los autos" (37).

b) Por último, a fin de obviar las dificultades que plantea la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha propuesto la regulación de un procedimiento sumario, para decidir acerca de la petición de acumulación, sin tener que acudir a las normas de aquélla.

## V

### LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Es imprescindible hacer referencia al recurso de reposición y al previo pago.

#### 1. *El recurso de reposición.*

En el sistema español, no sólo se exige para que sea admisible la pretensión procesal administrativa la existencia de un acto administrativo frente al que aquélla dirige. Se exige algo más: que

---

(37) CORDERO TORRES, ob., cit., pág. 18.

el acto agote la vía administrativa—por emanar de órganos contra el que no sea admisible recurso ordinario en aquella vía—y que, en el supuesto de que el acto que agota la vía administrativa no sea consecuencia de recurso administrativo, se interponga el recurso de reposición previo (art. 52). Normativa análoga se contiene en los artículos 31 y 32 de la Ley de Costa Rica.

De este modo, el recurso de reposición aparece como presupuesto procesal, o, como dice la rúbrica de la Sección de la Ley en que está regulado, una “diligencia preliminar”.

Ya la doctrina, antes de promulgarse la Ley y recién promulgada, había censurado este recurso, por su escasa eficacia práctica (38). PÉREZ SERRANO, refiriéndose a la reposición procesal, dice: “Nuestros procesalistas, con el ardor de neófitos que corresponde a quien estrena técnica, han discutido briosamente si la reposición constituye propiamente un remedio o un recurso. Probablemente no es ni lo uno ni lo otro; es una manera de perder tiempo, porque dada su eficacia práctica...”. Y a análoga conclusión llega al referirse a la reposición administrativa (39).

La experiencia española ha demostrado que el recurso de reposición constituye uno de los requisitos procesales que ha determinado mayor número de inadmisiones de los “recursos contenciosos-administrativos”, impidiéndose el examen de los problemas de fondo.

Pese a la sencillez de su regulación y al espíritu antiformalista de la Ley, muchos son los procesos administrativos en los que, por haberse interpuesto defectuosamente el recurso de reposición previo y entender improcedente la subsanación, el Tribunal dictó sentencia, declarando inadmisibile el “recurso”.

Por ello, nada se perdería y mucho se ganaría con la supresión pura y simple de este presupuesto procesal.

## 2. *El previo pago.*

Este privilegio procesal de la Administración pública, que tantas veces constituye un obstáculo insuperable para que los

---

(38) GASCÓN HERNÁNDEZ, *El recurso de reposición*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, pág. 217; MARTÍN-RETORTILLO, *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1951, págs. 91-93; LÓPEZ NIETO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, pág. 329.

(39) *Humoras, dolores y greguerías jurídicas*, Madrid, 1960, págs. 216 y 218.



Tribunales lleven a cabo su misión, carece de razón de ser. No existe ni un solo argumento válido para justificar el principio.

Bien está que el acto de la Administración tributaria, como el de cualquier otro órgano administrativo, goce del privilegio de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio. Bien está que se presuma legítimo y que puedan emplearse todos los poderosos aparatos coactivos de que dispone la Administración para poder llevarlos a puro y debido efecto.

Pero una cosa es esto y otra muy distinta que ese cumplimiento del acto constituya nada menos que un requisito esencial para que los Tribunales puedan examinar la pretensión deducida contra el mismo.

Si aquello—la ejecutoriedad—responde a uno de los principios esenciales del régimen administrativo, esto no responde a nada.

De aquí las críticas, podemos decir que unánimes, de la doctrina, que se ha enfrentado seria y objetivamente con el tema.

MENDIZÁBAL ALLENDE ha resumido, con estas gráficas palabras, la crítica unánime al principio: "Desde una perspectiva trascendental no admite defensa alguna. No sólo es ajeno a las exigencias immanentes a la organización administrativa, sino que resulta contrario al principio de igualdad consagrado tradicionalmente en todas nuestras Leyes constitucionales desde 1812 hasta hoy. Efectivamente, infringe tal principio fundamental en dos de sus facetas: 1) En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes. La posición de supremacía de la Administración pública, que, como gráficamente se ha dicho, por mucho que consienta en agacharse es siempre un gigante, y sus inmediatas consecuencias (presunción de legitimidad y potestad ejecutoria) se ven reforzadas por un obstáculo defensivo de gran envergadura. 2) Significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. El previo pago significa un mayor gravamen para el ciudadano menos afortunado, como cualquier economista podría corroborar, en virtud de la llamada 'Ley de la utilidad decreciente'. No enerva esta conclusión la circunstancia de que se exima del requisito a quienes pidan y consigan la declaración de pobreza para litigar, pues resulta notorio que muchas

personas legalmente 'ricas' son realmente 'pobres', dados los estrictos límites del beneficio mencionado" (40).

En armonía con la posición crítica, y siguiendo el principio central del favorable enjuiciamiento de los actos administrativos, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 introdujo una modificación sustancial. En la nueva regulación, el *solve et repete* ya no es un requisito del "recurso contencioso-administrativo", el previo pago no se regula—a diferencia de la vieja Ley—como los requisitos del recurso. Se limita a enumerar, entre los documentos que han de acompañar al escrito de iniciación de proceso, "el documento acreditativo del pago", y esto no siempre, no con carácter general, sino—según expresión del precepto legal—"en los casos en que proceda con arreglo a las Leyes".

De este modo desaparece en el Ordenamiento español el *solve et repete* como presupuesto procesal. Lo único que perdura es la exigencia de acompañar, pero sólo cuando proceda en cada caso, según la Ley reguladora del tributo, el documento que justifique el pago, cuya omisión es susceptible de subsanación [art. 57, párrafo 2.º, e), y 3.º].

Sin embargo, este paso decisivo del texto legal no ha sabido ser aprovechado por la jurisprudencia de aquella Sala de nuestro Alto Tribunal, que ha de conocer precisamente de los asuntos tributarios.

Y la actitud de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo, ante la norma contenida en el artículo 57, párrafo 2.º, apartado e), de la Ley jurisdiccional, es muy diferente. En efecto:

a) El precepto legal se aplica a cualquier tipo de "recursos contencioso-administrativos", abstracción hecha en la materia que constituye su objeto y del órgano de que emane el acto impugnado.

b) Sin embargo, al interpretar este precepto legal único, las Salas 3.ª y 4.ª de nuestro Tribunal Supremo han llegado a resultados harto distintos. Es cierto que ambas Salas, al señalar el criterio que debe presidir la interpretación del precepto, no dudán en proclamar el criterio restrictivo, como la sentencia de la Sala 3.ª

---

(40) Significado actual del principio *solve et repete*. «Revista de Administración Pública», núm. 43, pág. 155. Por nuestra parte, *Hacienda y proceso*, en esta *Revista*, núm. 466, págs. 642-644.

de 7 de abril de 1962 (de que fue ponente JIMÉNEZ ASENJO), que proclamó que, "en todo caso, la duda debe ser resuelta a favor de los recurrentes, puesto que, en definitiva, dicha condición constituye un obstáculo al libre acceso a los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa expreso en la fórmula *solve et repete*, de la cual aquel requisito es su manifestación más expresiva y debe por ello ser interpretada restrictivamente".

Pero, a pesar de partir una y otra Sala del mismo principio de interpretación, al enfrentarse con aquel precepto el distinto criterio de las Salas repercute en la aplicación. Y así como la Sala 4.ª considera cumplido el requisito con la simple consignación o depósito de cantidad litigiosa, la Sala 3.ª sigue con el criterio formalista tradicional de entender que únicamente se cumple con el requisito cuando se efectúa el pago en firme. El hecho se destaca por un Magistrado, MENDIZÁBAL ALLENDE, al enfrentarse, en un estudio exhaustivo, con la jurisprudencia de ambas Salas (41).

Para enjuiciar debidamente aquella actitud jurisprudencial de apego al principio de su concepción tradicional, confróntese con la jurisprudencia italiana, que ha llegado a calificar el principio de *solve et repete* como anticonstitucional, en una memorable sen-

---

(41) *Significado actual*, cit. No sólo en este aspecto, sino en otros muchos, se observa un muy diferente criterio jurisprudencial entre las Salas, como revelan las estadísticas judiciales. Concretamente, en las publicadas al comenzar el presente año judicial, se dan las cifras siguientes:

Sala Tercera: De un total de 728 recursos en única instancia tramitados en el año judicial 1969-1970: Estimó totalmente, 58; estimó parcialmente, 40.

Sala Cuarta: De un total de 1.382 recursos en única instancia tramitados: Estimó totalmente, 150; estimó parcialmente, 65.

Sala Quinta: De un total de 1.471 recursos en única instancia: Estimó totalmente, 330; estimó parcialmente, 191.

Así, en estadísticas publicadas en el *Discurso de apertura de Tribunales*, Madrid, 1970. Estadísticas números 5, 6 y 7.

Podría explicarse esta diferente proporción de asuntos estimados, por la diferencia existente entre los Departamentos ministeriales de que conocen las Salas, dado el reparto de competencias por Ministerios de que se parte en el sistema español.

Pues la Sala Tercera conoce, fundamentalmente, de los «recursos contencioso-administrativos» deducidos en relación con actos de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda, que, por su solera y tradición, no incurren en tantas arbitrariedades como otros Departamentos administrativos. Además, los asuntos procedentes del Ministerio de Hacienda llegan al Tribunal Supremo después de pasar por el tamiz de los Tribunales económico-administrativos, que remedian buen número de ilegalidades.

Pero, además de esta circunstancia, hay que destacar la especial idiosincrasia de las distintas Salas.

tencia que la doctrina ha destacado como se merece. Pues no puede ser más contrario al principio de igualdad ante la Ley precepto como el de *solve et repete*; para ciertas fortunas no supondría la menor molestia el tener que pagar antes de recurrir; para otras supondrá una grave carga, y para otras, la imposibilidad de acudir a los Tribunales para defenderse de las arbitrariedades de la Administración (42).

También se ha eliminado en otros Ordenamientos, como el uruguayo, habiéndose afirmado: "Esta solución liberal es acorde con las recomendaciones de varias reuniones internacionales de juristas, en que tuvo participación el Uruguay y se ajusta a la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, que a partir del leading case número 75, de 25 de mayo de 1959, Consejo Nacional de Subsistencias c Ravizza Luis H. Multa. Inconstitucionalidad, declaró inconstitucional el privilegio fiscal del pago previo" (43).

No puede ser más elogiable esta tendencia a suprimir requisito procesal que tan abiertamente pugna con el principio de igualdad, conduciendo a inicuas denegaciones de justicia (44).

## VI

### PROCEDIMIENTO

#### A) *Procedimiento del proceso ordinario.*

El procedimiento del proceso ordinario, que es el que regula el capítulo 1.º del título IV, bajo la rúbrica de "Procedimiento de primera o única instancia", es un procedimiento sencillo, en el que

(42) Cfr. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, págs. 60-92; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, págs. 101-102.

(43) Así, A. RAMÓN REAL, *Estudios sobre Derecho administrativo*, Montevideo, 1968, III, pág. 67.

En análogo sentido, FEX ZAMUDIO, en *Introducción al estudio del proceso tributario en el Derecho mexicano*, en *Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1969, págs. 1.100-1.101.

(44) En análogo sentido, CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., página 19, al decir: «No ocultaremos nuestra oposición al vetusto *solve et repete*; pero el problema sale de lo jurisdiccional y entra en lo hacendístico, campo pletórico de tabús para el jurista, aunque quizá puedan encontrarse fórmulas de caución, escalonamiento u otro medio atenuador del abono».

se da la más perfecta armonía entre rapidez y garantía. No obstante, la práctica ha puesto de relieve ciertos defectos o prácticas viciosas, de los que no debe prescindirse a la hora de tener el texto español como modelo. Así se ha destacado respecto de los trámites siguientes:

1. *Emplazamiento de los demandados.*

En la Ley española se considera parte demandada—y no simple coadyuvante—, al lado de la Administración autora del acto, a toda persona a cuyo favor derivasen derechos del propio acto [art. 29, párrafo 1, apartado b)]. Pero respecto de estos demandados no se exige el emplazamiento personal. Este se exige en el proceso de lesividad incoado por la Administración para anular un acto de la misma (art. 65); pero no en los demás casos, en los que la notificación en el *Boletín Oficial del Estado*, de haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo, servirá de emplazamiento (artículo 64). Este régimen de emplazamiento es también el adoptado en la Ley de Costa Rica (arts. 43 y 44).

Esta ausencia de notificación personal del emplazamiento a las personas a cuyo favor reconoció derechos el acto objeto de impugnación, ha dado lugar a casos de manifiesta indefensión. Pues el administrado simple y sencillo, que ha recibido la notificación personal del acto administrativo reconociéndole un derecho, que ejercita—ya que el posible “contencioso-administrativo” no suspende la ejecución del acto—, no se preocupa lo más mínimo del *Boletín Oficial del Estado* ni de los anuncios que pueda publicar. Por lo que puede no enterarse de la impugnación procesal del acto que le reconoció el derecho, encontrándose un buen día con una sentencia que, al estimar el “recurso contencioso-administrativo” y anular el acto impugnado, le priva de los derechos derivados del acto, sin que pueda hacer nada frente a ello.

Precisamente por esta razón, se ha reaccionado frente a la ficción de que surte efectos el emplazamiento por el *Boletín Oficial*—que se califica de “convencionalismo dafino”—(45) y se defiende la notificación personal del emplazamiento, cuando conste el domicilio de los demandados, como único procedimiento para

---

(45) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., pág. 19.

que nadie pueda resultar privado o afectado en sus derechos sin ser oído en el proceso (46).

Hay que reconocer, sin embargo, que cuando a lo largo de la vía administrativa ha existido la comparecencia de administrados con intereses contrapuestos, es difícil que aquel que obtuvo resolución favorable al agotarse aquella vía, no se entere de la posible incoación de un proceso sobre el mismo objeto, no ya por el Boletín, sino por los propios funcionarios administrativos o incluso por la parte demandante. Y la exigencia de notificación personal—que, naturalmente, obligaría al demandante a la indicación de los demandados y su domicilio en su escrito de interposición—daría lugar a numerosas nulidades de actuaciones procesales.

Por todo ello, conviene meditar mucho acerca de la conveniencia de introducir aquella modificación, para obviar los supuestos, realmente anómalos, en que la persona que ostenta un derecho derivado de un acto administrativo, no se entere del proceso incoado para impugnarlo hasta que se dictó sentencia.

## 2. *Prueba.*

La prueba ha constituido siempre uno de los caballos de batalla de la regulación del proceso administrativo. La mayor o menor amplitud en su admisión depende de la concepción de que se parta.

Para los que consideran el “contencioso-administrativo” un “recurso” contra la decisión de un procedimiento del que ha de

---

(46) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *El principio de interpretación más favorable*, cit., págs. 289-290. Dice: «Podría recordarse toda la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de audiencia de la parte en el expediente administrativo (hoy, además, por la nueva redacción dada al artículo 117. 3, de la Ley de procedimiento por la Ley de 2 de diciembre de 1963, es una exigencia legal esta audiencia en el caso de recursos administrativos), que es insólito no reconocerle en un proceso judicial, de donde va a salir un fallo con fuerza de cosa juzgada. El obstáculo formal para aplicar al proceso administrativo esta regla pacífica (por cierto, jurisprudencial íntegramente) del proceso civil está en el artículo 64 de la Ley jurisdiccional, que da valor de emplazamiento de interesados al mero anuncio en el *Boletín Oficial*. No escasean, como es bien sabido, las sentencias civiles en que la falta de emplazamiento individual del demandado es tomado como maquinación fraudulenta procesal legitimadora de una revisión de la sentencia por la causa cuarta del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. ¿Cabría suplir esta omisión de la Ley jurisdiccional por la vía del recurso de revisión, artículo 102, párrafo 1, apartado f), en función de la subsidiariedad del Derecho procesal común?»

partirse, la prueba únicamente debe admitirse con los rigidos criterios con que, dentro de la vía procesal, se admite en un recurso de apelación.

Por el contrario, para los que consideran—entre los que me encuentro—que el “contencioso” es un verdadero proceso, la prueba debe admitirse siempre que el debate recaiga sobre los hechos. Y éste fue el criterio que prevaleció en la Ley de 1956.

El enjuiciamiento de esta normativa sobre la prueba dependerá en definitiva de la concepción que se mantenga.

En efecto:

a) El criterio restrictivo cuenta con importantes defensores en la Historia de nuestro proceso administrativo. Fue uno de los temas especialmente defendidos por los Fiscales, que, como es sabido, asumieron tradicionalmente la defensa de la Administración pública, como si el interés público consistiera en defender a ultranza los actos de ésta, por ilegales que fueran (47).

Ultimamente, viniendo a reproducir viejos argumentos sobre la cuestión, CORDERO TORRES se ha referido así a la regulación de la prueba en la Ley de 1956: “Lo que sí merece graves reparos y necesita honda reforma es la desgraciada—y por ello *restrictivamente aplicada*—regulación de la prueba. Aquí no hay que presentar una reconstitución completa de hechos antejudiciales, como en lo civil. Hay que partir de una base insoslayable, la del expediente origen del acto impugnado, completándolo cuando de veras sea preciso,

---

(47) En esta línea de considerar que la prueba pugnaba con los principios del proceso administrativo, SENÉN CANIDO, fiscal del Tribunal Supremo, siguiendo la línea de pensamiento de los demás fiscales en la Memoria elevada al Gobierno en el acto de apertura de los Tribunales de 1914, con un estilo muy en boga en la época, afirmaba: «Será, pues, necesario repetir por vulgar que sea el concepto que lo que singularmente caracteriza la función contencioso-administrativa es la de ser meramente revisora de las resoluciones de la Administración comprendidas dentro del artículo 1.º de su Ley, carácter gráficamente expresado por un hombre eminente en la política y en la Administración, maestro en la materia de que ahora trato, que definía aquella función diciendo que consistía en examinar sentado lo que la Administración había resuelto de pie. Olvidando esta condición esencial de lo contencioso-administrativo, los Tribunales provinciales y los representantes de la Administración ante los mismos no sólo no niegan jamás el recibimiento a prueba, sino que otorgan con larga mano cuanto se les propone. Dos daños se causan con esto: alterar sustancialmente la función revisora y alargar innecesariamente el procedimiento». Cit. por ESPINOSA Y GÓMEZ DEL VALLE, en *Diccionario de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Madrid, 1915, pág. 107. En sentido análogo, GALO PONTE, en *Memoria* de 1924.

en vez de pedir por sistema—y a veces por otros motivos—la recepción a prueba. Que los Tribunales jurisdiccionales no están preparados para todas las prácticas de las probanzas lo demuestra el frecuente uso de la delegación en las autoridades de la jurisdicción civil. En realidad, en esta jurisdicción sólo se conciben tres clases de pruebas: documentales, principalmente públicas y suprimiendo dilatorias adveraciones; periciales y de reconocimiento. Se concibe mal la testifical y peor la confesión (ya el artículo 595 de la Ley de enjuiciamiento civil sustituye las posiciones por los informes si se trata de autoridades). Huelga toda publicidad de la prueba—como las de las diligencias de trámite—que exceda de las partes. Es, en cambio, muy útil la prueba para mejor proveer. En realidad, los artículos 74 y 75 de la Ley tendrían que ser cambiados por completo: a) precisando los supuestos de prueba, como complemento del expediente y de la documentación acompañada por las partes; b) permitiendo al Tribunal fijar ampliamente los medios y normas de la prueba, con tal que no produjeran indefensión a una parte y, en caso de silencio de aquél sobre tales normas, acudiendo supletoriamente a las reglas de la Ley de enjuiciamiento civil o Código que la sustituya; y c) permitiendo la delegación de actuaciones, a ser posible en órganos propios jurisdiccionales, y si no en los civiles o sociales; y, por supuesto, que la iniciativa para mejor proveer, expresión ésta clásica indebidamente borrada de la Ley” (48).

b) Para los que creemos que el proceso administrativo es un proceso, nuestra posición frente a la regulación de la prueba es muy distinta. Consideramos que los términos del precepto legal no pueden ser más correctos, al decir: “Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito” (artículo 74, párrafo 3).

Es decir, en cuanto “existe disconformidad en los hechos”, tiene sentido la prueba. Lo que no ocurrirá realmente, pues dada la naturaleza del proceso administrativo que presupone una vía ante la Administración, en la que normalmente ha existido una instrucción con aportación de elementos de prueba, se llega a él existiendo conformidad acerca de los hechos y discutiéndose únicamente pro-

---

(48) *Los primeros diez años*, cit., págs. 20-21



blemas de Derecho. Pero si se llega al proceso planteándose como cuestión a debatir la veracidad o extensión acerca de los hechos, los principios informantes de la institución procesal imponen la apertura de un período de prueba.

Esto supuesto, si ha de criticarse nuestra práctica procesal administrativa. Pero no en el sentido en que lo hace CORDERO TORRES, sino justamente en sentido contrario. Porque pese a los términos del precepto legal, resulta poco menos que imposible lograr el recibimiento del proceso a prueba, ante el rígido criterio con que nuestros Tribunales interpretan cuándo los hechos son “de indudable trascendencia para la resolución del pleito”. Por tanto, de introducirse algún retoque en la redacción del precepto, sería para matizar las potestades del Tribunal en orden a enjuiciar la “trascendencia... para la resolución del pleito” de los hechos.

En lo que si estamos de acuerdo con CORDERO TORRES es en el reconocimiento expreso de la facultad de delegar en los jueces de la Jurisdicción ordinaria para la práctica de las pruebas.

### 3. *Fase de conclusiones.*

La Ley española prevé una fase de conclusiones que puede tener lugar oralmente—vista, regulada en los artículos 76 y 77—o por escrito—escrito de conclusiones, artículo 78—.

En la práctica, la preferencia por una u otra forma de evacuar el trámite, depende de los criterios de las Salas y especialmente de sus Presidentes. Pero, por lo general, se observa una tendencia francamente favorable a los escritos de conclusiones (existen Salas en que pasan los meses sin que se celebre ninguna vista). Es una manifestación más del fenómeno de la crisis de la oralidad en el proceso.

Ahora bien, tanto la vista como el escrito, son trámites de una fase de conclusiones. De aquí el carácter sucinto y de resumen que deben tener. Sin embargo, estas reglas elementales se olvidan totalmente en la práctica. De aquí que, en este aspecto, suscribamos las palabras de CORDERO TORRES, cuando dice: “En cuanto a la terminación, por vista o conclusiones—que la Ley califica de “sucintas” lo que en el *praxis* suele olvidarse—el Tribunal debería siempre tener libertad de opción, oídas las partes, atendidas la naturaleza del asunto y las conveniencias del servicio. La experiencia muestra

el declinante valor de las vistas—el siglo xx parece ser menos fértil que el xix en oradores forenses—y la ventaja del estudio directo a través de transcripciones que fueran realmente “suficientes” (notas) de los antecedentes; extremo éste relacionado con la pobreza en elementos y medios de las Secretarías, reflejo directo de la sobriedad o restricción que suele acompañar al desenvolvimiento de los Tribunales por comparación con los a veces mimados organismos de la Administración, y que es por completo independiente de otros progresos, como la satisfactoria inauguración de modernos edificios para templos de la justicia. Por supuesto, la Ley debiera insertar una sustanciosa síntesis de las reglas de las vistas y conclusiones, éstas reducidas a reiterar la demanda y contestación en el caso de no haberse practicado prueba y de no concurrir novedad jurídica” (49).

#### B) *Procesos especiales.*

##### 1. *Recurso de revisión.*

En la regulación de los recursos jurisdiccionales y, concretamente, en el recurso de revisión, merece destacarse la doctrina jurisprudencial dictada sobre uno de los motivos de revisión que introdujo la Ley de 1956: el que establece el artículo 102, párrafo 1, apartado b).

Según este precepto, es admisible el recurso de revisión si “las Salas de lo contencioso-administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes, u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos”. Contempla, por tanto, dos supuestos: uno, la violación de la cosa juzgada—sentencias contrarias respecto de los mismos litigantes—; otro, el de evitar sentencias contradictorias, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la unidad de jurisprudencia—al admitirse la revisión aún cuando las sentencias contradictorias se refieran a distintos litigantes—. El primero de estos supuestos venía siendo admitido en los textos anteriores reguladores de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El segundo

---

(49) *Los primeros diez años*, cit., págs. 21-22.

es una innovación de la Ley de 1956. En él late—se ha dicho—(50) el grave y general problema de que los Tribunales pretenden dictar una resolución que hubiera de diferir de otras ya dictadas anteriormente sobre puntos esenciales.

Pues bien, la jurisprudencia ha demostrado que cuando los Tribunales no quieren, de poco sirven, las leyes. Para ello ha bastado con establecer que la identidad de “objeto”, que exige en todo caso el precepto legal, requiere que se trate del mismo acto, con lo que prácticamente el artículo ha quedado sin aplicación (51).

En general, respecto de todos los motivos de revisión, el criterio jurisprudencial no puede ser más restrictivo. Por eso, cuando el 19 de mayo de 1967 se dictó una sentencia estimando un recurso de revisión, la doctrina reseñó el insólito acontecimiento con un artículo titulado *El recurso de revisión todavía existe* (52).

Es indudable que, dado el carácter extraordinario del recurso de revisión, la interpretación restrictiva se impone. Pero una cosa es la interpretación restrictiva y otra muy distinta ésta realidad jurisprudencial empeñada en desconocer la revisión como vía de impugnación, por extraordinaria y excepcional que sea.

## 2. Procedimiento sumario.

Aún cuando el procedimiento del proceso ordinario es sencillo, la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa regula un proceso especial—el de personal— en el que la simplicidad se apura al máximo, suprimiendo la fase de conclusiones. En este procedimiento, “contestada la demanda, o, en su caso, concluido el período de prueba, el Tribunal, sin más trámites dictará sentencia en el plazo de diez días” (artículo 117).

En atención a la desviación práctica de la fase de conclusiones—escritos de conclusiones que nada tienen de sucintas y vistas de extensión desmedida—, se ha propuesto por vía de ensayo trans-

---

(50) PRIETO CASTRO, *La actualización y la coordinación de las Leyes de Justicia como factores para el desarrollo*, 1963, págs. 128-129.

(51) Sobre el problema, NIETO, *El recurso de revisión previsto en el apartado b) del núm. 1 del artículo 102 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», núm. 41, págs. 29 y sigs., y en mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2ª edición, Madrid, 1967, III, págs. 424-42.

(52) En «Revista de Administración Pública», núm. 54, págs. 295-299.

formar este procedimiento en "procedimiento sumario, aplicable no solo a los asuntos de personal, sino a los demás en que lo pidieran las partes y lo acordara el Tribunal o en que así se declarara por Ley para determinada materia" (53).

Quizá el ensayo valiera la pena, siempre a instancia de parte, cuando ésta —dada la índole del asunto—estimase innecesaria la fase de conclusiones, llegando antes a la decisión del proceso.

## VII

### EFFECTOS DEL PROCESO

En el capítulo de los efectos del proceso es, quizá, donde más graves han sido siempre las quiebras del sistema legal. La ejecución de sentencias y las costas constituyen dos puntos negros de la práctica contencioso-administrativa de todos los países, mejor dicho, el de las costas no es exclusivo del proceso administrativo, sino del proceso general.

#### 1. *La ejecución de sentencias.*

La ejecución de las sentencias pone de manifiesto la fragilidad de la Justicia administrativa. Pues cuando llega el momento de realizar el mandato de la sentencia condenatoria de la Administración se comprueba que esto sólo se consigue cuando quiere el político de turno.

La experiencia española no es en ésto muy distinta de la que nos ofrecen otros sistemas, incluso de aquellos que se citan como modelos.

Pues la Ley ofrece un cuadro de garantías cuya eficacia parece incuestionable. Pero la realidad nos demuestra lo contrario.

En efecto:

a) Existe, por lo pronto, un precepto legal que es, quizá, lo único censurable del sistema español de ejecución de sentencias: que la misma se encomienda "al propio órgano que hubiese dic-

---

(53) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit, pág 24.

tado el acto o la disposición objeto del recurso" (artículo 103 de la Ley). Pero respecto de este censurado principio hay que señalar:

a') Que ha quedado superado por la Ley orgánica del Estado, en cuyo artículo 31 se atribuye a los Tribunales contencioso-administrativos expresamente la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (54).

b') Que, pese a aquella competencia administrativa ejecutiva, los Tribunales siempre la han tenido para adoptar cuantas medidas y providencias fuesen adecuadas para promover y practicar la ejecución y para adoptar las medidas procedentes para el cumplimiento de lo mandado (artículo 110, párrafos 1 y 2).

c') Que, en definitiva, las dificultades no derivan tanto de a quien corresponde la competencia "para hacer ejecutar lo juzgado", como de los medios coactivos para lograrlo.

b) Que entre los medios coactivos que arbitra la Ley española existe uno que, en nuestra opinión, es definitivo, por lo que hemos clasificado a nuestro Ordenamiento sobre ejecución de sentencias entre los más perfectos: la responsabilidad penal.

Porque, en efecto, cuando una sentencia no llega a ejecutarse, cuando lo dispuesto en el fallo no se cumple, el responsable es siempre una persona física concreta y perfectamente determinable: el titular del órgano administrativo al que corresponda la ejecución. Por lo que cuando tales medidas falten, siempre quedará una cuya eficacia es incuestionable: el procesamiento de la persona a la que pueda imputarse la inejecución.

La Ley española de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 110, párrafo tercero, no puede ser más expresiva. Cuando transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia sin que se hubiese ejecutado, "*se deducirá el tanto de culpa que correspondiese por delito de desobediencia, para su remisión al Tribunal competente*". Obsérvese bien, que el precepto emplea la fórmula imperativa: *se deducirá*.

Mas es lo cierto que, a pesar de tan drástico precepto, aun cuando transcurran seis meses y hasta seis años desde que la Adminis-

---

(54) MONTORO. *Nuevas perspectivas en la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 166 (1970), págs. 203-252.

tración recibe el testimonio de una sentencia sin que se ejecute, aun cuando esté perfectamente determinada la persona física a la que puede imputarse el incumplimiento, aun cuando lo pida y lo reitere la parte, no se deduce ningún tanto de culpa.

Me estoy refiriendo, claro está, al supuesto de que fuese condenada la Administración del Estado. Pues cuando lo es la Administración local, la actuación jurisdiccional es muy distinta.

Por tanto, no estamos ante un defecto legal. Sino ante la falta de decisión de los titulares de los órganos jurisdiccionales para actuar frente a las personas que ocupan los más altos grados de la jerarquía administrativa.

Se ha dicho que "quizá fuera más eficaz el sistema de multas automáticas por el retardo ejecutivo que el de las muy teóricas sanciones actualmente previstas" (55). No compartimos esta opinión. Pues ¿cómo se harían efectivas esas multas por muy automáticas que fueran?

No existe sistema mejor que el del artículo 110, párrafo 3, de la Ley española. Bastará que el Ministro competente reciba un oficio del Tribunal indicando que se pasará el tanto de culpa al Tribunal competente, si en el plazo de quince días no se repone al funcionario destituido, o se reintegra al propietario en la posesión de la finca ilegalmente expropiada, o se adoptan, en fin, las medidas pertinentes para que se cumpla lo ordenado.

## 2. *Las costas.*

La Ley española adopta el principio de la temeridad para imponer las costas. El artículo 131, párrafo 1, dice que "las Salas de lo contencioso-administrativo, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante las mismas se promovieren, impondrán las costas a la parte que sostuviere su acción, o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad".

Pese a las críticas del sistema y a la defensa por la doctrina del principio objetivo del vencimiento, hay que considerar que en el proceso administrativo quizá sea el menos malo.

---

(55) Así, CORDEIRO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., pág. 24.

“En cuanto a las costas—se ha dicho—, los Tribunales suelen no imponerlas por temor a estragos incalculables o por lástima a causar víctimas inocentes; y la materia, así como las declaraciones de pobreza, debieran ser objeto de una nueva regulación por la que desde hace medio siglo vienen clamando los procesalistas. Quizá la extensión de los servicios de asistencia jurídica pudieran mejorar el problema, sin confiar demasiado, aunque alguna vez se determine bien quién es un ‘pobre legal’” (56).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho Administrativo  
Registrador de la Propiedad.

---

(56) CORDERO TORRES, *Los primeros diez años*, cit., pág. 25.





# La adopción y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. GENERALIDADES Y CARACTERES DE LA NUEVA REGULACIÓN.—II. REGULACIÓN LEGAL: A) *Elementos personales*: a) Personas que puede adoptar. b) Personas que pueden ser adoptadas. B) *Elementos formales*: a) Expediente y aprobación judicial. b) Escritura de adopción. c) Inscripción en el Registro Civil correspondiente. C) *Efectos*: a) Personales b) Patrimoniales y sucesorios. D) *Extinción*.—III. REPERCUSIONES REGISTRALES DE LA NUEVA REGULACIÓN: A) *El problema del pacto sucesorio*. B) *La sucesión testada y la intestada del adoptante frente al Registro*. C) *Sucesión testada e intestada del adoptado*. D) *Reservas y reversión*. E) *Inatacabilidad de ciertos actos patrimoniales*. F) *Enajenaciones y otros actos jurídicos*.—IV. LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES.

## I

### GENERALIDADES Y CARACTERES DE LA NUEVA REGULACION

Nuestro Código civil reguló insuficientemente la adopción en sus artículos 175 a 180, siendo criticado por su falta de orientación práctica y de matiz moderno. Esta normativa vino complementada por la Ley de 17 de Octubre de 1941 para la adopción de los expósitos y acogidos en Establecimientos de Beneficencia. Aparte de esta regulación subsistían—como instituciones análogas a la adopción—el prohijamiento y el acogimiento familiar.

La Ley de 24 de Abril de 1958 reguló la adopción dando nueva redacción a los artículos 172 a 180 del Código civil y derogando la Ley de 1941, intentando con ello superar todos los defectos que a la anterior redacción se le atribuían y que la doctrina había ido poniendo de relieve en una abundante bibliografía sobre el tema.

La rapidez vertiginosa de la vida moderna se ha encargado de dejar anticuada esta última regulación exigiendo otro retoque de nuestro primer cuerpo legal. Campañas de prensa, gestiones, reuniones y trabajos procedentes de diversos ángulos de la vida nacional llevaron el tema de la adopción a unas Jornadas Nacionales y, por fin, cristalizaron en un Proyecto de Ley remitido a la Presidencia de las Cortes por acuerdo del Consejo de Ministros y que fue publicado en el Boletín de las Cortes de 6 de Febrero de 1970 conteniendo la modificación del Capítulo V, del Título VII del Libro I del Código Civil. El Ministro de Justicia aclaró al presentar el Proyecto que dos finalidades fundamentales se advertían en el mismo: una, la de facilitar la constitución de las adopciones, destruyendo algunos obstáculos existentes dentro del régimen actual y que demoran excesivamente, la creación del vínculo adoptivo; otra, la de potenciar los efectos de la adopción constituida, robusteciendo aquel vínculo e integrando del modo más perfecto al adoptado en la familia del adoptante.

Este Proyecto de Ley fue sometido al estudio de una Ponencia expresamente designada y compuesta por los Procuradores CABANILLAS (Pío), FANJUL SEDEÑO (Juan Manuel), GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO (Luis), PÉREZ SERRANO (José Luis) y PIÑAR LÓPEZ (Blas), que vistas las enmiendas presentadas y las discusiones planteadas, emitió el informe correspondiente para que la Comisión de Justicia a su vista elevara al Presidente de las Cortes el Dictamen del texto definitivo, que en pública sesión fue defendido por el procurador CABANILLAS (Pío) como Ponente y aprobado con solamente dos votos en contra de los procuradores PIÑAR y MERINO. Publica el dictamen de lo que ha sido Ley el Boletín de las Cortes del día 22 de Junio de 1970. El *B. O. del Estado* de 7 de Julio de 1970, publica la Ley Modificativa de 4 de julio de 1970.

El hecho de que el Director del Centro de Estudios Hipotecarios me encomendase unas sugerencias críticas sobre el primitivo proyecto de Ley, relacionadas con la institución registral, me ha animado a llevar a cabo una comparación entre lo que entonces escribí y la nueva letra de la Ley que se ha transformado en los artículos 172 a 180 del Código civil. Me propongo hacer una referencia a las orientaciones generales de la reforma y precisar los caracteres de la misma, para luego exponer la nueva regulación y relacio-

nar la última parte del trabajo con la institución registral y la adopción donde ambas pueden tener puntos de contacto interesantes.

a) *Orientaciones.*

Antes hemos transcrito las palabras que el Ministro de Justicia pronunció cuando presentó a las Cortes el Proyecto de Ley y que sustancialmente vienen a coincidir con el espíritu que la reforma persigue y que se plasma en la Exposición de Motivos de dicho proyecto: Como tónica dominante—se dice—, el proyecto persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados.

Para centrar la principal orientación que las nuevas reglas imprimen a la adopción es preciso contemplar el fenómeno en su inevitable variación. LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA, así como JÖRS y KUNKEL, nos lo explican brevemente. Hago la cita de estos autores a través de otro que los recoge: PUIG BRUTAU (J.), en un volumen de su obra (1). El significado de la adopción—dice dicho autor—ha variado profundamente en sus diversas fases. LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA dicen que su evolución responde, en general, al desplazamiento de su finalidad. Si comparamos su punto de partida y su momento actual, observamos la existencia de dos finalidades completamente diferentes: fortalecer y asegurar la *continuación de la familia* del adoptante y *conceder protección a los menores* desvalidos. Romanistas como Jörs y KUNKEL advierten que la adopción es una figura jurídica, cuya significación en la vida de los pueblos primitivos era totalmente distinta de la que hoy tiene en el mundo moderno. En general, los motivos que en la actualidad pueden inducir a la adopción son de índole estrictamente personal; pero en las etapas más atrasadas de civilización predominaba en ella el interés objetivo de la familia, el interés en la continuación de la

---

(1) PUIG BRUTAU (J.), *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, volumen II Filiación Patria Potestad. Adopción. Alimentos y Tutela. Bosch, Barcelona. 1970, pág. 275.

estirpe, absolutamente necesaria para la supervivencia del culto de los antepasados.

CABANILLAS GAYAS, en su defensa del dictamen ante las Cortes (2), ponía de relieve esta misma idea diciendo que, dado que la adopción es una creación jurídica, no debe olvidarse nunca que la finalidad de la institución ha variado con las circunstancias históricas, a través de una evolución que es necesario tener siempre en cuenta para la comprensión de las cuestiones derivadas de dicho fenómeno. Se refiere al Derecho romano con su postura objetiva, al Derecho intermedio y a la Edad Moderna con su escasa regulación y gran complejidad. Hoy podemos decir, remata dicho autor, que la orientación de esta materia es precisamente la contraria, y se habla de una "teología benéfica de la institución", e incluso algún autor ha podido afirmar que se trata de una institución civil en euforia. Este momento, que coincide con las posguerras, es el que justifica el nuevo planteamiento del tema y exige pensar en cuál es la orientación que a su tratamiento debe darse. Las reglas actuales son las de facilitar al máximo la adopción y proporcionar un *status* familiar sólido al hijo adoptado. Si los viejos Códigos hacían descansar el concepto de familia en la única fuente del matrimonio, quizá haya que pensar en el mañana en superar esta exclusividad y admitir la coexistencia y compatibilidad de otras fuentes normativas que permitan la regulación de vínculos afectivos.

A esta posición impulsan, en el momento presente, razones políticas: la eliminación de todo principio discriminador entre los componentes de la comunidad y la igualdad de los ciudadanos ante la Ley; sociales: el vasto movimiento en pro de la infancia abandonada y la necesidad de protección para ella (hablándose en algunas obras recientes de la adopción como servicio social), y, finalmente, razones históricas: como son la reducción del concepto de familia, que, afectada por "el principio de la contracción" en la sociedad industrial, queda reducida al núcleo familiar elemental (padres e hijos) y fuerza, por tanto, a revalorizar otros vínculos.

---

(2) CABANILLAS GAYAS (P.), Discurso en defensa del Dictamen sobre modificación del Código civil en materia de adopción, pronunciado el día 30 de junio de 1970 en el Pleno de las Cortes. La referencia de que me valgo es puramente periodística (A B C, miércoles 1 de junio de 1970).

BLAS PIÑAR (3), en su magnífico trabajo sobre el tema, ya invocaba a PUIG PEÑA, quien al contemplar el panorama legislativo mundial pudo decir con gran acierto que estábamos asistiendo indudablemente a la "tercera vida" de la institución. Esta frase no puede ser más oportuna en los momentos actuales, en los que la nueva regulación trata de facilitar y dar vigor a una institución que, en el fondo, como diría IHERING, no pasa de ser una "*ficción jurídica*" (4).

Pero se trata, no debemos olvidarlo, de una institución que, al decir de PUIG BRUTAU (5), es de verdadera trascendencia social, pues proporciona familia y hogar al menor que carece de estos elementos fundamentales para su normal existencia y para su formación personal. El Preámbulo de la nueva Ley sobre Adopción de 4 de julio de 1970 (B. O. del 7 de julio de 1970) resume las ideas sobre la materia, destacando este sentido social, diciendo: "Dado el sentido progresivo, beneficioso y concorde con las aspiraciones *sociales* que entraña el régimen de la adopción, ha parecido conveniente no referirle de modo exclusivo al futuro; y así por medio de la oportuna disposición transitoria, se permite acomodar las adopciones anteriores al nuevo régimen legal, siempre que concurren los requisitos sustanciales y de forma exigidos".

De las palabras pronunciadas por el defensor de la Ponencia y del preámbulo de la nueva Ley podemos exprimir las orientaciones principales que presiden la nueva reglamentación:

1. La principal orientación de la nueva normativa es la de facilitar y desarrollar la institución. Con palabras del propio legislador transcribimos este destacado párrafo: "Como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción este propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889,

---

(3) PIÑAR LÓPEZ (B.), *La adopción y sus problemas jurídicos*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de enero de 1950. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo VIII, páginas 143 y sigs.

(4) VON IHERING (R.), *Abreviatura del espíritu del Derecho romano*, «Revista de Occidente», Buenos Aires, 1947, pág. 418. Habla este autor de «una mentrta técnica consagrada por la necesidad».

(5) Op. cit., pág. 278.

ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados".

MADRUGA MÉNDEZ (6), entre otros autores, ya ponía de relieve en el año 1963 que el sistema español en materia de adopción era incompleto; sus normas, decía, no son bastantes para dar satisfacción a una legítima necesidad social. Ha de tenerse presente, a la vez, que la imposibilidad actual de identificar con la propia familia legítima al hijo extraño que se cita en su seno, determina a muchos matrimonios a no tomarlo a su cargo. Y lo que se necesitan son medios que estimulen a recoger a niños desamparados, no sólo por las innumerables razones que hacen insustituible el hogar, sino hasta por el interés elemental de defender a la Sociedad contra el aumento de la delincuencia.

Las normas que responden a esta orientación o finalidad se traducen en las condiciones exigidas para adoptar y ser adoptados, tanto en su forma plena como en la simple. Esto es, los elementos llamados personales sufren un retoque importante. Ello va unido a esas disposiciones que precisan los efectos de la figura.

2. También debemos calificar de decisiva la orientación de la reforma en materia de efectos directos de la adopción al llegar a la casi total equiparación del hijo adoptado con el legítimo. Materia ésta que puede calificarse de "avance" legislativo de la Ponencia sobre el proyecto formulado por la Comisión de Justicia. Ya compararemos en su momento los dos textos al examinar los reflejos de esta equiparación en los distintos campos del Derecho.

MADRUGA MÉNDEZ, ya citado anteriormente, y otros autores, entre los que destacamos a CASTRO LUCINI (7), ya habían hecho notar esta necesidad. El último de ellos nos

---

(6) MADRUGA MÉNDEZ (J.), *La adopción*, «Anuario de Derecho Civil», 1963, fascículo III, págs. 747 y sigs.

(7) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I. El adoptante*, «Anuario de Derecho Civil», 1966, págs. 337 y sigs.

decía, al comentar la prohibición de adoptar a quienes tuvieran hijos legítimos, que la conclusión lógica es que el adoptado deberá gozar de los mismos derechos hereditarios que corresponderían a los hijos legítimos, sin perjuicio de respetar la porción legítima de aquellos que naciesen con posterioridad o caso de supervivencia del hijo legítimo fallecido; si, por el contrario, no se concede tal equiparación, no existe razón suficiente para mantener dicha prohibición.

Dos son principalmente las proyecciones de esta igualdad. La primera es la que recoge el artículo 176 en su primer párrafo al decir "al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo" y el artículo 179 al señalar que "el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos". Este último principio sólo es de aplicación a la adopción plena.

3. La tercera orientación podría sintetizarse diciendo que la nueva Ley procura reforzar el *status* de hijo adoptivo iniciando una *desvinculación* entre el adoptado y la familia de origen y da nuevas bases objetivas a la situación de *abandonado*, facilitando con ello al máximo la posibilidad de adoptar.

La *ficción jurídica* que supone la adopción ha tenido siempre el inevitable juego de dos intereses familiares: el de la familia que surge por la adopción y la familia por naturaleza. La coordinación de ambos intereses es de difícil solución, pues sólo puede lograrse restringiendo unos y aumentando otros, cosa que la nueva reglamentación ha realizado fortaleciendo la situación de adoptante y adoptado y reduciendo a inevitables efectos los intereses de la familia de origen. Con ello ha tratado de evitarse aquel panorama que dibujaba MADRUGA MÉNDEZ (8), al decir: "Es fácil apreciar la importancia y frecuencia de un grave problema actualmente sin solución satisfactoria, que se plantea en las familias que han criado y educado como hijo a un menor desamparado, que ocupa en su seno el mismo lugar que tendría el legítimo, tanto en los cuidados como en el afecto,

---

(8) 'Op' cit, pág. 780.

y a quien, sin embargo, no puede otorgársele sino la calidad de hijo adoptivo. La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se producirá duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos si se le descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad".

Las medidas tomadas por la nueva normativa se traducen en la atribución de derechos y obligaciones iguales al del hijo legítimo, la supresión de ciertos derechos de los parientes por naturaleza en la herencia del adoptado y otras que veremos más concretamente al exponer su regulación. De otra parte el concepto de abandonado se realiza sobre otras bases, diciendo el preámbulo legislativo que la situación del menor abandonado, que en el texto precedente se contemplaba junto con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena, es considerada ahora de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones generales. El texto propuesto bosqueja un concepto del menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito.

4. La última orientación digna de ser destacada es el considerable refuerzo que sufre el *arbitrio judicial*, permitiéndole la valoración de la conveniencia de la adopción para el menor.

Esta orientación realmente no es más que una vuelta "reforzada" a la legislación del año 1889, pues el Código civil, en su artículo 178, imponía que el Juez, previas las diligencias que fueran necesarias, aprobara la adopción, si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al menor. La Ley de 24 de abril de 1958, al dar nueva redacción al articulado de la adopción precisó únicamente que el Juez, a quien se eleve el expediente, en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impida. Ante esta nueva situación creada



a partir del año 1958 CASTRO LUCINI (9) se preguntaba si esta intervención judicial debería apreciar los posibles "justos motivos" para la adopción y las posibles "ventajas para el adoptado". Cosas ambas que soluciona favorablemente considerando que la resolución judicial debe ser fundada, a diferencia de lo que sucede en los Derechos francés e italiano, y ello sobre los siguientes argumentos: a) Nada indica que exista un cambio a partir del año 1958, a pesar del silencio de la Ley. b) Porque el criterio de la reforma es proteger o mejorar la situación del adoptado. c) Porque la Ley de Enjuiciamiento Civil determina expresamente que se ofrecerá información sobre "la utilidad de la adopción para el adoptado" y que "si el Juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptado, concederá la autorización..." d) Porque parece que cabe esta actuación judicial dentro del amplio término utilizado por el artículo 176 al hablar de "comprobaciones necesarias".

Actualmente la terminología es clara y terminante. No sólo en el artículo 173, que habla de que el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, sino en el 174, en el que se le faculta para apreciar y declarar la situación de abandono. Ya insistiremos sobre este punto al tratar de los requisitos formales, no obstante aquí debemos destacar cómo la decisión judicial suple consentimientos en varios casos.

#### b) *Caracteres.*

CASTÁN TOBEÑAS (10) dibujó con singular maestría unos caracteres que servían de orientación general para encuadrar o centrar la institución de la adopción. Aquellos caracteres, ajustados a las inevitables variantes de la nueva normativa, podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

---

(9) Op. cit., pág. 341.

(10) CASTÁN TOBEÑAS (J.), *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, Editorial Reus. 1942, pág. 62.

1. Se reconocen dos clases de adopción: la plena y la simple. Antes se distinguía entre adopción plena y menos plena, reservándose la primera para los llamados abandonados o expósitos. El preámbulo de la Ley explica las razones de la conservación de estas dos clases de adopción muy en la línea de la legislación europea (legislación francesa de 1966 y 1967; legislación portuguesa de 1966; legislación italiana de 1967 y la belga de 1969) a las que se anticipó el legislador español si es que no llegó a inspirarlas. En el orden terminológico la Ley, si bien conserva para la clase de adopción de efectos más intensos el nombre de "plena", elimina para la otra el de "menos plena", pues aunque gramaticalmente correcto parece denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla con recelo, por lo que se ha sustituido aquella expresión por la de adopción "simple", la cual, sin ser totalmente satisfactoria, parece preferible. El texto propuesto admite de una manera expresa la posibilidad de transformar o convertir la adopción simple en plena.
2. Se trata de un acto jurídico de forma determinada condicionado por el consentimiento del adoptado o de las personas que deben darlo y sometido a la aprobación judicial, seguido inevitablemente del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El preámbulo de la Ley claramente lo dice: "No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo".
3. Se trata de un acto jurídico irrevocable, aunque se señalan casos de extinción de la adopción en el artículo 177 del Código civil. De todas las maneras, la posible extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos, principio éste que junto con el de la irrevocabilidad produce ciertos efectos dignos de ser tenidos en cuenta y que luego veremos.

4. La adopción causa parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales. Del resto de las consecuencias de este parentesco nos ocuparemos luego.
5. Se regula por el principio de unidad de personas, ya que ninguno puede ser adoptado simultáneamente por más de una, a excepción de cuando los adoptantes sean cónyuges. Con más sencillez lo dice el artículo 172 del Código civil: "Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona".

## II

### REGULACION LEGAL

Para exponer la nueva reglamentación de la adopción contenida en la Ley de 4 de julio de 1970 pueden escogerse diversos sistemas de ordenación, distinguiendo, por ejemplo, entre requisitos internos y externos, de fondo o fundamentales y accesorios, etc. Elegimos de la serie de sistemas de exposición el que tradicionalmente brindó CASTÁN al distinguir entre requisitos personales, formales y efectos.

#### A) *Elementos personales.*

En la exposición agrupamos las normas referentes a la adopción en general, a la plena y a la simple para así evitar repeticiones y excesiva extensión del trabajo.

##### a) *Personas que pueden adoptar.*

Exige el actual artículo 172 del Código civil que "la adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado".

Los diversos requisitos que este nuevo artículo plantea y exige vamos a desglosarlos para una más fácil exposición y comparación con disposiciones anteriores:

- *La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles.*—Exige, pues, una plenitud de capacidad, bastando que alguno de los derechos civiles no se le otorgue para que quede impedido ante la adopción. La redacción anterior exigía únicamente en el artículo 173 que el adoptante o adoptantes “se hallen en pleno uso de sus derechos civiles”. Las fórmulas, aunque aparentemente sean semejantes, difieren en ciertos puntos. Estimo que no es lo mismo el “ejercicio de todos sus derechos civiles” que encontrarse “en pleno uso de sus derechos civiles”. No obstante, ello nos lleva a perfilar cuándo estaremos en lo que la Ley llama ejercicio de todos los derechos civiles, es decir, cuándo debemos entender que el adoptante tiene plena capacidad de obrar. La tendrá cuando no sufra ninguna de las causas restrictivas o modificativas de su capacidad de obrar consignadas en el artículo 32 del Código civil (locura o demencia, imbecilidad, sordomudez que impida la lectura y escritura, prodigalidad e interdicción civil). Dejamos a un lado la menor edad y la emancipación, pues tampoco la mayoría de edad significa aquí la plenitud de derechos, pues al mayor de edad se le niega uno de sus derechos civiles: el de adoptar.

CASTRO LUCINI (11) mantuvo en una interpretación amplia del artículo 173 anterior que el quebrado y el concursado no podían adoptar, pues no gozaban en toda su extensión de los derechos civiles. En la actualidad esta opinión tiene más apoyo en esa dicción legal que habla, como hemos visto, del ejercicio de *todos* sus derechos civiles”. Estoy también con este último autor al estimar que ni el ausente ni el extranjero están incapacitados para adoptar, pues el primero puede hacerlo en el lugar donde se encuentre y los segundos gozan en España de los mismos derechos civiles que los espa-

---

(11) Op. cit., pág. 350.

ñoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados (art. 27 del Código civil).

- *El adoptante debe tener treinta años cumplidos.*—El primitivo Código civil de 1889 exigía cuarenta y cinco, la Ley de 1958 rebajó la edad a treinta y cinco y ahora se reduce el requisito en cinco años menos. La razón de esta reducción reside únicamente en la idea central de facilitar la adopción. El preámbulo de la Ley dice que bajo el propósito de facilitar el acceso a la institución se rebaja la edad exigida al adoptante, que pasa ahora a ser la de treinta años y es solución concorde con el derecho comparado, justificada también por la mayor facilidad con que hoy se anticipa si se carece de posibilidad de descendencia.

Es novedad la disposición según la cual en la adopción conjunta por marido y mujer basta que *uno de ellos* tenga la edad de treinta años. No se exigía antes que el marido y la mujer tuvieran determinada edad, sino simplemente que el que adoptase tuviere la edad fijada, consintiendo simplemente el otro. Ahora la cosa se simplifica, exigiéndose que cualquiera de los cónyuges tenga treinta años, aunque no sea el que lleve la iniciativa de la adopción. No creo que quepa hablar aquí de que uno de los cónyuges adopta y el otro consiente, sino que la adopción en estos casos es conjunta, como dice la Ley, “adopción por ambos cónyuges”. Si creo, sin embargo, que debe mantenerse eso que he llamado “iniciativa”, pues el mismo artículo 172, como veremos, nos habla de una prohibición especial para adoptar: la de un cónyuge sin el consentimiento del otro.

- *El adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrán de tener en todo caso dieciséis años más que el adoptado.*—Hemos estado a punto de regresar históricamente al Código de 1889 en el que se exigían sólo quince años más que el adoptado: sólo un año nos separa de la regresión. En la Ley de 1958 la diferencia es la que establecía la mayor parte de la legislación extranjera: los dieciocho años.

La razón de esta disminución de edad—pulsada por nuestro “viejo” Código civil—está en función de facilitar el ac-

ceso a la institución, como dice el preámbulo de la Ley. CASTRO LUCINI (12) tantas veces citado, decía que "cuanto menor sea la diferencia exigida, tanto más se facilitará la adopción y dejará de ser este requisito un obstáculo para llevarla a cabo. Por eso quizá hubiese sido conveniente rebajar la diferencia de edad por bajo de los dieciocho años, o, al menos, permitir su dispensa, en el caso de que uno de los cónyuges adopte a un hijo de su consorte, pues, de no ser así, como la diferencia de edades es siempre constante, puede darse el caso, sobre todo en los viudos que contraen nupcias, de no poder llevar a cabo la adopción. Sin embargo, la exigencia de que el adoptante tenga, por lo menos, treinta y cinco años, soslayará este problema cuando el adoptando sea de edad temprana, quedando un margen bastante amplio".

Estimo críticamente que no era preciso establecer una edad especial para la adopción, bastando, como dijo un Procurador en la discusión del proyecto de Ley, con la diferencia de edad. También estimo que las facilidades dadas para la adopción deberían tener un límite de edad para evitar debilidades seniles de última hora. La testamentificación activa y la capacidad adoptiva deberían ser cuidadas por el legislador a ciertas edades.

Al lado de la capacidad para la adopción es preciso contemplar los casos en que se prohíbe la misma. Más que prohibición es falta de capacidad para llevarla a cabo. Tanto el Código civil de 1889 como la reforma del 1958 hablaban de prohibición. La actual redacción establece una terminología distinta, pues habla de que *no podrán adoptar*:

*Primero.*—Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio. Aunque la incapacidad no se ha concretado tanto como en la legislación del Código civil y su reforma de 1958, que se referían exclusivamente a los "eclesiásticos" ha prevalecido en el texto definitivo este impedimento para llevar a cabo la adopción.

Como el proyecto de Ley suprimía la prohibición concerniente a los eclesiásticos, dando a los mismos la posibilidad de ser adop-

---

(12) Op. cit., pág. 346.

tantes, se generó en la discusión parlamentaria una división de opiniones que tuvo que resolverse a base de una votación. Pese a las opiniones de CABANILLAS y GÓMEZ DE ARANDA, contrarios a establecer tal prohibición, estimo que teniendo en cuenta los votos de pobreza y castidad que han de prestar los pertenecientes al estado religioso, son razones más que suficientes para pensar en una posible incapacidad. Aceptando la postura de dichos Procuradores, pertenecientes a la Ponencia, hubiéramos desembocado en aquel famoso caso de partición realizado por un "zurupeto" que a la muerte del señor cura-párroco asignó al "ama" la cuota viudal usufructuaria...

La doctrina, concretamente PUIG BRUTAU (13), había precisado que la prohibición se refería a los ordenados *in sacris* y a los profesos en una orden religiosa, como dice, para otros efectos, el artículo 83, 4.º, del Código civil. Observa GAMBÓN ALIX (14) que esta prohibición "tiene un indudable matiz nacional. No se encuentra en las legislaciones extranjeras, ni aún siquiera en las de aquellos países en que se profesa la religión católica u otra en que impere el principio del celibato eclesiástico". Según este autor—sigue diciendo PUIG BRUTAU—, "se ha querido evitar que mediante este instituto puedan ampararse relaciones familiares no permitidas". Pero quizá cabe pensar, en términos más generales, que el estado clerical es poco idóneo para cumplir los deberes que derivan de la adopción. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (15) dicen que la prohibición se refiere, no sólo a los clérigos que hayan recibido órdenes mayores, sino también a los profesores en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, máxime si se tiene en cuenta que los votos religiosos serían incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que nacen de la adopción" (16).

---

(13) Op. cit., pág. 284.

(14) GAMBÓN ALIX (G.), *La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 98.

(15) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de Familia de KIPP y WOLFF*, Barcelona, 1948, vol. II, pág. 166.

(16) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. II. El adoptado*, «Anuario de Derecho Civil», 1968, pág. 406. Este autor concreta la prohibición de adoptar a los «eclesiásticos» diciendo que no comprende la generalidad de las personas ligadas con voto perpetuo de castidad, sino que se limita a los que han recibido Ordenes Sagradas y Ordenes mayores, puesto que las menores pueden ser quebrantadas por determinación voluntaria y no ligan *per aeternum* al ordenado. El artículo 173, por tanto, no

Si la adopción como ficción legal no supone más que una imitación de la naturaleza en la que se calculan edades para que el vínculo adoptivo se parezca al que la naturaleza crea por generación, es evidente que aquellos a quienes no se permite el matrimonio estén también impedidos para acceder a esta institución. Será preciso tener en cuenta los cánones 1.072 y 1.073 del Código canónico, y el artículo 83, 4, del Código civil.

*Segundo.*—El tutor respecto de su pupilo antes de ser aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela. Sustancialmente es la misma incapacidad que el Código civil de 1889 y la Ley de 1958 establecieron. En la redacción actual solamente se han hecho correcciones de estilo.

*Tercero.*—Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación. Fuera de la adopción "*por ambos cónyuges*", nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona. Esta incapacidad, que la falta del consentimiento del cónyuge supone, dio margen a la doctrina para plantear una serie de problemas que parcialmente ha resuelto la nueva regulación. La exigencia del consentimiento del cónyuge se arrastra desde el Código civil de 1889 en su primitiva redacción y se funda o basa en la necesidad de evitar que la adopción provoque desavenencias conyugales. De entre los problemas que la doctrina plantea, destacamos aquí éstos:

- De la redacción actual del Código se desprende que tanto para la plena como para la simple cabe que un cónyuge adopte y el otro consienta, como que adopten "conjuntamente" ambos cónyuges. En la anterior redacción ESPÍN CÁNOVAS (17) había concretado que la exigencia del consentimiento del cónyuge solamente se refería a la adopción "menos plena", pues para la plena era preciso que se realizara conjuntamente

---

se refiere a los religiosos profesos, sino en tanto en cuanto los mismos hayan sido ordenados de mayores; ahora bien, como según sus reglas particulares no suelen poder adoptar, la consecuencia será la misma que si los comprendiese. Por otro lado, el voto de pobreza les imposibilita, dado el caso de que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos, y lo cierto es que desde que se consagran exclusivamente a la vida de oración y recogimiento, renuncian a todos los afectos mundanos, por lo que en la práctica no se plantearán conflictos.

(17) ESPÍN CÁNOVAS (D.), *Manual de Derecho civil*, IV, 2.ª edición, pág. 339.



por ambos cónyuges. Ahora en la plena cabe una adopción de "consuno" o por ambos cónyuges, pero también una adopción de un cónyuge respecto de hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte y una adopción de un padre o madre respecto del hijo natural reconocido. En la menos plena, o simple, caben la conjunta, la unilateral con consentimiento y la que un cónyuge haga del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte.

Por todo ello quizá hubiera sido más correcto hablar en vez de "consentimiento" de "asentimiento", como dice CASTRO LUCINI (18), o limitar la actuación del cónyuge del adoptante a "ser oído" por el Juez en el expediente de adopción. Aventurar aquí que el consentimiento del cónyuge es un caso análogo a la llamada licencia marital o *uxoris* es atrevido, pues en ningún caso la falta de consentimiento del cónyuge no adoptante puede ser suplida por el Juez. Actualmente, el artículo 173 del Código civil hace cierta la opinión de este autor, ya que la voluntad del Juez suple consentimientos al decidir "lo que considere más conveniente al menor".

- El problema que la doctrina planteó para los casos de separación legal y que PRÑAR LÓPEZ (19) solucionó, diciendo que como la Ley no distinguía era preciso en todo caso el consentimiento del cónyuge, no siendo suficiente la habilitación judicial, ha sido en la actualidad solventado por la reforma: en los casos de separación legal, no separación de hecho, el cónyuge inocente puede adoptar sin el requisito del consentimiento del otro cónyuge.

Hay otra serie de supuestos, como los de incapacidad mental, imbecilidad, etc., así como separaciones de carácter

---

(18) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I. El adoptante*, «Anuario de Derecho Civil», 1966, pág. 363. El preámbulo de la actual Ley se hace eco de esta opinión doctrinal y dice: «En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del 'asentimiento'; si bien la falta en el código de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo». No obstante, añade: «En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a *consentir* o *asentir* no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptado».

(19) Op. cit., pág. 187.

temporal que claudican por la reconciliación, que no han sido recogidas por el texto legislativo, aun y a pesar de ser planteadas en la discusión parlamentaria y que llevan a la inevitable conclusión de que sólo en el caso indicado el cónyuge inocente puede adoptar sin el consentimiento o asentimiento del otro. Con ello se ha hecho cierta la opinión de GAMBÓN ALIX (20), al decir que "si existe separación de derecho—pues la de hecho no cuenta jurídicamente—entre los cónyuges es comprensible que no se exija el requisito de que tratamos, ya que carecería de verdadera finalidad, salvo la demasiado remota de prevenir dificultades en una eventual reconciliación" (21).

Estas vienen a ser actualmente las tres incapacidades que la Ley señala para la adopción en general y que se aplican, no sólo a la simple, sino a la plena. Se ha suprimido una prohibición importante, con el ánimo de facilitar hasta límites extremos la adopción. Me estoy refiriendo a la que establecía el artículo 173 del Código civil en su última redacción y que decía que se prohibía la adopción a los que tuvieran descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.

En el proyecto de Ley presentado a las Cortes se suavizaba la prohibición dicha al permitir la adopción en caso de descendencia legítima, legitimada o reconocida, si mediara dispensa del Jefe del Estado; pero la Ponencia, en su informe, suprimió esta prohibición suavizada, aceptando enmiendas de BATLLÉ VÁZQUEZ, ANGULO MONTES, VILLEGAS GIRÓN y PEIRÓ RIBAS, explicándose únicamente esa supresión en el preámbulo legislativo con estas palabras: se suprime la prohibición relativa a quienes tienen ya descendientes, aproximándose con ello el Derecho común al catalán, en el que, a tenor de la Compilación especial de Derecho civil, no existe la

---

(20) Op. cit., pág. 165.

(21) No obstante, mantiene un criterio más amplio FORT BRUTAU en la obra ya citada, pág. 290, al decir que si el cónyuge del adoptante no puede prestar el consentimiento por ausencia, incapacidad o alguna otra causa de justificada imposibilidad, la prohibición dejará de tener eficacia. Y esta opinión, a pesar de la letra de la Ley, debemos hoy día reputarla viable pues en el expediente de adopción si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento no pudiere ser citado o no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el menor o, lo que es lo mismo, el Juez tiene facultades decisorias que suplen consentimientos en todos esos casos.

llamada prohibición de descendientes. En efecto, el artículo 6 de la Compilación dispone: "Además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos". La única limitación es la valoración judicial de conveniencia en estos casos especiales (art. 173. último párrafo).

La supresión de la prohibición no hace más que seguir la línea de numerosas legislaciones extranjeras que no la incluyen (Suecia, Ecuador, Noruega, Dinamarca, Holanda, Hungría, Servia, Inglaterra, Estados Unidos en su mayoría, etc.) y elimina una serie de problemas que la doctrina había elaborado en torno a la figura del concebido, de la legitimación y el reconocimiento anterior o posterior a la adopción, etc.

Precisada hasta aquí la teoría general se hace necesario exponer las exigencias que el Código impone para llevar a cabo la llamada adopción plena. A este respecto, el artículo 178 del Código civil dice que "sólo podrán adoptar plenamente":

— *Los cónyuges que vivan juntos, procedan de "consuno" y lleven más de cinco años de matrimonio.*—Al haberse respetado por el legislador la misma redacción en este punto que la que tenía el artículo en el año 1958, pudiera parecer que la razón del precepto sigue siendo la misma, pero la situación, a nuestro entender, ha cambiado.

Por la fortaleza del vínculo que se crea—se dijo entonces—se reserva esta forma de adopción plena sólo a los matrimonios sin hijos, exigiéndose un plazo de cinco años, que viene a asegurar una cierta probabilidad de que no llegará a tenerlos. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (22) decían que "la Ley sólo autoriza esta clase de adopción a quien no tenga hijos y sea previsible que no va a tenerlos; pero si después de la adopción los tuviere el matrimonio adoptante, aquélla subsiste: sólo así tienen sentido los artículos 84, 6.º, y 174 del Código civil; así lo prevé el preámbulo de la Ley de 1958". Dicho preámbulo hablaba de evitar posibles adopciones precipitadas en los primeros años del matrimo-

---

(22) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 434.

nio, sin eliminar la posible superveniencia de hijos con posterioridad a la adopción.

La intención del legislador en el año 1958 era permitir esa adopción a los matrimonios sin hijos, pero sin descartar la posibilidad de tenerlos. Posibilidad que curiosamente cita CASTRO LUCINI (23), al decir que "una vez haya logrado vencer esa flaqueza, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que, habiendo adoptado después de ocho, diez o incluso quince años de esterilidad, han concebido después de la adopción; lo que explica el ginecólogo americano W. S. KROGER por la desaparición del proceso inhibitorio, debido al optimismo provocado por la adopción".

Al haber desaparecido la prohibición de adoptar a los matrimonios que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, queda sin razón de ser la argumentación utilizada por el legislador en el preámbulo y que la doctrina interpretó correctamente. Hoy basta con el transcurso de los cinco años para adoptar, existan o no hijos. En todo caso, claro está, habrán de cumplirse las exigencias de edad que impone el artículo 172 del Código civil ya visto.

- *El cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal.*—El supuesto es nuevo y responde de una parte a la orientación general legislativa de facilitar la adopción, y de otra, a la necesaria coordinación con la norma que dispensa del consentimiento del cónyuge al declarado inocente en los casos de separación por ejecutoria (24).
- *Las personas en estado de viudedad o soltería.*—En la reglamentación anterior al viudo se le permitía el acceso a la adopción plena, pero nada se decía del soltero. Ahora se comprenden las dos situaciones, y en ellas la doctrina man-

---

(23) Op. cit., I parte, A. D. C., 1966, pág. 365.

(24) No debe olvidarse que entre las prohibiciones para adoptar está la de uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación. Al ser este precepto genérico, el legislador pudiera haberse ahorrado la repetición del supuesto, tanto en la adopción plena como en la simple. En la plena al admitirlo expresamente y en la simple al remitirse a los preceptos de la plena en el artículo 180.

tendrá el problema de si cuando el viudo o viuda, el soltero o la soltera contraigan nuevo matrimonio, deben o no adoptar por su parte al adoptado para hacer viable esa exigencia de que los cónyuges deben proceder de "consuno".

Las soluciones doctrinales que se dieron al problema del viudo podrían ser también aplicables al caso del soltero, pero entendemos que, en la actualidad, el problema ha cambiado. Decía—por ejemplo, GAMBÓN ALIX (25)—que en tales supuestos habría que pensar en una "adopción plena y conjunta por inserción", lo que se conseguiría mejor permitiendo la adopción complementaria del cónyuge del viudo. También CASTRO LUCINI (26) se planteó el problema al tratar de la adopción "póstuma" del Derecho francés que en el español no cabía, ni cabe, precisamente por la autorización al viudo para adoptar. Resolvía este autor que el nuevo cónyuge del viudo podía adoptar plenamente, ya que cuando el viudo adoptó no existía el presupuesto necesario que luego surge con el nuevo matrimonio.

Conviene pensar que antes el Código sólo admitía como excepción al hecho de que los cónyuges tengan que proceder de "consuno", el del cónyuge viudo y ahora no sólo se admite este presupuesto, sino que se extiende a aquellos casos de soltería e incluso se admite, como luego veremos, que un cónyuge adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o *adoptivo* de su consorte, lo cual viene a solucionar plenamente la cuestión planteada. En esos casos se hace realidad la llamada adopción "sucesiva".

- *Uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte.*—Todos estos supuestos presuponen una situación anterior y un matrimonio posterior en el que uno de los cónyuges "aporta" al matrimonio un hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo. Debo aclarar que el reconocimiento del hijo natural cabe que sea posterior al matrimonio.

En todos estos casos, la adopción posibilita una convi-

---

(25) Op. cit., pág. 109.

(26) Op. cit., I parte, A. D. C., 1966, pág. 366.

vencia familiar, aunque provoque ciertas complicaciones sucesorias y patrimoniales, como luego veremos.

- *El padre o la madre, al propio hijo natural reconocido.*—Con anterioridad a la reforma actual, el problema del hijo natural reconocido y su posible adopción fue resuelto negativamente por la Resolución de 23 de octubre de 1947 sobre la base de que el hijo natural reconocido tenía más derechos con arreglo al Código civil que el adoptivo. En igual sentido se pronunciaba PUIG BRUTAU (27), al decir que cuando se trate de hijos naturales, la facultad de reconocerlos ha de excluir la de adoptarlos. Es decir, ante el hecho de que los hijos naturales reconocidos tienen mayores derechos que los adoptivos, permitir su adopción sería equivalente a tolerar que empeorara su estado civil.

Estas razones han desaparecido en la actualidad, pues el adoptado plenamente se equipara al legítimo y, por ello, el natural reconocido, que se transforma en adoptado, no solamente no pierde derechos, sino que los gana.

Para terminar esta exposición de las personas que pueden adoptar se hace preciso insistir en que, en todos los casos enumerados será necesario observar los requisitos de edad y de diferencia que señala el artículo 172 del Código civil, salvo para el caso de los hijos naturales, como veremos. Conviene también destacar que el fenómeno jurídico de la adopción no rechaza la institución de la representación y, por ello, la sentencia de 30 de mayo de 1951 admitía que la adopción se realizara mediante apoderado.

Para la adopción simple no exige—como dice el artículo 180—otros requisitos que los prevenidos en la sección 1.<sup>a</sup> del presente capítulo, esto es, los generales antes expuestos. Únicamente hace la salvedad respecto del cónyuge declarado inocente, que se rige por lo establecido en el artículo 178, conforme a la remisión que dicho artículo hace y que el intérprete no alcanza a comprender, pues en dicho párrafo 1.<sup>o</sup> sólo se habla de una adopción plena que puede realizar el cónyuge inocente, y ya en el artículo 172 del mismo Código, al inocente se le dispensaba del consentimiento del otro cónyuge, lo cual implica una repetición normativa.

---

(27) Op. cit., pág. 295

b) *Personas que pueden ser adoptadas.*

En un tema que estudié para la preparación de oposiciones se decía la siguiente frase—que ahora al releerla provoca este comentario—: “podrán ser adoptados aquellas personas que no estén ya adoptadas”, cosa que hoy, ante la redacción del artículo 178 del Código civil, debe ser descartada como principio general. La facilitación que la nueva ordenación hace del instituto, fuerza las posibilidades de adopción casi al máximo.

Conforme a esta nueva reglamentación, podríamos concretar las personas que pueden ser adoptadas de la siguiente forma:

1. *Podrán ser adoptados aquellas personas que tengan dieciséis años menos que el adoptante.*—Este requisito de diferencia de edad estimamos que debe ser aplicado a todos los casos de adopción, incluida la plena, salvo el supuesto de los hijos naturales que a continuación veremos.
2. *Los hijos naturales (propios) reconocidos podrán ser adoptados, aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior.*—Antes hemos visto cómo el problema de los hijos naturales ha cambiado con la actual legislación, en la cual cabe la adopción de los mismos en sus dos formas de plena y simple.

En esos casos no es preciso que el adoptante o su cónyuge tenga treinta años cumplidos y tampoco lo es que exista la diferencia de edad.

La palabra “propios” que utiliza el artículo 172 del Código civil y en cuya virtud se dispone que la edad y de su diferencia pone un interrogante sobre los casos en que cabe la adopción con esas ventajas. Hemos de concretar que no solamente cabe que el padre o la madre adopten a sus “propios hijos naturales”, sino que ambos pueden hacerlo respecto de los “propios” hijos naturales comunes que en estado de soltería hubiesen tenido. La adopción en este caso choca con la legitimación por subsiguiente matrimonio que equipara plenamente a los hijos legitimados con los legítimos y evita todas las formalidades de la adopción. Pero como también cabe, la adopción—tanto en su forma plena, como simple—de los hijos naturales reco-

nocidos del consorte del adoptante (arts. 176 y 178 del Código civil) se plantea el problema de si a dichos casos se les aplica la dispensa de edad y su diferencia.

Creo que la solución del caso reside en la interpretación de la frase "los propios hijos naturales reconocidos" y su alcance restrictivo o extensivo. Entendemos que así como no es lo mismo "la legítima estricta" que "estrictamente su legítima", aquí no creo que pueda contraponerse la frase "los propios hijos naturales" a "los hijos naturales propios", pues no puede hablarse de "impropios" hijos naturales, ya que entonces desembocaríamos en lo que el Código civil llama "los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales...". Por ello, aunque a la frase "los propios hijos naturales reconocidos" pueda oponérsele gramaticalmente ciertos reparos, ya que el adjetivo que designa una cualidad eventual de las personas o las cosas se pospone siempre al sustantivo, ese defecto no puede repercutir en la interpretación, y el adjetivo "propios" solamente debemos entenderlo referido a los hijos comunes de los cónyuges adoptantes o propios del adoptante, pero no a esos casos en que una persona adopta al hijo natural reconocido del consorte. Podría ofrecerse el argumento contrario, haciendo destacar la finalidad primordial de la nueva regulación, esto es, la de facilitar el vínculo adoptivo hasta el máximo, pero si esa hubiera sido la intención legislativa con haber hablado de hijos naturales reconocidos simplemente, sin adjetivarlos de propios, hubiese facilitado la comprensión, dentro de la frase, de todos los casos (28).

3. *Los hijos legítimos, legitimados o adoptivos del otro consorte.*—El supuesto se contempla por la nueva regulación, tanto para el caso de la adopción en general o simple como para la plena (arts. 176 y 178 del C. c.).

---

(28) Tanto la Ley como el preámbulo utilizan indistintamente la frase «los propios hijos naturales reconocidos» como los hijos naturales propios. Así el artículo 172 y el párrafo nueve del preámbulo hablan de «propios hijos naturales». El mismo párrafo nueve, sin embargo, habla del «hijo natural propio». Por su parte, el artículo 178, 1.º habla «de propio hijo natural reconocido».



La problemática que estas adopciones plantea la veremos en su momento oportuno al hablar de las repercusiones sucesorias y patrimoniales, como ya hemos anunciado al tratar de las personas aptas para la adopción.

4. *Los menores abandonados.*—La legislación anterior parecía equiparar los términos abandonado o expósito, ya que el artículo 178, 2, al referirse a la adopción plena, decía: únicamente podrán ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran pro hijados antes de esa edad por los adoptantes.

La situación ahora ha cambiado. El Proyecto de Ley decía en su preámbulo que “la situación del menor abandonado, que en el texto precedente se contemplaba junto con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena, es considerada ahora de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones generales. El texto propuesto bosqueja un concepto de menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito. Sobre la base de datos facilitados por la experiencia, unidos a criterios que tienen el respaldo de la ciencia médica, con el propósito de dispensar la máxima protección al menor, ha parecido oportuno reducir el tiempo requerido para apreciar determinadas situaciones de abandono al exigir sólo el transcurso de seis meses. Así resultará legalmente posible la adopción en edad óptima para el adoptado, tanto en el sentido de poder beneficiarse primero de los cuidados del adoptante como en el de no percibir el cambio que en otras edades se experimenta”. En parecidos términos se pronuncia el preámbulo de la Ley sancionadora de la nueva reglamentación de la adopción.

La doctrina, concretamente CASTRO LUCINI (29), había llegado a una precisión entre los términos abandonado y expósito. Utilizando antecedentes históricos, Derecho com-

---

(29) Op. cit., II parte A, D. C., 1968, pág. 381.

parado y ciertas disposiciones de carácter penal y administrativo, llegó a decir el autor mencionado que por abandonados deberíamos entender "aquellos que por su edad o circunstancias estén imposibilitados de atender a su subsistencia por sus propios medios. Quien pueda valerse por sí mismo, no podrá ser abandonado". Por lo que se refiere al expósito, decía dicho autor, que "el abandono constituye el género y la exposición la especie o, dicho de otro modo, que todo expósito es un abandonado, pero no todo abandonado es un expósito. Este es el hijo de padres desconocidos, abandonado al nacer, de modo que no se ponga en peligro su vida. De suerte que, faltando alguna de estas circunstancias, no existirá exposición, sino abandono".

La Ley, guiada un tanto por estas directrices doctrinales, por el Derecho comparado y por otras disposiciones, ha precisado solamente el concepto de abandonado, refundiendo en el mismo el de expósito que aún persiste en Leyes y Reglamentos de Beneficencia. Dice el artículo 174 del Código civil que "se considera abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandonado en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiese sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando, aun siendo conocida su filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor *seis meses* continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asis-

tencia. La mera petición de noticias no interrumpe por si sola el referido plazo". Esta disposición supone un avance con relación a la legislación anterior en que la situación de abandono exigía el transcurso de tres años, dentro de los cuales había el tiempo suficiente para que la familia natural "interrumpiese" ese plazo de usucapión de estado de abandono que ahora se reduce sensiblemente.

Aparte de la novedad que estas definiciones encierran y que presuponen un concepto del abandono, la legislación no reduce la posibilidad de la adopción a solamente la plena, como las disposiciones anteriores, sino que extiende la posibilidad de la adopción simple a los abandonados y para la plena comprende no solamente a los abandonados, sino otros supuestos que a continuación veremos. El preámbulo de la Ley dice que "cabe la adopción plena del menor de catorce años sin necesidad de que se encuentre en la situación de abandono; esta situación contará sólo a los fines de no requerirse el consentimiento de los padres...".

5.º *Para la adopción plena se dan normas especiales y amplias.* Ya no se circunscribe "a los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran prohijados antes de esa edad por los adoptantes". Ahora los términos son más amplios y se dispone en el artículo 178 que únicamente podrán ser adoptados en forma plena:

- a) *Los menores de catorce años.* — Estos menores pueden ser los abandonados del artículo 174 del Código civil (en cuyo caso la edad mínima es la de seis meses y la máxima de catorce años), los propios hijos naturales y los hijos legítimos, legitimados o adoptivos del consorte.
- b) *Los mayores de catorce años, siempre y cuando estuvieran viviendo antes de alcanzar dicha edad en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos.* Considero que esta dicción legal suple dos situaciones anteriores llamadas prohijamiento y acogimiento familiar y comprende las posibles situaciones de los

hijos naturales, legítimos, legitimados y adoptivos en situación de convivencia con el adoptante. Al prohijamiento se llegaba por el cumplimiento de las disposiciones que establecía la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 y el Reglamento de 14 de mayo de 1852, dictado para la ejecución de la Ley de 20 de junio de 1849, así como el Decreto de 2 de junio de 1944. El acogimiento familiar lo regulaba la Orden de 1 de abril de 1937 (30).

- c) *También pueden ser adoptados los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.* No obstante, para este caso se dispensa que no medie esta circunstancia, refiriéndose, sin duda, al hecho de la *convivencia* con el adoptado o adoptantes o cualquiera de ellos antes de alcanzar la edad de los catorce años.

CASTRO LUCINI (31), tantas veces citado, había estudiado el problema de la adopción entre parientes y realmente sus conclusiones sirven ahora para precisar de quiénes habla la Ley cuando se refiere a los *mayores de catorce años unidos al adoptante por vínculos familiares*. Para el autor citado dentro de la adopción entre parientes en línea recta hay que descartar la que pueda hacer el descendiente frente al ascendiente y la que pudiera realizar el padre de su propio hijo, reduciéndose, por tanto, a las que se hagan entre parientes de segundo o ulteriores grados (verbi gracia: abuelo y nieto, etc.). Cabe también admitir como viables las adopciones entre colaterales y la adopción entre afines. No cabe, sin embargo, la adopción entre cónyuges. Ya BLAS PIÑAR había planteado el problema y lo había re-

---

(30) Aunque la Ley no contiene disposición derogatoria de las normas que rigen el prohijamiento y el acogimiento familiar, siempre resulta un dato orientador del criterio legislativo el preámbulo de la Ley en el cual se dice que: «Y se admite asimismo la adopción plena del mayor de catorce años sin necesidad de que se dé la poco clara situación de prohijamiento, pues le basta vivir con anterioridad a la adopción en compañía del adoptante. O, sin mediar esta circunstancia, hallarse unido a él por vínculos familiares o afectivos».

(31) Op. cit., II parte, A. D. C., 1968, pág. 399,

suelto negativamente, pues un cónyuge no puede comportarse como hijo adoptivo del otro (32). Añade ahora CASTRO LUCINI que si conforme al artículo 84, 5, del Código civil el matrimonio es imposible entre adoptante y adoptado, por el camino inverso de la adopción vendría a crearse la misma situación que trata de evitarse. Creo que la cuestión de si cabe la adopción entre cónyuges no podemos plantearla a la vista de estas conclusiones.

Los "vínculos afectivos" de que habla el artículo que comentamos dan una gran amplitud para incluir infinidad de casos, pero creo que es llegado el momento de afrontar si dentro de dicha frase cabe la adopción de los *hijos ilegítimos* no naturales. También BLAS PIÑAR había puesto la cuestión en tela de juicio y mientras descartaba la posibilidad de adoptar a los hijos naturales (posición que reforzó la Resolución de 23 de octubre de 1947), se pronunciaba favorablemente hacia la adopción de los hijos ilegítimos cuya paternidad o maternidad no conste, ya que jurídicamente se consideran como extraños (33). GAMBÓN ALIX (34), refiriéndose a los hijos ilegítimos dice que "su adopción por el padre no ofrece cuestión alguna, tanto porque la paternidad—aunque no la maternidad—es legalmente desconocida, como porque, aunque así no fuera—y puede no serlo para algunos aspectos en los casos del artículo 140, 1.º y 2.º—, les sería sin duda beneficiosa su adopción por el padre o madre". CASTRO LUCINI (35) consideró que la adopción de los hijos ilegítimos era viable, siempre y cuando se reuniesen los requisitos generales y especiales según la clase de adopción, aunque posteriormente se descubra o ponga de manifiesto, incluso por acto voluntario del padre o madre adoptivo, esa relación de paternidad, no afecta a la adopción, pues desde el punto de vista legal no existe, en realidad, una situa-

---

(32) Op. cit., pág. 169.

(33) Op. cit., pág. 169.

(34) Op. cit., págs. 143 y 144.

(35) Op. cit., II parte, A. D. C., 1968, pág. 403:

ción familiar, sino sólo efectos muy concretos y restringidos de esa generación ilegítima (arts. 140, 143 y 845 del Código civil).

Si con arreglo a la legislación anterior la postura doctrinal era unánime en admitir el caso de la adopción de los hijos ilegítimos, es indudable que ahora debe ser admitido no sólo para la adopción en general, sino para la plena en la que ese "vínculo efectivo" da entrada sin discusión a los hijos ilegítimos. Lo que no precisa el Código es si ese "vínculo efectivo" admite la adopción entre personas del mismo sexo o tienen que ser de sexo contrario. En general, este último caso es el que suele prohibirse en otras naciones (Inglaterra, Ecuador, Panamá, etc.).

#### B) Elementos formales.

En esta materia se han introducido algunas modificaciones y ciertas matizaciones, pero creemos que la fundamental es la que ya destacábamos al hablar de las orientaciones: el considerable refuerzo que sufre el arbitrio judicial, permitiéndole la valoración de la conveniencia de la adopción para el adoptado y suplir voluntades en ciertos casos.

Sigue respetándose la cualificación del acto jurídico adoptivo como revestido de una forma determinada y condicionado por el consentimiento del adoptado o de las personas que deben darlo y sometido a la aprobación judicial y seguido inevitablemente del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Por ello podríamos seguirlo encuadrando, como dice CASTRO LUCINI (36) dentro de los llamados negocios de formación sucesiva con tres fases (fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo; fase notarial o central generadora del vínculo adoptivo y fase registral, final o de publicidad).

El preámbulo de la Ley explica sucintamente las reformas in-

---

(36) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. III. Forma o procedimiento*, «Anuario de Derecho Civil», 1970, páginas 271 y sigs.

introducidas en este punto (37) y conforme a ello y a los artículos 173, 174 y 175 del Código civil debemos distinguir:

a). *Expediente y aprobación judicial.*

La redacción anterior del Código civil en su artículo 176 establecía que "la adopción se autorizará previo expediente..." La actual redacción del artículo 173 (que hace las veces del antiguo 176) nada dice de "expediente", exigiendo únicamente que la adopción requiere aprobación judicial con intervención del Ministerio Fiscal. No obstante, teniendo en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya vigencia en este punto es clara, ya que no ha sido derogada, es preciso utilizar más que la expresión "expediente" la de "procedimiento". La palabra "expediente" tenía su razón de ser en la redacción anterior, pues cuando el adoptando estuviere sometido a la tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el *expediente* había de ser tramitado exclusivamente por la administración del establecimiento. Hoy, al haber sido suprimida esta posibilidad, sólo queda el cauce judicial del procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 1.825 a 1.832, correspondientes al título II del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

(37) «No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo. Por lo que se refiere al consentimiento se han estimado oportunas algunas matizaciones. En la regulación propuesta son distinguibles tres grados o escalas. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el adoptado mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien falta en el Código civil de una aceptación de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptado. El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptado menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciere la guarda del adoptado. En tales casos el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurrieren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas, opuesto o desfavorable a la adopción».

Debemos advertir, sin embargo, que determinadas disposiciones de dicha L. E. C. están en abierta contradicción con la nueva regulación dada a la adopción y, por ello, será preciso resolver la disyuntiva en forma favorable al Código civil por ser Ley posterior, entendiendo derogadas o no aplicables las disposiciones citadas. No debemos olvidar tampoco que la reglamentación que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene puro carácter supletorio, como lo demuestra su artículo 1.825, al decir: "para aquellos casos en que con arreglo a Derecho sea necesaria licencia judicial para adoptar" (38).

Partiendo de estas bases, debemos distinguir los siguientes requisitos del procedimiento:

1. Se inicia por medio de un escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante (art. 62, 16, L. E. C.), sin que sea preciso la intervención de Abogado ni de Procurador (arts. 4.º y 10 de la L. E. C.), exponiéndose en el mismo las razones que el adoptante tenga para la adopción y, como es lógico, el cumplimiento o concurrencia de todos los requisitos legales exigidos por el Código civil. Al escrito se deberán acompañar las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado y los demás documentos que sean pertinentes, ofreciéndose información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, y sobre la *utilidad* de la adopción para el adoptado (art. 1.825 de la L. E. C.).
2. El segundo requisito de este procedimiento es el consentimiento que, como dice el preámbulo de la Ley, tiene tres grados o escalas: el consentimiento básico, la decisión judicial y el simple trámite de las personas que sólo deben ser oídas.
  - *Deben prestar consentimiento:* a) El adoptante y su cónyuge. b) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. Es preciso en este caso tener en cuenta que el ma-

---

(38) No obstante, como reminiscencia de situaciones anteriores y descuido legislativo, en el artículo 177, número segundo, se sigue hablando de «expediente» y en base de ello nosotros hemos seguido conservando el tradicional epígrafe.



rimonio canónico sólo puede contraerse por el varón a partir de los dieciséis años y la mujer a partir de los catorce, edades que para el civil se reducen a catorce y doce respectivamente. Por ello la dicción legal sólo cobra realidad inmediata en el caso de varón que contraiga matrimonio civil, o la mujer que contraiga matrimonio canónico, pues en los otros dos casos el mayor de catorce años no puede tener cónyuge canónico que preste consentimiento hasta que cumpla los dieciséis y la mujer casada a los doce no precisa el consentimiento del esposo civil. De otra parte en el caso de la adopción plena no será preciso el consentimiento de los menores de catorce años (art. 178 C. c.). En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

c) El padre o la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad.

d) El tutor con autorización del Consejo de Familia si la tutela estuviere constituida (art. 173 C. c.).

En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueran conocidos o se presentaren (artículo 174 C. c.).

Estimamos que el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que los padres del adoptando pueden suscribir la solicitud de adopción, ratificándose de ella o prestando su consentimiento, sólo puede estimarse en vigor si por "ratificación" debemos entender consentimiento que como hemos visto es preciso conforme al artículo 173 del Código civil.

- Si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento fuera del caso del adoptante y adoptado (consentimientos de los que no se puede prescindir), no pudiera ser citado o citado no concurriese, el Juez resolverá lo que *considerare más conveniente para el adoptando*.

La decisión judicial en estos casos cobra relieve y trascendencia, sin que, como dice el preámbulo, tenga caracteres decisorios en contra del consentimiento del

adoptante y del adoptando menor de catorce años, pero sí en los demás casos.

- *Deberán simplemente ser oídos el adoptado menor de catorce años si tuviera suficiente juicio (entre los que pueden encontrarse todos los casos de adopción plena de menores de catorce años), el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.*

Si cualquiera de los que debieren ser oídos, fuera del caso del adoptado, no puede ser citado o citado no compareciere o compareciendo manifiesta criterio desfavorable a la adopción, el Juez resolverá lo que considere más conveniente a la adopción (art. 173 C. c.).

La Ley de Enjuiciamiento Civil añade en el artículo 1.827, que cuando el adoptando sea mayor de *siete años*, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice. Este artículo fue comentado por MADRUGA MÉNDEZ (39), refiriéndolo a la anterior redacción del Código civil, en la que parecía haber contradicción, pues sólo se imponía este trámite de ser oído al adoptado cuando se tratase de adoptados sometidos a la tutela de una Casa de Expósitos (art. 176 del C. c.) y en los casos de petición de extinción de la adopción (art. 175 C. c.). Consideraba dicho autor que el Juez deberá siempre ponerse en contacto con el menor, bien para averiguar la suficiencia de su juicio o estado de razón o bien para explorar su voluntad respecto de la adopción. Estimamos que hoy día el precepto de la L. E. C. cobra relieve y vigencia aunque la edad de siete años en muchos casos no “suponga suficiente juicio” ni prefije la ausencia de “suficiente juicio” de un menor de siete años.

---

(39) Op. cit., pág. 754.

3. El tercer trámite de este procedimiento es la admisión de la información ofrecida por el Juez con citación del Ministerio Fiscal. Esta información deberá ser por lo menos de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el Actuario, y si no los conociere, se presentarán dos testigos, que respondan al conocimiento de aquéllos (art. 1.828 L. E. C.).

Dada la información, se pasará el expediente al Ministerio Fiscal, por término de seis días, para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o si se estima necesario que se amplíe la justificación o se subsane algún defecto en el procedimiento (art. 1.829 L. E. C.). Devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal y subsanados o suplidos, en su caso, los defectos u omisiones que hubiere notado, el Juez llamará los autos a la vista, y dentro de cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente (art. 1.830 L. E. C.).

4. La resolución judicial que revestirá, según hemos visto, la forma de auto, está supeditada a la valoración de conveniencia que el Juez debe hacer, así como lo referente al cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

El Juez, de una parte, debe estimar o valorar la existencia de los requisitos legales o, como dice la L. E. C., estimar que procede la adopción conforme a Derecho (art. 1.831), pero también, y esto es muy importante, valorar lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina la utilidad que la adopción puede tener para el adoptado o como el Código civil establece actualmente: "El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos" (art. 173 C. c.).

La valoración del Juez tiene una gran amplitud en la nueva reglamentación de la adopción, ya que no solamente en el momento de la decisión judicial de la procedencia o improcedencia de la adopción se le otorga la facultad de valorar la "conveniencia", sino que se le impone esta valo-

ración en los casos de dificultades para citar a los que deben prestar consentimiento, a los que deben ser oídos, a la ausencia de concurrencia de unos y otros y a las manifestaciones contrarias a la adopción. En todos estos casos el Juez debe resolver valorando lo "que considere más conveniente" para el adoptando. Igualmente se otorga al Juez la facultad valorativa de la situación de abandono, ya que el artículo 174 dice en su último párrafo que: "La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción". Que la valoración de estas conveniencias y situaciones deben de estar fundamentadas en el propio auto es indudable sólo con pensar en la redacción del artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si el Juez estimare que procede la adopción y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y se entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura (art. 1.831 L. E. C.) En caso de denegación nada dice el texto legal, pero la forma de auto será la más adecuada. Discutida es—según dice MADRUGA MÉNDEZ (40)—la posibilidad de que contra el auto denegatorio quepa recurso. CASTÁN negó su posibilidad (41), pero tanto el autor antes citado como CASTRO LUCINI (42) admiten la posibilidad de recurso (reposición y apelación), conforme a los artículos 1.819 a 1.824 de la L. E. C.

b) *Escritura de adopción.*

Pocas novedades presenta la nueva legislación en este punto. El actual artículo 175 dice que: "Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública..." En relación con el artículo 177 anterior se notan dos modificaciones: a) La palabra "escritura" va seguida ahora del calificativo de pública, que la identifica siempre con la notarial. b) Antes se decía que en dicha escritura se expresarían las condiciones en que se haya hecho y ahora

---

(40) Op. cit., pág. 758.

(41) CASTÁN TOBEÑAS, *Notas a KIPP y WOLF*, tomo 4, *Derecho de familia*, pág. 168.

(42) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 288.

nada de esto se dice. También es preciso destacar la supresión del pacto sucesorio, manteniéndose, sin embargo, el pacto de sustitución de apellidos.

De los diversos problemas que la doctrina ha planteado en el otorgamiento de la escritura pública, estimo que pueden destacarse tres fundamentales: 1) El valor de la escritura. 2) Las personas que en ella deben comparecer. 3) El contenido propio de ella.

Por lo que se refiere al primer punto hay cierta unanimidad en la doctrina—referida siempre a la legislación anterior—en considerar a la escritura pública como el momento culminante en el que la adopción se perfecciona eliminando la otra posibilidad en la que el Notario, como dice CASTRO LUCINI (43), se limita a dar fe de que la adopción existe, pero no crea el vínculo. Militan en la dirección de considerar a la escritura pública como constitutiva PIÑAR LÓPEZ (44), LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA (45), PUIG PEÑA (46), PERE RALUY (47), DE CASTRO (48) y MADRUGA MÉNDEZ (49). Se destaca como postura aslada la de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (50), que hace residir en el auto judicial toda la fuerza de la adopción, ya que los consentimientos son precisamente dados en el procedimiento judicial y no deben ser reproducidos en la escritura. Utiliza algún otro argumento como el de la antigua sanción de nulidad que establecía el artículo 176 del Código civil y que no se establecía en el 177 al hablar de la escritura. Estimo que poco se puede añadir a las brillantes argumentaciones dadas por la doctrina en defensa del carácter constitutivo de la escritura pública, aparte de que la legislación, al no variar nada en este punto, permite utilizar favorablemente esos argumentos. No obstante, creo que debemos apuntar la idea de que la escritura pública al ser exigida por el legislador sólo puede tener por objeto dos finalidades: o ser forma constitutiva de la adopción o servir de vehículo para lograr la inscripción

---

(43) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 294.

(44) Op. cit., pág. 159.

(45) Op. cit., pág. 429.

(46) PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 1.045.

(47) PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, pág. 480.

(48) DE CASTRO Y BRAVO (F.), *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, página 219, y *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, pág. 78.

(49) Op. cit., pág. 759.

(50) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B.), *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, págs. 42 y sigs.

en el Registro Civil, al estilo del Registro de la Propiedad. Esta segunda finalidad debemos descartarla, ya que, conforme al artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o por declaración en los casos señalados por la Ley. Todos sabemos que el testimonio judicial del auto con el que acaba el procedimiento de jurisdicción voluntaria de la adopción es documento auténtico y, por ello, no cabe pensar que el legislador haya querido añadir un nuevo documento auténtico, sino dar a la escritura pública otro rango y carácter (51).

En lo referente a las personas que deben comparecer en la escritura pública se hace necesario la cita de PIÑAR LÓPEZ (52), que es de los primeros en plantear el problema de si en la adopción de los menores de edad debe o no comparecer el adoptado. A tenor del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la escritura "intervendrán el adoptante, el padre o madre del adoptado y éste si fuera mayor de catorce años", lo cual provocaba cierta antinomia con el primitivo artículo 178 del Código civil y el 176 en su reforma de 24 de abril de 1958. El citado autor resolvía el problema considerando que tan sólo el adoptante o adoptantes, el adoptado si es mayor de edad o las personas que por minoridad o incapacidad del adoptado representen a éste, son las que han de comparecer y otorgar su consentimiento para que la adopción surja. LA RICA (53) solucionó el problema sosteniendo que la antinomia podría resolverse pensando en que existe una edad especial de catorce años para ser sujeto pasivo de la adopción. Estimo que la posición más acertada y la que parece encajar más en la terminología y espíritu actual de la Ley es la que mantuvo CASTRO LUCINI (54) al decir que el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe reputarse derogado y que en todo caso será el Notario quien determinará quiénes deben intervenir en el otorgamiento de la escritura y el

---

(51) No obstante se hace preciso apuntar que el preámbulo de la Ley, con cierta influencia interpretativa de la mente del legislador, dice que la adopción requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, «todo ello con igual valor constitutivo». Lo cual demuestra que la escritura pública sigue siendo el último momento de un acto sucesivo en el cual todas sus fases son constitutivas.

(52) Op. cit., pág. 160.

(53) LA RICA Y ARENAL (R.), *La adopción y sus problemas jurídicos*, en esta REVISTA, 1950, págs. 89 y sigs.

(54) CASTRO LUCINI (F.), III parte, pág. 292.

modo y manera de acreditar la representación de los incapaces y demás personas en casos especiales a tenor de lo que dispone el Reglamento Notarial (art. 164, 168). En la escritura de adopción deberán intervenir el adoptante, el adoptado si es mayor de edad y capaz, o menor emancipado (no debemos olvidar que el artículo 173 actual exige el consentimiento del adoptado menor de catorce años y de su cónyuge, lo cual supone una posible emancipación por matrimonio, siempre y cuando se cumplan las edades que para contraerlo exige la legislación canónica y la civil, según la clase de matrimonio), su representante legal en otro caso y el cónyuge del adoptante (55).

El último punto que nos queda por abordar es el del contenido de la escritura pública que hoy día queda un poco huérfano de regulación al haberse suprimido aquella frase del artículo 177 del Código Civil "expresando en ella las condiciones en que se haya hecho". Estimo que la estructura de la escritura de adopción en cuanto al orden de su contenido debe ser el de todas las demás: comparecencia, manifestación y exposición de antecedentes, estipulaciones y otorgamiento, siendo preciso que el testimonio judicial del auto se incorpore a la matriz para su reproducción en las copias. La firma del secretario judicial debe ser legitimada por el Notario autorizante. PUIG BRUTAU (56) opina que en la escritura no se pueden alterar los términos de la adopción que figuran en el auto judicial, sobre todo si es en sentido desfavorable al adoptando, pero es preciso estimar como posible que en la escritura se concedan al adoptado derechos superiores a los consignados en el expediente judicial. En el mismo sentido parece pronunciarse CASTRO LUCINI (57). Estimo que en la actualidad las estipulaciones han de sujetarse al contenido del auto judicial y a los límites que la ley marca en los derechos y prerrogativas concedidas al adoptado. Suprimido el pacto sucesorio que admitía estas posibles ampliaciones de derechos, la estipulación queda hoy reducida legalmente al problema de la sustitución de apellidos en la adopción simple (artículo 180, 2, Código civil).

---

(55) MADRUGA MÉNDEZ (J.) en su citada obra opina que en la escritura de adopción deben intervenir las mismas personas que en el expediente judicial, página 758.

(56) Op. cit., pág. 299.

(57) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 295.

c) *Inscripción en el Registro Civil correspondiente.*

Establece el artículo 175 del Código civil en su nueva redacción: que “aprobada judicialmente la adopción... se inscribirá en el Registro Civil correspondiente”. Añade el segundo párrafo que “el Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal”.

Las modificaciones que la actual redacción establece frente a la anterior las explica genéricamente el preámbulo de la Ley, diciendo que: “Tras establecer que el Registro Civil no publicará nada concerniente a la filiación u origen del adoptado, ha parecido mejor, en lugar de regular el derecho de expedición de certificaciones literales, remitirse a las disposiciones del Registro Civil, el cual, sobre todo a raíz de su última reforma, refleja un criterio más restrictivo, con determinación taxativa de supuestos, entre los cuales contempla el de la adopción en términos más limitados que los establecidos por la Ley de 24 de abril de 1958 en el Código civil”. Debemos recordar que la redacción anterior del artículo 178 del Código civil restringía la publicidad registral única y exclusivamente para la adopción plena, mientras que ahora las normas vienen a ser de tipo general para toda adopción, como veremos.

Aparte la Legislación creadora del Registro Civil constituida por la Ley de 8 de junio de 1957 y Reglamento de 14 de noviembre de 1958, es preciso tener en cuenta el Decreto de 22 de mayo de 1969 por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Registro Mercantil, La Resolución de 24 de febrero de 1970 sobre Instrucciones en materia de Registro Civil a los juzgados de Paz y la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1970 sobre los cambios de apellidos.

Conforme a todo ello podríamos distinguir cuatro puntos claves en orden a estas inscripciones: a) Registro Civil competente. b) Forma y contenido de la inscripción. c) Valor de la misma y d) Publicidad.

- El Registro Civil competente para verificar la inscripción de la adopción es siempre el que contenga la inscripción de nacimiento del adoptado, (artículo 46 de la Ley del Registro



Civil, aunque, conforme al artículo 2 del Reglamento, los particulares podrán formular peticiones ante el Registro Civil de su residencia o domicilio cuando la Oficina competente, a la que se dará inmediato traslado, radique en otro término o demarcación. Caso de falta de competencia de cualquier Registro lo será el Central en la forma que establece el artículo 18 de la Ley.

- La forma de la inscripción se reduce a una anotación marginal. Dispone el artículo 46 de la Ley que la adopción se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Se verificará en virtud de copia de la escritura pública y, conforme al artículo 6 del Reglamento, en el plazo de tres días siguientes al otorgamiento de la escritura. En la inscripción se harán constar, según dispone el artículo 175 del Reglamento, si la adopción es plena o menos plena, debiendo entenderse reformado dicho precepto en el sentido de hablarse hoy día de adopción plena y simple. Igualmente se hará constar las circunstancias generales que establece la Ley y el Reglamento.
- El valor de la inscripción—como dice CASTRO LUCINI (58)—queda reducida a ser título legitimador, careciendo de valor constitutivo. La adopción no inscrita no puede, de otra parte, oponerse al tercero de buena fe.
- Respecto a la publicidad, la adopción se ajusta a las normas genéricas de la Ley y Reglamento del Registro Civil, por lo cual puede llegarse a su conocimiento a través de la manifestación y examen de los libros, así como a través de las certificaciones literales y en extracto (artículo 6 de la Ley).

Esta publicidad está también facilitada por la constatación que en el Libro de Familia y en el de Filiación se hace de la adopción, aunque en los casos de la adopción plena el artículo 36 se remite al 21 del Reglamento. Y los artículos 21 y 22 de dicho Reglamento, éste último reformado por el Decreto de 22 de mayo de 1969, precisan que no se dará publicidad, sin la autorización del Juez de Primera Instancia

---

(58) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 297.

- de las adopciones cuando el adoptado lleve como primer apellido el del adoptante, no necesitando dicha autorización
- en la adopción plena, el adoptado mayor de edad y en la menos plena (o simple, actualmente), el adoptante, el adoptado y los ascendientes, descendientes o herederos de uno y otro.

De las consecuencias de estas restricciones y de otras disposiciones de la legislación del Registro Civil, nos ocuparemos más adelante.

### C) *Efectos de la adopción.*

Ya destacamos al hablar de las orientaciones el gran avance legislativo que suponía el efecto fundamental que se concede hoy día a la adopción en general: la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos. Este avance se llevó a sus últimas posibilidades por la Ponencia frente al proyecto formulado por la Comisión de Justicia, sobre todo en lo que se refiere al aspecto sucesorio del que más adelante trataremos. El preámbulo de la nueva Ley dice que: "La Ley, al enunciar como norma general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, salvo preceptos expresos en sentido distinto—los cuales principalmente han quedado circunscritos a algunos aspectos del régimen sucesorio—, se mantiene fiel a su tendencia muy difundida en el mundo que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción". El artículo 176 del Código civil en su nueva redacción dice en su primer párrafo: "En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo".

Adoptando clasificaciones ya tradicionales en este punto, podríamos distinguir, a los efectos de precisar estos efectos, los que son puramente personales de los patrimoniales y sucesorios.

#### a) *Personales.*

Dentro de ellos es preciso destacar en forma general la orientación que la nueva Ley lleva en sí al procurar reforzar el *status* de hijo adoptivo iniciando una desvinculación entre el adoptado y la familia de origen. Para su precisión conviene distinguir:

1. *Patria potestad*.—Dispone a este respecto el artículo 176, 3, del Código civil que “la adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad”. La norma es de tipo general aplicable, por tanto, a la adopción simple como a la plena.

La nueva regulación unificada en este punto presenta esa idea antes apuntada de la desvinculación de la familia de origen que se manifiesta, a diferencia de la legislación anterior, en que cuando faltase el adoptante en la plena la patria potestad se extinguía y en la simple pasaba a los padres por naturaleza (arts. 179, 2.º, y 180 C. c.). Actualmente cuando se extinga la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los capítulos II y IV del título IX, libro I. El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.

De otra parte, aunque parcialmente ya estaba recogida la norma, la prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afectan a la adopción (art. 177, 2, C. c.). Como vemos, a la dicción del antiguo artículo 175 del Código civil, en su último párrafo, se le ha agregado nada menos que la ineficacia de la prueba de la filiación legítima, sin perjuicio de que tanto los padres legítimos como los naturales puedan impugnar la adopción dentro de los dos años siguientes a la misma en los casos de no haber intervenido en el procedimiento (el art. 177 habla de “expediente”) o no haber prestado consentimiento, si probaren que fue por causa imputable a ellos (art. 177, 2.º, C. c.).

Debe también señalarse en este proceso desvinculador de la familia de origen el dato que ya apuntábamos al hablar de la definición que el Código civil hace de los abandonados y que exige el transcurso de “seis meses” (antes era preciso que transcurriesen tres años, conforme al art. 178, 2, del Código civil), sin que el padre, madre o tutor se “interese” por él de modo efectivo mediante actos que demuestren

su voluntad de asistencia. Antes, las meras preguntas o visitas por parientes del abandonado interrumpían ese lapso de tres años y hacían difícil la adopción a temprana edad. Ahora, la mera petición de noticias "no interrumpe por sí sola el referido plazo de seis meses" (art. 174).

Por lo que a la adopción plena se refiere, la desvinculación llega al máximo, pues según el artículo 178, 4, del Código civil, al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, prescindiendo de las matizaciones que respecto de alimentos establecía la normativa anterior (art. 179, 2, y 3 C. c.).

Regla general, también en materia de patria potestad, es que cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154, 1.º, del Código civil; esto es, al padre y en su defecto a la madre. Con esta disposición se hace incierta la dicción del artículo 168 del Código civil en la redacción que al mismo le dio la Ley de 24 de abril de 1958: "Las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad...". El signo legislativo español es el de la precipitación y, sobre todo, el de no saber o no querer afrontar en los casos inevitables de reformas parciales un retoque general de la legislación, que queda afectada por la reforma.

Lo dicho del artículo 168 del Código civil puede predicarse del artículo 47 del Código civil. Conforme a dicho artículo, si se tratase de hijos adoptivos, se pedirá la licencia para el matrimonio al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará del Consejo de Familia; si es menos plena (ahora simple), antes que a éste, se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda. Y esta normativa era lógica antes de la última reforma, pues en el caso de la adopción menos plena, en defecto del adoptante, la patria potestad pasaba a los padres por naturaleza; pero ahora hemos visto que, en defecto de la patria potestad del adoptante, la institución tutelar y el Consejo de Familia son las personas encargadas de la guarda del menor adoptado.

Y la pregunta surge inmediata: ¿Debemos entender derogadas estas disposiciones que están en contradicción con la nueva reglamentación—entre ellas, el artículo 168, 47, y otros que veremos del Código civil y 1.831 y 1.832 de la L. E. C.—o debemos hacerles decir cosa que no dicen? La actual Ley reformadora del Código civil en materia de adopción no ha tenido ni la más previsora disposición derogatoria en lo que contradiga a sus preceptos y, sobre todo, en esa normativa de prohijamientos, acogimientos y demás figuras colindantes con la adopción.

Debemos, sin embargo, respetar esa disposición del artículo 166 del Código civil, en el cual al padre adoptante en forma menos plena (ahora simple) se le priva del usufructo de los bienes de los hijos adoptivos, así como de la administración de dichos bienes, salvo que presten fianza a satisfacción del Juez para asegurar sus resultados. Digo que debemos respetar esta disposición—que al contrario de las otras no está en contradicción con la nueva normativa—, pues en ella se prevé que “en todo lo no regulado expresamente de *modo distinto* por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo” (art. 176 C. c.).

2. *Vínculo parental*.—Dispone actualmente el artículo 176. 3, del Código civil en forma general que: “La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

Creo que el comentario más acertado—y, por tanto, más previsor en este punto del vínculo parental—es el que adelantó PIÑAR LÓPEZ (59), en su conocidísimo trabajo, diciendo: “Tan parcos y limitados son los efectos que estatutariamente nacen de la adopción, que puede preguntarse si en nuestro Derecho es lícita la frase *filiación adoptiva*, como paralela a la *filiación legítima* y *filiación natural*, toda vez que si el vínculo de filiación confiere un *status* de pa-

---

(59) Op. cit., págs. 171 y sigs.

dre y de hijo y por *status*, hemos de entender, al decir de FALZEA, una cualidad personal que coloca al sujeto en una situación jurídica compleja, integrada por todo un sistema de derechos y deberes, difícil resulta atribuir dicho *status filiationis* a las personas ligadas por el vínculo civil de la adopción. En efecto, el *status filiationis*, aparte de las acciones de impugnación y de reclamación, viene caracterizado, como se desprende de los artículos 114, 127 y 134, por un triple derecho del adoptado al nombre, a la prestación alimenticia y a la sucesión. Pues bien, el examen más ligero y superficial de los artículos 175, 176 y 177 del Código civil pone de relieve que, estatutariamente, del vínculo adoptivo no surge más derecho que el de exigir la prestación alimenticia. El derecho al nombre y el derecho a la sucesión son fruto de la simple estipulación de las partes".

Estas ideas, escritas en el año 1950, no fueron plenamente recogidas por el legislador del año 1958, aun cuando algo se adelantó en materia de adopción en aquella reforma legislativa, pero lo grave es que tampoco ahora se ha llegado a su plenitud. Es bien cierto que la Ley proclama la existencia de parentesco entre adoptante y adoptado, y que el hijo adoptivo tiene los mismos derechos y obligaciones que el legítimo, pero a la hora de concretarse esta afirmación legislativa quiebra en algunos puntos. Es bien cierto que, en la adopción plena, los derechos al nombre, a los alimentos y a la sucesión (con cierta restricción que luego veremos) parecen afirmar ese *status filiationis* de que nos habla PIÑAR LÓPEZ; pero en la adopción simple, la afirmación legal quiebra en el derecho al nombre (que sólo surge de la estipulación expresa de la escritura pública) y en el Derecho sucesorio, donde los derechos y obligaciones de padre e hijo legítimo se transforman en padre e hijo natural (art. 180 C. c.).

El vínculo parental, aparte de esta triple dirección apuntada, se circunscribe a una relación entre adoptante y adoptado y descendientes de éste (no dice si legítimos o naturales, cosa que antes se reducía a los legítimos, según

el art. 174 C. c.), eliminando toda relación del adoptado con la familia del adoptante. Es decir, la familia del adoptante (ascendientes, descendientes, colaterales y afines) no quedan vinculados con el adoptado y son considerados como "extraños", salvo el caso de impedimentos matrimoniales. Este caso lo recoge el artículo 84, 5, y 6 del Código civil: que impide el matrimonio al padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste; los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción. Como vemos, al haber suprimido la palabra «legítimos» del vínculo de parentesco que une al adoptante con los descendientes del adoptado obliga a plantear el problema de si el artículo 84, 6, del Código civil debe comprender también a los descendientes naturales dentro de los impedidos para contraer matrimonio con el adoptante.

3. *Derecho al nombre.*—Aquí, la regulación de este derecho es preciso escindirlo, pues no es común a las dos clases de adopción. La distinción entre la plena y la simple es decisiva:

— En la adopción plena, el artículo 178 del Código civil dispone que: "El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes". Para asegurar esta "ficción legal", la legislación anterior imponía silencio al Registro Civil respecto de los apellidos que en el acto de nacimiento se hubiesen impuesto al adoptado, ni de dato alguno que revelase su origen, y solamente con autorización judicial se podía lograr una certificación literal.

La legislación actual, tras establecer en el artículo 175 que el Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, dice el preámbulo de la Ley, que en lugar de regular el derecho de expedición de certificaciones literales, se remite a las disposiciones del Registro Civil, el cual, sobre todo a partir de la última reforma, refleja un criterio muy restrictivo en este punto. Como de esta materia hemos de tratar más adelante al

afrontar los problemas de las sucesiones, transmisiones y liquidaciones, junto con las cuestiones que de ellas se desprenden y del silencio que la Ley impone, sólo diremos aquí que son fundamentales los artículos 17, 19, 21, 22, 27 y 29 del Reglamento del Registro Civil, reformado parcialmente por el Decreto de 22 de mayo de 1969. También debemos citar los artículos 201 al 204 del mismo Reglamento, que regulan lo relativo al nombre del adoptado y que, por lo que a la adopción plena se refiere, disponen que cuando la adopción se hace por varón, tiene por el mismo orden los apellidos del adoptante; pero si el adoptante es mujer, llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden de los mismos en la escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción (art. 201 del Reglamento del Registro Civil). Expresamente regula la forma de hacer la modificación de apellidos posteriormente a la adopción el artículo 203 del mismo Reglamento (60). Es regla substantiva e importante la que recoge el artículo 204 del mismo Reglamento, al establecer que el adoptado transmite a sus descendientes el primer apellido, alcanzando el cambio de apellidos a los sujetos a la patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consientan en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes.

No se regula, por ser posterior la reforma, los complicados casos que pueden surgir en caso de adopciones de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del consorte, sobre todo cuando se trata de la adopción plena.

- En la adopción simple, el derecho al nombre depende de la estipulación que expresamente se establezca en la escritura de adopción. Dice a este respecto el artícu-

---

(60) Artículo 203: «El uso de los apellidos del adoptante, su anteposición o la sustitución de los apellidos no naturales, puede establecerse después de la adopción con sujeción a las formalidades de ésta, o a petición del adoptado, por autorización de Ministerio de Justicia, si el adoptante o sus herederos y, por sí o sus representantes legales, el cónyuge y descendientes de aquél lo hubieran consentido».



lo 180, 2, que: "En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptado por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos".

Completa esta disposición el Reglamento del Registro Civil, que prevé el caso de que se estipule el uso de apellidos del padre o madre adoptantes, pero "sin señalar el orden". La redacción del actual artículo 180 en este punto parece más exigente que la anterior, ya que antes se hablaba de que "podrá usar el apellido... si se expresa en la escritura..., en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos". Actualmente parece que lo facultativo es la estipulación de la sustitución de apellidos, pero es imperativo la fijación del orden de los mismos. No obstante, cabría también la interpretación—para así dejar a salvo el artículo 202 del Reglamento del Registro Civil y, por supuesto el artículo 56 de la Ley del mismo Registro—, considerando que el orden debe fijarse siempre cuando se estipule el uso de un apellido de cada procedencia, en caso de ser dos los adoptantes... Suponiendo que esté vigente el artículo 202 del Reglamento del Registro Civil, diremos que en el mismo se establece que, en el caso de no señalar orden y hacerse la adopción por el padre, se antepondrá al primer apellido natural el del adoptante, y en caso de ser mujer la adoptante, el apellido primero de ésta precederá al segundo del adoptado. Los apellidos *no naturales* pueden ser sustituidos en todo caso en la escritura, según la línea, por los del adoptante. Debe tenerse en cuenta también la disposición transitoria 6.ª del Reglamento del Registro Civil, que arbitra unas normas para cuando no se hubiera establecido el orden de apellidos en la adopción.

4. *Otros efectos personales.*—Para no hacer excesivamente larga esta exposición, agrupamos dentro de este epígrafe otros que vamos a sintetizar en aras a la brevedad:

- Deuda alimenticia. La redacción anterior establecía este derecho del adoptado y del adoptante, subordinándolo al preferente de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos; pero desde el momento en que la Ley equipara al adoptante y al adoptado como padre e hijo legítimo, atribuyéndoles los mismos derechos y obligaciones, queda claro que les son aplicables sin restricciones las normas que el Código civil establece sobre la deuda alimenticia (arts. 142 al 153 del C. c.). Ello quiere decir que nunca en el orden de parientes con derecho a alimentos pueden ser preferidos a los adoptivos—como antes lo eran por virtud del artículo 174 del Código civil—los hijos legítimos y los naturales reconocidos. El criterio orientador que trata de desvincular al hijo adoptivo de la familia natural se refleja en el último párrafo del artículo 178, referente a la adopción plena que libera al adoptado de todo deber con los ascendientes o colaterales por naturaleza, lo cual implica que no “deba” alimentos a dichos parientes.

La disposición anterior, que establecía la conservación de los derechos de alimentos del adoptado frente a su familia natural cuando no los pueda obtener del adoptante, deben reputarse derogados por el criterio desvinculador que la legislación persigue y solamente en los casos de que la impugnación de la adopción logre la extinción de la adopción, podría hablarse de este derecho del adoptado y, como es lógico, del correspondiente a los padres por naturaleza, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código civil.

- Defensa tutelar. Estimamos que la antigua disposición del artículo 174 del Código civil, en el que al hablar de la tutela y defensa del ausente se concedía derecho de preferencia a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos, ha quedado derogada y es preciso sostener hoy día en pie de igualdad al hijo adoptivo con el legítimo por la equiparación que a éstos y otros efectos hace el artículo 176 del Código civil.

Pueden señalarse dentro de estos efectos el trato de favor que se dispensa a los extranjeros menores de edad que hubiesen sido adoptados por españoles en orden a la adquisición de la nacionalidad española, pues el plazo queda reducido a una vecindad de dos años (artículo 20 del Código civil en su redacción de 15 de julio de 1954). Igualmente cabe incluir aquí el artículo 58, 1, de la actual y vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, en el que se concede al adoptado el derecho a suceder en el arriendo al fallecimiento del inquilino si la adopción se realizó antes de los dieciocho años. Iguales condiciones exige el artículo 24, 1, para que el inquilino pueda subrogar en sus derechos al hijo adoptivo, exigiéndose, además, una convivencia habitual con dos años de antelación.

El Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de 15 de octubre de 1958, reformado parcialmente por la Orden de 3 de febrero de 1964, se refiere a los hijos adoptivos, pero no los pone en pie de igualdad con los legítimos. A ellos se refería el antiguo artículo 71 y actualmente lo hace el 82 a los efectos de obtener los complementos o las pensiones de viudedad u orfandad. Y dice dicho artículo que se entiende por familia del Registrador, aparte de la viuda, los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos; los adoptivos, que podrán obtener de la Mutualidad el complemento que les correspondería de tener igual pensión de Clases Pasivas que los hijos legítimos, siempre que no haya otros familiares con derecho preferente a la pensión. El párrafo 2 de dicho artículo precisa por remisión quién debe entenderse por familia del personal auxiliar.

#### b) *Patrimoniales o sucesorios.*

Una de las principales materias afectadas por la reforma legislativa es la que se refiere a los efectos patrimoniales o sucesorios del hijo adoptivo. De todos es conocido el primitivo sistema del Código civil, en el que se atisbó un sistema sucesorio del hijo adoptivo en el artículo 177 y que provocó diversos trabajos de gran altura doctrinal (61), que fueron el precedente del sistema

---

(61) CASTÁN TOBEÑAS (J.), *La sucesión «ab intestato» del hijo adoptivo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1916, págs. 39 y sigs.; CABELLO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Madrid,

que implantó definitivamente la Ley de 24 de abril de 1958, basándose fundamentalmente en el sistema del "pacto sucesorio" y que, como es lógico, damos por conocido.

El proyecto presentado por la Comisión de Justicia a las Cortes eliminaba o superaba el sistema de pacto sucesorio, pero complicaba de una forma extraordinaria el problema sucesorio, ya que, después de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos, deslindaba unos supuestos de concurrencia, tanto en sucesión testada como en la intestada que con sólo su lectura se nublaba la visión jurídica del problema. La discusión parlamentaria fue dura y llena de sugerencias, precisándose dos posturas: la de los que trataban de equiparar al hijo adoptivo con el legítimo (y ahí—según dijo el Procurador FANJUL—puede estar el éxito o el fracaso del proyecto) y la que pretendía la equiparación al hijo natural reconocido. Triunfó la posición intermedia que recoge la actual redacción del Código civil: en la adopción plena, el hijo adoptivo ocupa la misma posición que los hijos legítimos, con las dos particularidades siguientes: si concurre con hijos legítimos no podrá ser mejorado más que el hijo legítimo menos favorecido, y si concurrese con hijos naturales, cada uno de ellos no podrán percibir menos porción que el adoptivo (art. 179 C. c.).

Se completa la regulación estableciéndose en el mismo artículo 180 que los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos. Los parientes, por naturaleza, no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código (art. 179 C. c.).

Para la adopción simple, la equiparación al hijo legítimo no fue posible. El hijo adoptivo, aunque para otros efectos sea legítimo, ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante, por su parte, ocupa en

---

1917; ROBLES, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en esta REVISTA, 1942, págs. 464 y sigs.; DE LA CÁMARA ALVAREZ (M.), *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, «Revista de Derecho Privado», 1951, págs. 89 y sigs.; VALVERDE Y VALVERDE (C.), *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, pág. 460; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, página 134; ORTEGA LORCA, en la 5.ª edición de MUSCIUS SCAEVOLA, tomo III, páginas 728 y 729; VALLET DE GOYTISOLO (J.), *La donación «mortis causa» en el Código civil*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, página 762, etc.

la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural (art. 180 C. c.).

Explica esta nueva regulación el preámbulo de la Ley, diciendo que: "Con la atribución a adoptado y adoptante de la posición sucesoria del hijo y del padre legítimos, el Proyecto agota las posibilidades de favorecimiento del vínculo adoptivo. El no poder recibir, por vía de testamento, el hijo adoptivo más que el legítimo menos favorecido, no es un límite propiamente dicho, sino más bien la consecuencia de la estricta equiparación que de lo contrario resultaría desbordada. Alguna atenuación de la regla ha de reconocerse, en cambio, en la hipótesis del hijo adoptivo único". Y por lo que se refiere a la adopción simple, dice dicho preámbulo: "Superado el sistema, a la par insuficiente y expuesto a complicaciones, del pacto sucesorio, al hijo adoptivo en la adopción simple se le reconocen por la Ley unos derechos que tienen considerable entidad y sobrepasan incluso a los hasta ahora otorgados por la adopción plena".

En la única disposición transitoria de la Ley se dispone la posibilidad de que las adopciones anteriores a la vigencia de la presente disposición puedan adaptarse a sus disposiciones, diciendo que en el caso citado puede "quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado". De las repercusiones que el sistema sucesorio plantea y de esta situación transitoria hablaremos posteriormente al enfrentar el problema con el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora.

#### D) *Extinción de la adopción.*

Como la adopción—decía el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1858—ha de gozar de la mayor estabilidad por afectar profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad, concorde o unilateral de los interesados. Por ello, ya en dicha legislación se estableció el principio de que la adopción era irrevocable.

Actualmente, con la nueva redacción de la Ley de 4 de julio de 1970 se dice en su preámbulo que: "La extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas, en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga el verda-

dero significado de principio jurídico básico la irrevocabilidad proclamada al frente del artículo correspondiente. La norma, ya establecida en el texto anterior acerca de que el reconocimiento de la filiación no afecta a la adopción, comprende en el Proyecto, además, el supuesto de la prueba de la filiación legítima”.

Bajo este principio general y esas orientaciones se dispone en el artículo 176 del Código civil:

“La adopción es irrevocable.

La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

*Primero.*—El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiese desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes..

*Segundo.*—El padre o la madre legítimos o naturales, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos”.

Aparte el avance ya señalado por el preámbulo, debemos señalar—con relación a la legislación anterior—que los plazos para la petición de extinción se han acortado sensiblemente, pues de cuatro pasan a ser de dos años, y ese derecho del padre o madre legítimos, para pedir la extinción de la adopción, ciertamente contrario, como decía ESPÍN CÁNOVAS (62), al principio de irrevocabilidad, se condiciona—como dicho autor apuntaba—al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales figuran la prueba de su falta de intervención en el expediente, su falta de consentimiento y su inimputabilidad por estos hechos.

(62) ESPÍN CÁNOVAS (D.), *Una nueva familia civil: la adoptiva*, Salamanca, 1963. págs. 6 y 14.

No cabe duda que, aunque en la actualidad no se reproduce lo que disponía el artículo 176 en orden a la nulidad de la adopción (será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos), la norma sigue siendo la misma, y toda adopción que no se ajuste a lo preceptuado en la Ley queda viciada de nulidad por disponerlo así genéricamente el artículo 4 del Código civil.

### III

#### REPERCUSIONES REGISTRALES DE LA NUEVA REGULACIÓN

Expuesta en forma genérica la reglamentación actual de la adopción y afrontando solamente aquellos problemas que hemos considerado de cierto interés, debemos en esta tercera parte del trabajo enfocar el estudio de la adopción, frente a una institución que en su función publicitaria exige para el despliegue de sus efectos que los actos que puedan provocar sus asientos sean válidos y estén ajustados a la Ley. Nos estamos refiriendo al Registro de la Propiedad que, con su principio de calificación, hace de gran juez para decidir si el acto que se pretende inscribir se encuentra tramitado con arreglo a la Ley. Para gozar de la publicidad y protección que el Registro de la Propiedad otorga es preciso someterse al control de la legalidad.

La equiparación que la Ley hace entre hijos legítimos y adoptivos, y las limitaciones que la Ley del Registro Civil impone para el conocimiento de la cualidad de adoptivos de los hijos, no serían ciertamente dificultades si sólo existiese un hijo adoptivo y no hubiese concurrencia de hijos adoptivos con legítimos, legitimados, naturales y adoptivos que legalmente ostentan diferentes derechos frente al adoptado. Existiendo estas diferencias, tanto en la adopción plena como en la simple, la falta de publicidad del Registro Civil ha de dificultar enormemente la tramitación de los actos patrimoniales y sucesorios en los que intervenga un hijo adoptivo y, además, concurren otros que no lo sean o que, siéndolo, hayan sido adoptados de nuevo. Sólo con hacer un repaso general de instituciones, como el testamento, la preterición, la

desheredación, la representación, la sustitución, la sucesión *ab intestato*, las reservas, las reversiones, las enajenaciones, cancelaciones, etc., hemos de ver cómo hay algo difícil de encajar sin la potente ayuda de la publicidad del Registro Civil.

En las lecturas apresuradas, hechas para redactar estas líneas, encontré unos párrafos que me han impresionado y que creo ya he citado en este trabajo. Se refieren a que la "ficción jurídica", creada por la adopción, debe ser llevada hasta los últimos extremos, haciendo siempre creer al adoptado, que es de derecho y de hecho, hijo legítimo. Dice MADRUGA MÉNDEZ (63) que: "La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se producirá duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos, si se le descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad". Pero este gran secreto—muy parecido en su montaje a la institución de los Reyes Magos—debe ser revelado, como dice CASTRO LUCINI (64), en el momento de morir el adoptante y sucederle el adoptado. El aspecto fiscal de la adopción y las inevitables operaciones registrales a que dará lugar una testamentaria abren el secreto de la adopción y ponen al adoptado frente a una dura realidad: «*La Ley te ha considerado como legítimo, pero te ha mentido, tú no eres más que un adoptado*». Sin poder entrar ahora en los nuevos procesos educativos ni en sus directrices principales, ni en la problemática de la juventud actual, lo cierto es que la línea que parece apuntarse en el proceso educativo es la de la claridad, el de la ausencia de mentira, el de la sinceridad. Nos extenderíamos demasiado al intentar desarrollar este punto, y por ello solamente cabe una cita de LÓPEZ IBOR en su conocido libro *Rebeldes* (65), en donde se dice que "la tradición es la hipocresía; el progreso, la sinceridad", aunque tampoco se descarta la posibilidad de una hipocresía que "es creadora como la sinceridad".

Por todo ello entiendo que si la juventud actual avanza con

(63) Op. cit., pág. 780.

(64) CASTRO LUCINI (F.), *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*, «Anuario de Derecho Civil», 1962, pág. 654.

(65) LÓPEZ IBOR (J. J.), *Rebeldes*, Editorial Rialp, 1965, págs. 52 y 57.



plena capacidad recepticia de sinceridades, y de exigencias de éstas, no puede hablarse de *traumas psíquicos* y procesos que originen estados de inferioridad. Los padres adoptantes deben afrontar ese problema como uno más de los educativos del niño que va creciendo. O eso, o que la Ley arbitre un sistema de "ficción legal" llevada a los últimos extremos, donde en ningún momento—ni siquiera el fiscal—pueda el niño adoptado descubrir su verdadero origen. Esto es, habría que regresar históricamente a la institución germánica del procedimiento simbólico, imagen de la generación presunta, del *perpallium et indusium*, de la que hablaba con auténtico ardor un amigo facultativo, al decirme, "ya que estamos mintiendo, hagámoslo con todas las consecuencias: finjamos una maternidad".

Prescindiendo de estas consideraciones que sólo trataban de centrar el momento culminante del descubrimiento de la cualidad de hijo adoptivo—de la que nadie tiene por qué avergonzarse—, pasemos al examen de una serie de problemas que la nueva reglamentación provoca en relación con el Registro de la Propiedad:

A) *El problema del pacto sucesorio.*

Del pacto sucesorio solamente cabe hablar actualmente como simple problema transitorio. Desaparecida en la [regulación vigente la "delación contractual" que provocaba el contrato sucesorio, no cabe abordar el problema de la inscripción registral de dicho pacto que la escritura de adopción podía contener.

El pacto sucesorio contenía una vocación hereditaria que atribuía al adoptado la simple e irrevocable cualidad de heredero sin concesión de "titularidad actual" sobre los bienes del adoptante, suponiendo solamente para éste una limitación en sus facultades dispositivas *mortis causa*. La proyección registral de este pacto sucesorio podía tener realidad al amparo del artículo 80 del Reglamento Hipotecario, que admite, como sabemos, la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en lo futuro, en virtud de contrato sucesorio, pero que al intentar llevarlo a la práctica en materia de adopción chocaba con ciertas dificultades en orden al asiento o asientos a practicar. Nosotros hicimos ya un

estudio (66) con carácter de pioneros, concluyendo que era muy difícil predicarse la posibilidad de una inscripción, de una anotación preventiva o de una simple nota marginal, sobre todo si esa inscripción se pretendía realizar antes del fallecimiento del causante adoptante.

Por ello, la supresión del pacto sucesorio no va a provocar alteraciones en las posibles situaciones registrales. Dificilmente encontraremos casos de inscripciones de pactos sucesorios de hijos adoptivos, salvo que éstos hubieran concretado la sucesión a bienes determinados o que se hayan realizado una vez fallecido el adoptante. No obstante, para aquellos casos existentes convendría tener muy presente una norma de Derecho transitorio de cierta trascendencia registral. Dice la disposición transitoria única de la Ley de 4 de julio de 1970 que: "Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones, siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso *quedar sin efecto el pacto sucesorio* si hubiera mediado".

Esta última frase supone negar el carácter de "irrevocable" que la legislación anterior atribuía al pacto sucesorio y admitir su revocabilidad mediante un concierto de voluntades. La Ley, sin embargo, no declara nulo el pacto, sino "sin efecto". No dice la Ley "sin ningún efecto", sino "sin efecto", esto es, sin el efecto principal que la misma producía: la delación hereditaria. Publicada esta delación por el Registro, cuando recaiga sobre bienes concretos, ofrecerá sin ninguna duda ciertas dificultades el problema de su cancelación, ya que los principios de publicidad que rigen la institución registral seguirán publicando, salvo que se cancelen los asientos respectivos, una delación hereditaria y una limitación dispositiva. Creemos que la posible cancelación de esas inscripciones puede llevarse a cabo mediante la nueva escritura pública que deje sin efecto el pacto sucesorio y en la que estimo imprescindible que se consienta expresamente en la cancelación con arreglo al artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

---

(66) CHICO ORTIZ (J. M.ª) y BONILLA ENCINA (J. F.), *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1968, tomo II, 2.ª edición, en pág. 38.

B) *La sucesión testada y la intestada del adoptante frente al Registro.*

La proyección registral de la sucesión solamente tiene lugar en el momento del fallecimiento del adoptante o adoptantes, basándose sobre un título testamentario o *ab intestato*, y un documento particional, cuyo contenido será distinto, según se trate de adopción plena y simple y según la clase de sucesión. Por ello, vamos a distinguir una y otra clase de adopción y en ellas una y otra clase de sucesión:

- a) *Adopción plena.*—La norma general que establece el artículo 176 del Código civil, diciendo: “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”, viene confirmada para la adopción plena en materia sucesoria, diciendo, por ello, el artículo 179 del Código civil que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos con ciertas particularidades.

La actual regulación ha simplificado enormemente la que figuraba en el proyecto de la Comisión de Justicia, pues en él si bien se partía del mismo principio general de equiparación del adoptivo con el legítimo, se restringía el poder dispositivo del adoptante y los supuestos de concurrencia quedaban poco claros y difíciles de resolver. Prescindamos de ellos en aras de claridad.

— Si la sucesión es testada, el hijo adoptivo tiene los mismos derechos legitimarios que los hijos legítimos, pero con una restricción, pues concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión *testamentaria*, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido (art. 179, regla 1.ª, del C. c.).

Ante esta redacción se ofrecen dos dificultades. Una, es la de saber cuándo el hijo adoptivo concurre con hijo legítimo, pues no debemos olvidar que el adoptivo es considerado como legítimo en todo lo no expresa-

mente dispuesto en contrario. La única *pista* para lograr descubrir esta situación es la manifestación del adoptante o adoptantes, ya que la legislación del Registro Civil cierra la expedición de certificaciones, limitando así la eficacia publicitaria. Por lo pronto, la certificación en extracto no da fe de la filiación, y tratándose de adoptados, mencionará únicamente el nombre del padre y madre cuyos apellidos ostentan en primer lugar (art. 29 del Reglamento del Registro Civil). A falta de manifestación del adoptante—que si mentalmente tiene el gran temor del *trauma psíquico* que puede causar al adoptado no dirá nada—habrá que acudir al examen directo, certificación o nota simple informativa, todo ello a juicio del Encargado del Registro, si se solicita por Autoridad o Funcionario, cuando lo exijan los asuntos de su respectiva función (artículo 19 del Reglamento del Registro Civil), o también a la certificación literal con autorización judicial concedida a quien o quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla (art. 21 del Reglamento del Registro Civil). Como en la adopción plena ésta debe ser *conjunta* y los apellidos de los adoptantes se anteponen siempre a los de la naturaleza, la equiparación con los hijos legítimos es prácticamente absoluta en este punto. Sólo en los casos de cónyuges separados, de viudos, de solteros y de cónyuges respecto de hijos del nuevo consorte, podría descubrirse por el funcionario la cualidad de adoptado. En los demás casos es preciso exigir certificación literal.

La segunda dificultad reside en esa palabra que el artículo 179, regla 1.ª, utiliza para matizar la concurrencia. ¿La limitación testamentaria de la mejora se refiere solamente al caso de que el adoptivo concorra “sólo con hijos legítimos” o se da también en aquellos casos en que el adoptado concurre con legítimos, naturales, legitimados y adoptivos? Las reglas interpretativas enseñan que las normas limitativas deben ser interpretadas, no con generalidad, sino ciñéndolas al caso

que el legislador pretende aplicarlas y sin extenderlas por analogía a otros supuestos. A pesar de la redacción, creo que la presencia de hijos legítimos, aun concurriendo con naturales, legitimados y adoptivos, debe mantener el límite que el artículo señala, pues de lo contrario el hijo legítimo que concurriese *solamente* con el adoptivo se beneficiaría de la disposición, viéndose perjudicado el también hijo legítimo que concurriese con otros hijos de diversa procedencia.

Parece que la disposición legal trata de evitar la desigualdad solamente en el *tercio de mejora y*, por ello, la disposición del tercio libre a favor del adoptivo no violaría la normativa del Código civil. No obstante, el proyecto en su redacción no concretaba así la norma, ya que hablaba genéricamente, diciendo que los hijos adoptivos "no podrán percibir más que el hijo legítimo menos favorecido". El sentido restrictivo de la limitación y la palabra *mejora*—aunque no esté precedida del sustantivo "tercio"—hace inclinarse al intérprete por la limitación reducida al tercio de mejora, entendiendo siempre que el otro tercio lo es, efectivamente, de libre disposición.

Hemos apuntado al comienzo que la equiparación entre legítimos y adoptivos sólo tenía la restricción, en la sucesión testamentaria, que la de la concurrencia con los primeros de los segundos, lo cual es bien cierto. ya que la concurrencia con hijos naturales no supone restricción, sino aumento de derechos para los hijos naturales. Conforme al apartado 2.º del artículo 170 del Código civil: "Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo". La gran meta a alcanzar por el hijo natural reconocido es o la de ser hijo adoptivo o la de concurrir con hijos adoptivos, pues la concurrencia con los legítimos no le beneficiaría. En efecto, conforme al artículo 840 del Código civil, en caso de concurrencia con hijos legítimos, los naturales reconocidos solamente tienen derecho a la mitad de la cuota que co-

responde a cada uno de los legítimos no mejorados, si cabe dentro del tercio de libre disposición, pudiendo satisfacer la legítima en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.

Entiendo que cuando concurren con hijos adoptivos—aunque éstos, a efectos sucesorios, puedan ser considerados como legítimos—la norma del artículo 840 del Código civil no tiene aplicación. En primer lugar, porque ya el artículo 179, regla 2.ª, eleva la cuantía de los hijos naturales concurrentes con los adoptivos a la misma porción que éstos, lo cual supone no aplicación del artículo 840 del Código civil, y, en segundo término, porque la excepción que representa el artículo 179 del Código civil, frente al 840 del mismo cuerpo legal, no solamente ha de referirse a la cuantía, sino a la forma de pago que estimo que el hijo adoptivo no puede reducir a dinero o a otros bienes de la herencia a justa regulación. No obstante, caben opiniones en contra y, sobre todo, esa norma genérica del artículo 176 del Código civil, en la que se dice que: “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”, y “expresamente” en el artículo 179 del Código civil no se cercena este derecho.

El artículo 840 del Código civil y su norma complementaria o modificativa del 179, regla 2.ª, será de difícil compaginación en el caso de que concurren hijos legítimos, naturales reconocidos y adoptivos, supuesto claramente advertido por la nueva reforma en diversos artículos. La concurrencia con los legítimos limita a la mitad la de los hijos naturales, pero la concurrencia con los adoptivos eleva la cuantía a la misma que corresponde a los adoptivos, que solamente no supera a la de los legítimos en el tercio de mejora. La limitación frente al hijo legítimo y la elevación frente al adoptivo parecen chocar abiertamente.

Juegan en esta institución testamentaria el problema de la preterición, aunque éste está ciertamente

salvado en parte por esa norma del artículo 772 del Código civil (redactado de acuerdo con la Ley de 24 de abril de 1958), en el que se dispone: "En el testamento *del adoptante*, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos". Aunque esta norma, lo mismo que la citada anteriormente de la concurrencia con los hijos naturales reconocidos, exige demostraciones ulteriores, pues no debemos olvidar que aquí se habla de *testamento del adoptante*. Otro problema en orden a la preterición lo trataremos más adelante, pero se circunscribe a esa frase que emplea el legislador en el artículo 179, último párrafo, al considerar aislados de todo derecho, salvo el del artículo 812 del Código civil, a los parientes *por naturaleza*, dicción demasiado amplia que puede incluir hasta los descendientes legítimos o naturales del hijo adoptivo...

Las instituciones de la transmisión de derechos sucesorios y las sustituciones no creo tengan inconveniente en su aplicación a los casos del adoptado en su calidad de hijo legítimo "asimilado". Pudiera plantear algún problema la desheredación en alguno de los supuestos, ya que habla el artículo 853, 1.º, de haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o *ascendiente* que le desherede. El hijo adoptivo no tiene deberes respecto de la familia del adoptante y, por ello, al *ascendiente*, aunque se le nieguen alimentos, será siempre con justo motivo.

- Si la sucesión es intestada debemos acudir a los llamamientos legales que para la misma establece el Código civil. Por ello, estimamos aplicables los artículos 930 y siguientes del Código civil, sin que en caso de concurrencia con hijo legítimo pueda aplicarse la norma restrictiva que expresamente dispone el Código civil en su artículo 179, regla 1.ª, para la «sucesión testamentaria».

El problema surge cuando la concurrencia sea de hijos adoptivos e hijos naturales reconocidos, cosa siempre poco facilitada en su conocimiento por el legislador. En este caso que no puede estimarse circunscrito a la

sucesión testamentaria, pues de lo contrario se hubiese expresado en la forma que lo hace la regla 1.<sup>a</sup>, la concurrencia de hijos adoptivos con hijos naturales hace que estos últimos no puedan percibir menos porción que el adoptivo (art. 179, regla 2.<sup>a</sup>). Conforme al artículo 942 del Código civil, en el caso de quedar descendientes o ascendientes legítimos (y hay que incluir ya en el primer grupo a los adoptivos por lo dispuesto en el artículo 179 del Código civil), los naturales y legitimados sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841 del Código civil. Creo que la doctrina que debe prevalecer es la del artículo 179 del Código civil, en cuanto ofrece un trato de favor para los hijos naturales reconocidos, pero para que ello sea viable y no se aplique el artículo 942 en su remisión al 840 del Código civil, es preciso demostrar que el hijo que aparentemente pasa como legítimo descubre su verdadera identidad (67).

- b) *Adopción simple*.—La equiparación que el artículo 176, 1.º del Código civil hace entre hijos adoptivos e hijos legítimos prevé la posibilidad de que esta equiparación se haga ilusoria en caso de que la Ley regule “de modo distinto” las consecuencias de esa asimilación. Este es precisamente el caso en que entra en juego una regulación diferente, pues el artículo 180 del Código civil dispone que el hijo adoptivo ocupe en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. Siguiendo la misma orientación que hemos hecho en la adopción plena, distinguimos:

— Si la sucesión es testamentaria, la posición del hijo adoptivo como hijo natural reconocido es la que le corresponde en dicha sucesión, con lo cual habrá que traer a colación los artículos 840 y siguientes del Código civil para su debida aplicación a cada uno de los casos que se vayan presentando. Como el hijo adoptivo “simple” puede tener los apellidos del adoptante o adoptan-

---

(67) Al considerar aplicables los artículos 930 y siguientes del Código civil doy por supuesto que entra en juego el llamado derecho de representación.



tes, o el uso de un apellido de cada procedencia, dependiendo todo de la estipulación de la escritura pública correspondiente, los casos de calificación de tal hijo adoptivo (por conservar sus propios apellidos) o de hijo adoptivo "inducido" de certificación registral, son más viables. Si el adoptivo conserva sus propios apellidos es fácil que el liquidador en su cometido y el Registrador en su calificación descubran su verdadera cualidad y, caso contrario, el Reglamento del Registro Civil en su artículo 22, reformado por el Decreto del 22 de mayo de 1969, dispone que en caso de adopción simple no es precisa autorización judicial para obtener certificación literal cuando la solicite el adoptante, el adoptado y los ascendientes, descendientes o herederos de uno y otro. Con lo cual, los posibles casos de concurrencia de herederos, legítimos, legitimados o adoptivos, pueden ser solucionados más fácilmente.

- Si la sucesión es *ab intestato*, la norma anterior sigue siendo la misma, ya que el adoptivo se considera como natural reconocido. El proyecto que presentó la Comisión de Justicia era excesivamente complicado en este punto, haciendo inviable la aplicación del artículo 942 del Código civil con su remisión al 840 del mismo cuerpo legal (68). Hoy día creemos aplicables sin dificultad los artículos 939 al 945 del Código civil con las limitaciones que luego diremos referidas a la sucesión *ab intestato* del hijo natural. Al considerar aplicables los citados artículos damos por supuesto la aplicación del derecho de

---

(68) Dicho proyecto en el párrafo 3.º del artículo 180 del Código civil decía: «El hijo adoptivo ostenta en la herencia del adoptante la misma posición que los legítimos si no concurre con éstos, con la limitación establecida en la regla tercera del artículo anterior (si el hijo adoptivo único no concurre con otros hijos, el adoptante sólo habrá de respetar en su testamento, en concepto de legítima del hijo, un tercio de la herencia). En caso de concurrir, le corresponderá una cuota igual a la mitad de la legítima estricta de los hijos legítimos. Si concurren hijos naturales reconocidos e hijos adoptivos, recibirán éstos el mismo trato que aquéllos...» Es claro que cuando no concurrían hijos legítimos, los adoptivos tenían el mismo trato, pero cuando en vez de hijos legítimos concurren naturales reconocidos, éstos se equiparan en derechos a los adoptivos, lo cual impedía la aplicación de los artículos 942 del Código civil con su remisión al 840 del Código civil.

representación en la forma que determinan los artículos antes citados.

C) *La sucesión testada y la intestada del adoptado frente al Registro.*

Para la exposición de este punto debemos descender a la doble distinción que hicimos con el adoptante considerando que la adopción sea plena o simple. Las normas generales aquí son prácticamente las mismas, ya que rige el principio de equiparación entre padre adoptante y padre legítimo, salvo las excepciones que presenta la adopción simple. Marginalmente está la llamada familia natural frente a la cual el adoptado no tiene ningún derecho, aunque dichos parientes pueden tenerlo en cierto caso, quedando la duda de si dichos parientes siguen teniendo obligaciones sucesorias frente al adoptado. Procedamos ordenadamente:

- a) *Adopción plena.*—El testamento del hijo adoptivo no tiene, lógicamente, tanta trascendencia como el del adoptante, en el cual se trata de asegurar la subsistencia del hijo adoptivo. No obstante, la equiparación que el Código civil hace entre padre adoptante y padre legítimo a los efectos sucesorios con la frase “los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos” (art. 179, párrafo 2.º), provoca ciertos requisitos a tener en cuenta en el ejercicio de la testamentificación activa del hijo adoptivo.

— Toda la problemática de la sucesión testamentaria reside en salvar el peligro de la preterición que en caso de la adopción plena comprende no solamente los descendientes del adoptado, sino, en su caso, los cónyuges adoptantes, ya que en esta clase de adopción el acto debe ser de “consuno”, salvo los casos de viudez, soltería, separación y adopción de propios hijos naturales (artículo 178, 1.º, C. c.). La preterición no puede alcanzar más allá de los descendientes y padres adoptantes, pues los ascendientes (posibles abuelos del adoptado) no causan parentesco con el adoptado (art. 176, 2, C. c.). También

es interesante apuntar que al adoptado no se le exigen deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza (art. 178, 4.º, C. c.), lo cual excluye de la temida institución de la preterición a dichos parientes. Solución ésta que viene ratificada por el artículo 179, 3.º, del Código civil, al decir que: "Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil".

Debemos fijarnos en la redacción del artículo 179, 3, del Código civil, que habla de que "los parientes por naturaleza" no ostentan derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, lo cual hace que con esta *dicción amplia* debamos eliminar de posibles pretericiones—y consiguientes llamamientos en la sucesión intestada—a los descendientes del menor adoptado, bien sean legítimos, legitimados o naturales reconocidos. ¿Esta interpretación es correcta? Atendiendo a los términos de la Ley no habría ningún inconveniente en afirmarla, pues está hecha en forma muy general y sólo salva de esta prohibición que afecta a los "parientes por naturaleza" a los ascendientes del adoptado que, conforme al artículo 812 del Código civil, pueden suceder con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad. Pero este derecho que se ha querido reconocer a los ascendientes, padres y abuelos por naturaleza [véase la amplitud de este derecho en el proyecto (69)], es preciso relacionarlo con el artículo 178, 4, del Código civil, en el que la *dicción legal* parece ajustarse a sus propios términos, circunscribiendo los *parientes por naturaleza* a los ascendientes y colaterales, dejando abiertas y apli-

---

(69) «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado. Sin embargo, en caso de morir éste, intestado y sin descendencia, dejando bienes o derechos adquiridos a título lucrativo de sus parientes por naturaleza, le sucederán en ellos estos parientes según las reglas de la sucesión intestada». Daba pie esta redacción a comprender no sólo a los padres, sino a los ascendientes y colaterales.

cables las normas legales que rigen la legítima de los hijos y descendientes, legítimos, legitimados y naturales reconocidos, indudablemente también parientes por naturaleza.

Queda en pie el problema de si en la sucesión testada del padre o madre por naturaleza del hijo adoptivo deben respetarse los derechos legitimarios que la Ley concede a todo hijo legítimo. En la legislación anterior el artículo 174 del Código civil en su párrafo 5.º establecía el principio general que el adoptado conservaba los derechos sucesorios que le corresponderían en la familia por naturaleza. En la misma forma se pronunciaba el proyecto de Ley que presentó la Comisión de Justicia a las Cortes. No obstante, en el texto definitivo ha desaparecido tal reserva de derechos y la duda está en si se conservan los mismos o deben considerarse, por el silencio legal, que dichos parientes naturales nada tienen que respetar frente al hijo que es adoptado. Al exponer los criterios orientadores de la reforma dijimos que una de las finalidades perseguidas por la legislación actual es la de "desvincular" al hijo adoptivo de su familia natural, pero aun así creo que debe prevalecer la norma anterior que respeta los derechos del adoptivo frente a la familia natural en base de dos razones:

- 1) Si así no fuera las adopciones que se ajusten a la nueva regulación pondrían en duda el principio de los derechos adquiridos y, aparte de ello, considero que todo lo que pueda beneficiar al adoptivo debe ser respetado.
- 2) El pronunciarse en sentido contrario lleva consigo a una grave situación, pues si conforme a la Ley cabe la adopción de los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del otro consorte, resulta que al ser adoptados pierden la posibilidad de heredar a la madre o padre "por naturaleza" que al contraer matrimonio "aportó" al mismo una serie de hijos que fueron adoptados por el cónyuge. La adopción en este supuesto supondría disminución de derechos, y esta idea, pre-

vista o no por el legislador, creo que no pudo ser querida por el mismo.

Supuesto ese principio la práctica exige una viabilidad para el mismo, pues el cambio de apellidos que supone la adopción plena y la restricción en torno a la obtención de certificaciones del Registro Civil dificultarán a la hora del otorgamiento del testamento y de la inscripción registral—salvo excepcionales supuestos de declaración de verdad—la consiguiente incursión en la institución de la preterición.

- Tratándose de sucesión *ab intestato* también existen ciertos problemas que se hace preciso exponer. La consideración de padre adoptante e hijo adoptivo, como si se tratase de un vínculo legítimo, lleva consigo la aplicación de los artículos 930 y siguientes del Código civil, aun y a pesar de la poco afortunada dicción del Código civil en su artículo 179, párrafo último, en el que se excluye a los “parientes por naturaleza” de todo derecho hereditario por ministerio de la Ley.

Por todo ello cabe apuntar que la posible falta de descendientes del adoptado hace entrar en la sucesión al padre adoptante que ocupa la postura de padre legítimo, siendo excluidos los padres *legítimos* del adoptado en virtud de lo que dispone el artículo 179, 3, del Código civil, en su última redacción. No obstante, los “ascendientes” del adoptado que muera *sin posteridad* (70) tienen derecho de suceder, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión o en las acciones o en los bienes que los hayan sustituido si los permutó o cambió. Es una claudicación legislativa a favor de los parientes legítimos basada en el artículo 812 del Código civil.

Como la adopción no causa parentesco más que entre adoptante de una parte y adoptado de otra, con-

---

(70) Ver fundamentalmente el trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, *Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes*, «Anuario de Derecho Civil», 1958, página 21.

forme al artículo 176, no puede hablarse de sucesión a favor de *parientes colaterales*, esto es, de hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del padre adoptante. Creo que lo mismo debe predicarse del caso en que los adoptados sean más de uno, pues no pueden ser considerados como hermanos, ni como medio **hermanos** a los efectos del artículo 946 y siguientes del Código civil. Ajustándose un tanto a la letra del Código civil, la adopción, conforme al artículo 176, solamente causa parentesco entre el adoptante, o adoptantes, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra. Creo, fundamentalmente, que en contra de esta interpretación no debe alegarse el principio general de que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, pues la misma Ley ya dice que "en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley" esta asimilación no debe entenderse como cierta. Pues bien, uno de esos casos es precisamente el de que la adopción no causa parentesco más que entre adoptante o adoptantes y adoptado y sus descendientes. No obstante, no hay que olvidar que "todos" los hijos adoptivos en forma plena ocupan en la *sucesión del adoptante* la misma posición que el hijo legítimo, pero tampoco debe olvidarse que se está refiriendo el Código civil a la herencia del adoptante y no del adoptado.

Debemos destacar otro supuesto un tanto problemático y es el del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte del adoptante. El futuro padre o madre del consorte adopta a cualquiera de estos hijos o a todos, lo cual supone que si el hijo o hijos adoptivos tiene o tienen hermanos legítimos, legitimados o naturales o nacen del matrimonio realizado, deben ser tenidos en cuenta para la sucesión *ab intestato* posible, pues si la adopción no crea más que un parentesco entre adoptante y adoptado, aquí en el adoptado se reúnen dos condiciones: la de hijo y hermano o medio hermano legítimo y la de adoptado. La adopción no puede despojar de su cualidad de legítimo al que lo fue-

ra. La multiplicación de supuestos se hace difícil de exponer en estos casos, pero si queremos citar el caso del hijo adoptivo del consorte que es adoptado por el nuevo cónyuge, que adquiere derechos sucesorios del nuevo adoptante, pero que no causa parentesco ni respecto de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del nuevo padre o madre adoptivos, ni, como es natural, respecto de los adoptivos que el padre o madre tuvieran.

A falta de descendientes, padre o madre adoptante o padres adoptantes, hermanos (que como hemos visto es difícil su existencia), ni cónyuge viudo, será llamado a la sucesión el Estado.

b) *Adopción simple*.—Para este caso la normativa se refiere únicamente a la posición que tanto en la sucesión testada como en la intestada ocupa el adoptante: la equivalente a la del padre natural. Siguiendo las distinciones que hemos venido haciendo debemos separar los casos de la sucesión testada y la intestada.

— Si la sucesión es testada procederá la aplicación del discutido artículo 846 del Código civil, que atribuye por reciprocidad al padre o madre natural el derecho de sucesión que la Ley da a los hijos naturales. Nada dice el Código civil, ni lo decía antes, de la familia por naturaleza o de origen a diferencia del caso de la adopción plena en la que los parientes por naturaleza quedan excluidos como hemos visto. Si el legislador español hubiese querido excluir a dichos parientes lo hubiese hecho expresamente. No obstante, el respeto de esos derechos plantearía auténticos problemas de muy difícil solución. Suponiendo que al momento de hacer testamento el adoptado en forma simple conserve sus propios apellidos y no tenga descendientes, deberá respetar la legítima de sus padres y los derechos que el artículo 180 concede al padre adoptante. Muerto sin descendientes, ¿cómo se compatibilizarían los derechos suce-

sorios de los padres por naturaleza y los del padre adoptante?

MADRUGA MÉNDEZ (71) ya planteó el problema siguiendo las sugerencias expuestas por ESPÍN CÁNOVAS, para quien era extraño que ningún precepto del Código se refiriera a los derechos sucesorios en la adopción menos plena. "Este silencio, unido a la expresa privación en la adopción plena, y a la existencia de derechos sucesorios en la adopción única anterior a la reforma (si bien no enunciada de modo expreso), permiten afirmar la existencia de derechos hereditarios en favor de la familia de origen; congruentemente debemos negar tales derechos al adoptante, no porque exista precepto que así lo disponga, sino por una coherente interpretación de la institución". La argumentación servía para la reglamentación anterior, pero es difícil de encajar en la actual, ya que el reconocimiento de los derechos del adoptante parece excluir los derechos de la familia natural. Lo que sí es evidente es que si la adopción simple se convierte en plena—por estar en el caso del artículo 172, 2, del Código civil—, la familia por naturaleza deja de tener esa expectativa sucesoria.

- Si la sucesión es *ab intestato* la aplicación de las normas del Código civil destinadas a la misma no ofrecen dificultad. Vuelve a plantearse aquí el problema de la familia natural y su posible llamamiento. De otra parte al permitirse la adopción de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del otro consorte, la apertura de una sucesión *ab intestato* de un hijo legítimo adoptado, supone tener en cuenta a los posibles colaterales caso de que se den los supuestos para su llamamiento. El hijo legítimo de viuda que tenga más hermanos y solamente sea adoptado por el futuro marido de su madre, no pierde su cualidad de hermano legítimo y sus hermanos seguirán manteniendo los derechos que les conceden los artículos 946 y sigs. del Código civil.

---

(71) Op. cit., pág. 768.



#### D) *Reservas y reversión.*

Realmente el problema de las reservas afecta muy poco al Registro de la Propiedad. No hay que olvidar esa norma reglamentaria recogida en el artículo 265 del Reglamento Hipotecario en el que se dispone que "En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter de los bienes reservable de los bienes los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos..." No obstante plantearemos unos casos en los que a nuestro juicio puede surgir tanto la reserva clásica, como la del 811 del Código civil.

El caso de la reserva clásica supone que un viudo o viuda pase a segundo matrimonio y tenga del primero hijos o descendientes. Como los hijos que el viudo o viuda traiga al segundo matrimonio pueden ser legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos, debemos precisar si en todos esos casos surge la obligación de reservar. Conforme al artículo 971 (que habla de descendientes legítimos), la doctrina que lo interpreta y la jurisprudencia que lo aclara, es evidente que se excluye la reserva cuando existan hijos legitimados por concesión o naturales reconocidos, pues ninguno procede del matrimonio anterior. Nos queda ahora el caso del hijo adoptivo aportado por el viudo o viuda al nuevo matrimonio y adoptado o no nuevamente por el consorte. Si la adopción plena causa parentesco entre adoptante y adoptado, si al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo y si en la sucesión del adoptante el adoptivo ocupa la posición de hijo legítimo y viceversa, parece indudable la aplicación del artículo 968 en caso del segundo matrimonio del adoptante.

Otra cosa puede opinarse en el caso de que la adopción sea "simple", pues, en ese caso el padre y el hijo adoptivo, aunque en principio, deben ser considerados como padre e hijo legítimo, a la hora de precisar sus derechos sucesorios se les considera como padre e hijo natural, lo cual, conforme al artículo 971 del Código civil, elimina su posibilidad. Pudiera darse un caso de reserva en el supuesto de viuda con descendencia legítima que adopta durante su viudez. Esto es, estaríamos ante un caso que guarda cierta analogía con el 980 del Código civil.

Puede darse el caso de la reserva lineal del artículo 811 del Código civil en aquellos supuestos en los que se adopta a un hijo legítimo del nuevo consorte, se contrae matrimonio y se produce el supuesto de hecho que da lugar a la reserva lineal: fallece la madre y le heredan sus hijos (entre los que está el adoptivo), premuere el adoptivo sin haber otorgado testamento y le hereda el padre adoptante. Pero este supuesto al suponer *un nuevo matrimonio* provoca una colisión de reservas que tradicionalmente se ha solucionado dando preferencia a la viudal frente a la lineal (S. 4 de enero de 1911 y 22 de enero de 1922), criterio mantenido por opiniones doctrinales de tanto prestigio como ROCA SASTRE (72) y VALLET DE GORTISOLO (73), aunque otra cosa pudiera deducirse de la S. de 30 de mayo de 1956 que niega esa incompatibilidad.

Respecto al derecho de recobro o reversión del artículo 812 del Código civil es clarísimo, como vimos antes, que la Ley se lo concede a los parientes por naturaleza del adoptado plenamente. Es el único derecho sucesorio que se les reserva dificultado en su realización por el criterio restrictivo en orden a la averiguación del hecho jurídico de la adopción. Creo, sin embargo, que la prueba de la filiación legítima del adoptado, a pesar de la dicción del artículo 177 del Código civil, *afecta* a la adopción en este punto concreto del derecho de reversión. Hemos restringido el supuesto a los hijos legítimos, pero como es natural la amplitud o restricción del supuesto del artículo 812 del Código Civil reside en esa famosa frase "muertos sin posteridad" y en la interpretación que a ella se le da (74). Estimo que este derecho, tratándose de la adopción plena, puede entrar en juego respecto del adoptante que es considerado legalmente como padre legítimo, sin que pueda tener la amplitud del artículo 812 que habla de "ascendientes".

#### E) *Inatacabilidad de ciertos actos patrimoniales.*

Es principio general de la adopción, tanto en la actual regulación como en la anterior, que se trata de un acto *irrevocable*

(72) ROCA SASTRE (R. M.), *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, páginas 303 y sigs.

(73) VALLET DE GORTISOLO (J.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», 1957, págs. 327 y sigs. y otros diversos trabajos.

(74) Ver la nota número 64.

y que las causas que pueden producir su extinción, limitadas al máximo, aun teniendo éxito no pueden alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos (artículo 177 del Código civil). Prácticamente venía a estar así dispuesto por la anterior legislación, aunque las palabras no fueran las mismas (75). Ello supone confirmar el criterio de la teoría de los derechos adquiridos y el principio de la no retroacción de las leyes. De entre los muchos actos que podemos citar considerándolos firmes, vamos a señalar los siguientes:

1. La donación hecha por el adoptante a favor del adoptado se hace irrevocable cuando se extinga la adopción, sin que puedan entrar en juego ninguna de las causas que la puedan provocar conforme a los artículos 644 y siguientes del Código civil (supervivencia o superveniencia de hijos, incumplimiento de condiciones e ingratitud). Claro está que con arreglo a la dicción legal la extinción de la adopción no alcanza a los efectos patrimoniales *anteriormente producidos*, lo cual nos llevaría a un análisis minucioso del momento de producción del efecto. Tratándose de donaciones, el caso puede ser éste: hecha la donación y no aceptada la misma por el donatario, sino después de provocada la extinción. ¿Debemos considerar irrevocable dicha donación al no estar perfecta antes de la extinción de la adopción? Los supuestos podrían multiplicarse.
2. La sucesión en el arriendo por fallecimiento del inquilino, en este caso el adoptante, así como la subrogación que la L.A.U. regula y que ya vimos venían establecidos en los artículos 58,1 y 24,1 del texto vigente de 24 de diciembre de 1964, deben ser actos irrevocables aunque se provoque posteriormente a ellos la extinción de la adopción.
3. Igualmente consideramos irrevocable, aunque solo tenga aspectos patrimoniales muy remotos, la nacionalización llevada a cabo conforme al artículo 20 del Código civil en su redacción de 15 de julio de 1954.

---

(75) «En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados» (art. 175 del Código civil en su anterior redacción). Como vemos, era más amplia la conclusión legislativa.

La lista podríamos prolongarla, pero en honor a la brevedad dejamos al pensamiento del que leyere el completo de la misma.

**F) *Enajenaciones y otros actos jurídicos.***

Bajo este epígrafe señalaremos esquemáticamente una serie de actos que por la equiparación legal entre adoptante y adoptado como padre e hijo legítimo nos llevan de la mano a la aplicación de preceptos jurídicos que el legislador español pensó para la situación creada por la naturaleza, pero que ahora debemos reputarlos aplicables a estos supuestos de "ficción legal":

- a) Conforme al artículo 176 del Código civil en su nueva redacción la adopción, en general, confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Lo cual nos lleva a la aplicación no sólo de los artículos 154 a 158 del Código civil en el aspecto personal de la relación, sino los artículos 159 a 166 en lo que tradicionalmente se ha venido llamando doctrina de los peculios, así como en materia de enajenación de bienes inmuebles y la institución del defensor judicial (aunque el orden de llamamientos tendrá que ajustarse a lo que dispone actualmente el artículo 176 del Código civil).

Lo dicho se refiere en general para la adopción, pero no debemos olvidar que la adopción simple (o menos plena) tiene un precepto especial en el artículo 166 del Código civil en el que el padre adoptante no se le concede el usufructo y la administración de los bienes del adoptado hasta que se preste la correspondiente fianza a satisfacción del Juez o de las personas que deben concurrir a la adopción, lo cual supone que hasta que esa fianza no esté constituida no entrará en juego el artículo 164 del Código civil.

- b) Conforme a los artículos 644 y siguientes del Código civil, el mero hecho de ocurrir el nacimiento de un hijo legítimo, legitimado por subsiguiente matrimonio o natural reconocido, la donación puede ser revocada. Esta disposición provoca el problema de si la revocación de donaciones también puede producirse en el caso de que el donante adopte a una per-

sona. Si la equiparación entre hijos legítimos e hijos adoptados debemos llevarla a todos aquellos casos en los que no se regule por la Ley de modo distinto (artículo 176 del Código civil) es evidente que las razones de la revocación deben ser idénticas y, por ello, debe estimarse aplicables al caso de adopción los posibles de revocación. En este supuesto debe estimarse indiferente los efectos de la revocación el que la adopción sea plena o simple.

- c) En la legislación hipotecaria también existen ciertos preceptos que por razón de la asimilación legal de los hijos adoptivos con los legítimos deben ser aplicados. Así tenemos en materia de cancelaciones el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y su concordante 178 del Reglamento Hipotecario. Conforme a este último el representante legal—y en la adopción esta representación corresponderá durante la menor edad del adoptado al padre o madre adoptantes—puede consentir la cancelación de la inscripción o anotación hecha a favor del adoptado, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la legislación civil para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituido sobre los mismos, esto es, se cumpla lo dispuesto en el artículo 164 del Código civil. No obstante, no será precisa la autorización judicial cuando se trate de renunciaciones o donaciones a favor de hijos representados por el padre o la madre, salvo el caso de la oposición de intereses del artículo 165 del Código civil en que será preciso el defensor judicial.

Claro está que toda esta normativa no exige la “prueba” de la cualidad de hijo adoptivo y padre o madre adoptantes, pues al ser igual las posiciones y no existir matices diferenciales, las normas se aplicarán haciendo caso omiso de la situación que las provoca. No obstante, como la adopción tiene dos matices según sea plena o simple, todo lo dicho es aplicable a la plena, pero para la simple existe el precepto especial del artículo 166 del Código civil en el que para que el padre o madre adoptantes puedan tener el usufructo y la administración es necesaria la prestación de la fianza correspondiente, no pudiendo mientras tanto proceder a la cancelación en calidad de representantes legales.

Como estimo aplicables a la adopción las instituciones jurídicas de la emancipación y habilitación de edad, es preciso también dar entrada al párrafo 3 del artículo 178 del Reglamento Hipotecario en cuanto admite la posibilidad de practicarse cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o habilitados de edad.

La materia referente a las hipotecas legales, tanto en lo que se refiere a la hipoteca por razones de patria potestad como por razón de tutela, debe reputarse aplicable al hijo adoptivo y, por ello, cuando el padre o madre adoptantes contraigan nuevo matrimonio surge la obligación de dicha hipoteca en los términos que previene el artículo 168, 3, de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes de la misma Ley y Reglamento Hipotecario. Igualmente cuando se extinga la patria potestad y surja la tutela del hijo adoptivo, surgirá también la obligación del tutor señalada en el número 4 del artículo 168 de la Ley Hipotecaria en orden a la hipoteca legal.

#### IV

#### LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES

El momento más difícil de salvar por el hijo adoptivo el padre o madre adoptantes es aquel en que tiene que enfrentarse al Fisco, pues éste por todos los medios a su alcance intentará descubrir la verdadera situación existente a los efectos de que la tributación que corresponde a la herencia del adoptante o a la del adoptado se ajuste al rigor legal que se separa de esa pretendida equiparación entre hijos legítimos y adoptivos. Hacer pasar por hijo legítimo al que solo lo sea adoptivo supone un posible fraude fiscal (76).

---

(76) MERCEDES FORMICA, en el *A B C* del día 27 de agosto de 1970, decía: «Quienes me leen saben que he mantenido el criterio de llegar a la destrucción de las partidas literales de nacimiento de los hijos adoptivos, siguiendo el ejemplo del Código chileno, por entender que sólo razones de índole económico-material se oponían a ponerlo en práctica. Ahora debemos aceptar la realidad. La Ley reformada mantiene las partidas originales, lo que significa que tarde o temprano los niños conocerán su origen. Colocados en ese trance, no hay duda que lo más conveniente para ellos es que sepan cuanto antes la verdad.

Parece ser que el legislador civil ha tenido la habilidad suficiente para que este aspecto fiscal quede a salvo, ya que en el tantas veces repetido artículo 176 del Código civil se establece que "en todo lo no regulado expresamente de forma distinta por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo". Regulado en forma distinta y expresamente se encuentra el aspecto fiscal de la adopción.

Conforme a los artículos 41, 42 y disposición transitoria 4 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 6 de abril de 1967, la adopción, tanto si es plena como simple, no provoca la asimilación que la Ley civil establece:

- Si la adopción es plena tributará por el número 2 de la Tarifa y, en su caso—si la adquisición hereditaria es superior a 10.000.000 de pesetas—, por la letra B) del número 8. Esta Tarifa o este número de Tarifa es gravoso para el adoptado, pues corresponde, no a la que se aplica para los descendientes legítimos y cónyuges (núm. 1), sino a la que corresponde a los ascendientes legítimos que oscila entre el 5 y el 26 por 100. Sin embargo, el adoptante es asimilado por el Fisco al ascendiente legítimo sobre la posible creencia de que, generalmente, es difícil que el adoptado deje fortuna a favor del adoptante y sobre esa Ley natural de que la muerte del adoptante sea anterior a la del adoptado.
- Si la adopción es simple o menos plena, el artículo 42 que la sucesión que se cause entre adoptantes y adoptados tributará por el número 3 de la Tarifa y, en su caso—cuando exceda de 10.000.000 de pesetas—, por la letra C) del número 8, cuando los adoptados tuvieran menos de veintiún años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción. Esto es,

---

Existen muchos padres adoptantes que aceptan este principio por tener fe ciega en los lazos indestructibles del vínculo adoptivo. A su entender, el niño que tiene una infancia sin complejos, por creer padres por naturaleza, a quienes no lo son, viven una ficción, un engaño. La adopción debe llevar tal fuerza en sí misma que sea capaz de hacer la felicidad del niño formándose equilibrado y sin complejos».

se les aplica la escala que grava las sucesiones entre ascendientes y descendientes por afinidad que va del 23 al 55 por 100.

En forma transitoria, la disposición 4.<sup>a</sup> aplica esta misma escala a las adopciones otorgadas antes del 1 de abril de 1945, cualquiera que sea la edad de los adoptados, a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958 y a las adopciones cuya escritura sea anterior al 1 de julio de 1964, si el adoptado fuese menor de treinta años en esa fecha.

Todo ello supone la inevitable necesidad de investigar la situación adoptiva por parte del liquidador del impuesto, a fin de evitar el correspondiente fraude. Investigación dificultada enormemente por la legislación del Registro Civil. La escritura de adopción puede ser no solamente un medio de prueba, sino la prueba definitiva; pero lo difícil es lograr descubrir el lugar del otorgamiento y la fecha, pues de lo contrario el sistema de remisión de índices no supone control directo para este acto.

Queda pendiente para la adopción simple el problema de si deberá aplicarse el párrafo 22 del artículo 21 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales en su último inciso, esto es, cuando dice: "En otro caso, tributarán por la escala de las herencias, entre personas extrañas, salvo que por razón de parentesco le corresponda otra menor". Hemos visto que para que la adopción simple tenga el trato de favor de la aplicación de la escala de sucesiones entre ascendientes y descendientes por afinidad (núm. 3 de la Tarifa) es preciso que el adoptado tenga menos de veintiún años al otorgarse la escritura de adopción. Caso de no tenerlos, aunque la Ley nada dice a este respecto, es lógico pensar que debe aplicársele la regla restrictiva que impone el Reglamento, pues de lo contrario sobra esa referencia a los veintiún años. Y ello a pesar de ese parentesco que dice el Código civil, que nace de la adopción entre el adoptante y adoptado.

Debe entenderse aplicables a la adopción, ya que ésta crea ese parentesco entre adoptante y adoptado y descendientes de este último del que nos habla el artículo 176 del Código civil, el artículo 74 del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Trans-



misiones de 6 de abril de 1967, y en el cual se dispone: "Las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes se liquidarán por el número correspondiente de la Tarifa del Impuesto de Sucesiones, si las cuotas resultantes fueran superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados". Realmente, el precepto tendrá siempre o casi siempre una aplicación efectiva, pues raro será el caso en que el tipo de transmisiones patrimoniales supere al de Sucesiones.

Ante todo ello cabe apuntar esa falta de coordinación legislativa cuando se acomete una reforma parcial de la normativa vigente, aunque en este caso el Código civil con su ficción ha dado un quiebro al legislador fiscal, que tendrá que afinar mucho para que siga tributando por su verdadera escala la adopción realizada u optar por una modificación, en la que la adopción, si es que de verdad quiere facilitarse, tribute como si de hijos y ascendientes legítimos se tratase (77).

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ,  
Registrador de la Propiedad.

---

(77) Entrego este artículo el día 30 de septiembre de 1970 y al corregir pruebas veo que la «Revista de Derecho privado» publica un artículo de CASTÁN VÁZQUEZ sobre *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción* (mes de octubre) y que esta REVISTA en su número 480 de septiembre-octubre inserta un trabajo de RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, titulado *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil*. Ninguno de estos dos artículos han sido tenidos en cuenta en este trabajo mío en su fase gestatoria y en la sucesiva de corrección de pruebas. Lo lamento.



# Aproximación al estudio de la sociedad de masas y de su derecho: el principio general del desarrollo socioeconómico

**SUMARIO:** LA SOCIEDAD DE MASAS: I. *Noción de masa.*—II. *Perfiles doctrinales de la teoría de las masas y las minorías.*—III. *La teoría de las masas y las minorías, característica de una fase histórica de depresión.*—IV. *Origen histórico y causa profunda del proceso de masificación: su crítica.*—EL DERECHO DE LA SOCIEDAD DE MASAS Y EL PRINCIPIO GENERAL DEL DESARROLLO SOCIOECONÓMICO: I. *Noción del Derecho de la sociedad de masas: sus caracteres distintivos.*—II. *Crítica del Derecho de la sociedad de masas.*—III. *La noción del desarrollo.*—IV. *El Derecho del desarrollo en España: los planes del desarrollo.*—V. *El plan de desarrollo económico y social y el Derecho de la sociedad de masas.*—VI. *El principio general de Derecho del desarrollo socioeconómico.*—VII. *El principio general del desarrollo socioeconómico: su puesto en la jerarquía de principios generales de Derecho.*—VIII. *Significado institucional y significado técnico del principio general del desarrollo socioeconómico.*—IX. *El principio general del desarrollo socioeconómico y el quehacer actual del Derecho civil.*

## LA SOCIEDAD DE MASAS

I. *Noción de masa.*—En frase de ORTEGA Y GASSET (1), “Masa es todo aquel que no se va a sí mismo—en bien o en mal—por razones especiales, sino que se siente “como todo el mundo” y, sin embargo, no se angustia, se siente a su sabor al sentirse idéntico a los demás”... “La división más radical que cabe hacer en la humanidad es ésta de dos clases de criaturas: las que se exigen mucho y acumulan sobre sí mismas dificultades y deberes, y las que no se exigen nada especial, sino que para ellas vivir es ser en cada

(1) *La rebelión de las masas*, 40.ª edición, «Revista de Occidente», 1968, páginas 64 y 65.

instante lo que ya son, sin esfuerzo de perfección sobre sí mismas, boyas que van a la deriva".

Masa es lo contrario de pueblo orgánicamente constituido, es el resultado de la descomposición del orden político, es la agregación amorfa de hombres iguales, despersonalizados. En términos de filosofía aristotélica, diríamos que hombre masa es aquel en los que los rasgos genéricos de la naturaleza humana prevalecen sobre su radical personificación individual.

La masa se caracteriza por su uniformidad, su carencia de estructuras propias jerarquizadas, su manipulación desde fuera, singularmente por los todopoderosos medios de comunicación de masas y su falta de responsabilidad.

II. *Perfiles doctrinales de la teoría de las masas y de las minorías*.—La teoría de las masas y de las minorías surge en el siglo XIX como una reacción de algunos espíritus selectos frente al igualitarismo de la ideología revolucionaria. En este sentido, se enmarca la noción del héroe, el elegido del destino de CARLYLE, protagonista y motor fundamental de la historia, del que las masas dóciles son simples secuaces. GAETANO MOSCA fue el primero en trazar una distinción sistemática entre minoría selecta y masas, aun empleando otros términos y en intentar la construcción de una nueva ciencia de la política sobre esta base. "En todas las sociedades—desde las que ofrecen un desarrollo escaso y han alcanzado apenas los albores de la civilización hasta las más avanzadas y poderosas—existen dos clases de gentes: una, que gobierna, y otra, que es gobernada. La primera clase... ejerce todas las funciones políticas, monopoliza el poder y goza de las ventajas que éste entraña, mientras que la segunda... es dirigida y regulada por la primera de un modo, ora más o menos legal, ora más o menos arbitrario y violento" (2).

FRIEDRICH (3) ha llamado la atención sobre el hecho de que las doctrinas europeas del siglo XIX, relativas al gobierno de una minoría formada por individuos superiores (doctrinas que abarcaban la filosofía del héroe de CARLYLE y la visión del superhombre de NIETZSCHE, así como los estudios más prosaicos de MOSCA, PARETO y

(2) *The Ruling Class*, citado en T. B. BOTTOMORE, *Minorías selectas y sociedad*, Editorial Gredos, Madrid, 1965, pág. 11.

(3) Citado en BOTTOMORE, ob. cit., págs. 20 y 21.

BURCKHARDT, eran "todos vástagos de una sociedad que contenía todavía muchos vestigios feudales y que esas doctrinas representaban otros tantos intentos diferentes de revivir viejas ideas de jerarquía social y de interponer obstáculos a la difusión de las nociones democráticas".

La teoría de las minorías selectas pretendía refutar la marxista de las clases sociales en dos puntos esenciales: en primer lugar, quería mostrar que la concepción marxista de una "clase dirigente" es errónea, poniendo de manifiesto la continua circulación de la minorías selectas, que impide, en la mayor parte de las sociedades, y especialmente en las sociedades industriales modernas, la formación de una clase dirigente estable y cerrada; y, en segundo lugar, probar que una sociedad sin clases es imposible, ya que en toda sociedad hay y debe haber una minoría que efectivamente gobierna.

La visión de ORTEGA Y GASSET, como es lógico en un filósofo de su talla, no se plantea el problema en términos estrictamente políticos. "La división de sociedad en masas y minorías excelentes no es, por tanto, una división en clases sociales, sino en clases de hombres y no puede coincidir con la jerarquización en clases superiores e inferiores... En rigor, dentro de cada clase social hay masa y minoría auténtica...". Sin embargo, el prejuicio aristocrático del filósofo es evidente: "existen en la sociedad operaciones, actividades, funciones del más diverso orden, que son por su misma naturaleza especiales y, consecuentemente, no pueden ser bien ejecutadas sin dotes también especiales. Por ejemplo..., las funciones de gobierno y de juicio político sobre los asuntos públicos. Antes eran ejercidas estas actividades especiales por minorías calificadas —calificadas por lo menos en pretensión—. La masa no podía intervenir en ellas: se daba cuenta de que si quería intervenir tendría congruentemente que adquirir esas dotes especiales y dejar de ser masa. Conocía su papel en una saludable dinámica social..." (4).

La teoría de referencia se halla más matizada en TOYNBEE. Este historiador sostiene que el origen del crecimiento de las civilizaciones se halla en individuos que son más que meros hombres; pueden hacer lo que a los hombres les parecen milagros, porque ellos mismos son superhumanos en un sentido literal y no meramente figurado. Para BERGSON, los místicos son los creadores superhumanos por

---

(4) Ob. cit., pág. 87.

excelencia y encuentra la esencia del acto creador en el momento mismo de la experiencia mística. La personalidad creadora se ve impelida a transfigurar a sus compañeros hombres en compañeros creadores, recreándolos a su propia imagen. Pero estas personalidades creadoras nunca constituyen más que una pequeña minoría. Las personalidades superiores no son más que una levadura en la masa de la humanidad ordinaria. La masa imita, aun deformándolo, el mensaje de la minoría creadora: por medio de la imitación, de la docilidad a la minoría, participa de los bienes de la civilización (5).

La teoría de las minorías selectas y su consecuencia, la descalificación de las masas y de la sociedad de masas para el autogobierno en todos los órdenes de la vida, ofrece graves riesgos en el plano político: su proclividad a fundamentar los fascismos de toda índole, y en un plano menos grave, los riesgos del elitismo, la idolización de las minorías y el desprecio de las masas, y el alejamiento *sine die* de un necesario proceso de desmasificación de la sociedad. Por otra parte, es anticientífica, pues pretende ser consustanciales a la naturaleza humana las diferencias entre los hombres y su contraposición en minoría y masa.

Pero lo cierto es que, según BOTTOMORE (6), "no siendo la desigualdad ni la igualdad fenómenos naturales que los hombres tengan que aceptar simplemente, la defensa de una y otra no consiste en la alegación de un argumento científico, basado enteramente en cuestiones de hecho, sino en la formulación de un ideal moral y social. Nosotros podemos optar por la igualdad, y la justificación última de nuestra opción no es en sí misma ninguna cuestión de hecho, sino la pretensión razonada de que la persecución de la igualdad puede dar lugar a la creación de una sociedad mejor".

Un autor tan ponderado como JOAN REGLÁ (7) afirma que "cualesquiera concepciones basadas en valoraciones minoritarias, aristocráticas, implican los peligros inherentes al 'elitismo', a la 'idolización', o, si se prefiere, al autoconvencimiento de que el mundo se divide en dos categorías de personas: las destinadas por un

---

(5) *Compendio de estudio de la Historia*, volúmenes 1-6, Emecé Editores, S. A., 1952, págs. 224-228.

(6) *Ob. cit.*, pág. 165.

(7) *Introducción a la Historia*, Editorial Telde, 1970, pág. 108

puro carisma que graciosamente recae sobre ellas a gobernar, *lato sensu*, y las de las que sólo sirven para obedecer... Evidentemente, esta especie de racismo—biológico, político, moral, religioso—no se agota en la mentalidad puritana y la 'predestinación de tejas abajo' según la conocida tesis de MAX WEBER. El 'supermán' o el 'ubermensch' y el 'Manifest dentiny' o el 'Herrenvolk' para invocar ejemplos norteamericanos y alemanes en los planos individual y colectivo tienen sus correspondientes adeptos en todas las latitudes".

III. *La teoría de las minorías y masas, características de una fase histórica de depresión.*—JOAN REGLÁ (8) distingue, dentro de la mayor estabilidad de las estructuras sociales, los movimientos cíclicos, los cambios coyunturales que representan las fluctuaciones positivas y negativas, expansión o depresión. Son las fases A y B, según la terminología de FRANÇOIS SIMIAND. Las fases A, de expansión coyuntural, facilitan las cosas: el equilibrio social, con unas clases medias potentes que hacen de amortiguador entre la minoría de privilegiados, y la masa de humildes; una cierta flexibilidad política por parte del Estado tal vez directamente proporcional al grado de riqueza de los ciudadanos; una tendencia al clasicismo y a la libertad en el mundo de la cultura y al cosmopolitismo y a la distensión en las relaciones internacionales. Al contrario, las fases B de depresión son más idóneas para la polarización social—para la contraposición entre minorías y masas, añadimos nosotros—con la ruina de la clase media y su proletarización; la autocracia o la dictadura; la cultura dirigida, el barroco de evasión y las introspecciones como exámenes de conciencia cuando las cosas van mal, y la exacerbación de los nacionalismos, con la agravación de las tensiones y los conflictos internacionales.

La ideología, la cultura, quedan afectadas por las oscilaciones de la coyuntura socioeconómica. Las olas de optimismo o pesimismo que se aprecian en la historia del pensamiento se explican en parte por las vicisitudes del momento concreto en que el mismo se gestó.

---

(8) *Comprendre el Mon. Reflexions d'un Historiador*, Barcelona, 1967, páginas 37 a 39. (La *Introducción a la Historia*, antes citada, es una versión castellana de *Comprendre el Mon.*, aunque revisada y modificada sustancialmente).

La doctrina de Mosca, sobre las minorías selectas, se formuló en los últimos decenios del siglo XIX, cuando, según REGLÁ, predominaba en el mundo una fase B, con una economía inestable, que fue dominada por el proteccionismo que presidió la época del imperalismo y de la paz armada, quedando marginado el mundo mediterráneo—de cuyo orbe cultural formaba parte Mosca—del gran impulso de industrialización (9). Su visión pesimista de la sociedad es lógica.

No de otro modo ORTEGA Y GASSET comenzó a escribir su obra en 1926 y la editó por vez primera en 1929, en un momento en que la fase de expansión o alcista llegaba a su terminación, y desembocaba en un “crack” como el de octubre de 1929. Por otra parte, como dice JOAN REGLÁ (10), “en el primer tercio del siglo XX hasta el estallido de la gran crisis de 1929 nos encontramos aparentemente con una paradoja: ... la expansión económica general es paralela a una fuerte crisis social, caracterizada básicamente por la supervivencia de unas estructuras agrarias anacrónicas, la inercia conservadora de la burguesía industrial y el recurso a la violencia en el mundo obrero.

Antes de 1929, los grandes acontecimientos son la Primera Guerra Mundial y la Revolución rusa a partir de 1917... Partiendo de una expansión económica y de prodigiosos avances técnicos tenemos, pues, una época de crisis social, política, cultural e internacional, que en gran parte se explica por el desfase entre las diversas estructuras: las reflexiones sobre la violencia de ALBERT SOREL (1907) dan el adjetivo adecuado a esta época crítica, con totalitarismos de derecha y de izquierda que condenan las encíclicas papales—*Mit brennender Sorge* y *Divini Redemptoris*—contra el nacional socialismo alemán y el comunismo soviético, respectivamente”.

En esa atmósfera de crisis y de pesimismo histórico—“el fascismo es pesimista: ha pasado la edad de oro, y el hombre, malo por naturaleza, ha de ser sólidamente encuadrado y dirigido por unos jefes que no tienen por qué dar cuenta a la masa”, dice JOAN REGLÁ (11); también lo son ERIC MARIE REMARQUE y OSWALD SPEN-

---

(9) *Comprendre*, pág. 38.

(10) *Comprendre*, pág. 78.

(11) *Comprendre*, pág. 85.



GLER, típicos representantes de la época—, ¿es ilógico el pesimismo orteguiano? Pesimismo sólo aparente: pesimista es su diagnóstico de la sociedad de masas, de la rebelión de las masas, que comprende la primera parte de la obra. Pero la segunda parte contiene un tratamiento a nuestro juicio adecuado para la sociedad de masas: “Sólo la decisión de construir una gran nación con el grupo de los pueblos continentales volvería a encontrar la pulsación de Europa. Voivería ésta a creer en sí misma y automáticamente a exigirse mucho, a disciplinarse” (12).

Ahora bien, el diagnóstico de los males de la sociedad europea, válido para hace medio siglo, ¿lo es ahora, cuando la aceleración del ritmo, del acontecer histórico, obliga a revisarlo todo, incluso la pastoral de la Iglesia, sacudida por los vientos post conciliares? ¿Cabe que las doctrinas sociales, más o menos indiscutidas hace cincuenta años, sean acogidas hoy como dogmas de fe? El más elemental rigor intelectual obliga a repensar toda la formulación de la teoría de la sociedad de masas y de su contrapartida, la de las minorías selectas, a la luz de la era en que vivimos.

En la actualidad, desde los años 50 del presente siglo, superada por Europa la gran labor de la reconstrucción, indispensable después de la Segunda Guerra Mundial, vivimos en una fase A, de expansión. Con todos los desequilibrios y escándalos que se quiera, a partir de la segunda mitad de los años 50, la polarización social disminuye en los países desarrollados (13), creándose una inmensa clase media que sirve de amortiguador entre la minoría opulenta y la masa desarraigada; la economía se expande, y progresa la tecnología más en un decenio de este siglo que antes en un siglo; se dulcifican los sistemas políticos dictatoriales—deshielo soviético, revisionismo yugoslavo—, se internacionaliza la economía mundial y se batien récords de intercambios comerciales internacionales, surge una pluralidad de focos de poder y decisión en los grandes bloques, soviético y occidental, en que se divide el mundo.

---

(12) Ob. cit., pág. 252.

(13) Sin embargo, aumenta la distancia entre los países desarrollados y subdesarrollados, creándose una minoría de países opulentos y una gran mayoría de la población mundial sumida en el subdesarrollo y la pobreza. Existe, pues, un desfase entre las estructuras socioeconómicas de los países desarrollados y subdesarrollados, mientras la coyuntura internacional es claramente expansiva y progresiva.

La cultura se liberaliza, surge la contestación a los valores establecidos.

La Iglesia, después del Concilio, admite el diálogo con otras comunidades cristianas, renueva su pastoral, su liturgia y su disciplina, e incluso se dirige al mundo entero en su Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual.

Las características de una fase A son evidentes. Y lo más confortador es que la futurología predice de cada al año 2000 un progreso económico y una estabilidad social a escala mundial sustancialmente crecientes, amparados en el fabuloso despliegue tecnológico que ya aparece en el horizonte del mundo actual y en una relativa paz internacional. Los mecanismos actuales para predecir las crisis y baches en la expansión son más perfectos que en ningún momento de la historia. También son esperanzadores los esfuerzos de la mayoría de los pueblos para garantizar la paz internacional.

La tendencia coyuntural que parece regirá de aquí a los próximos treinta años es contraria a la difusión de la masificación, en el sentido que hemos expuesto.

La influencia de los medios de comunicación de masas en la extensión de la masificación no debe ser sobreestimada. Ciertamente es que el influjo de dichos medios sobre la psicología media, creando necesidades ficticias y uniformando gustos y apetencias, ha sido denunciado por sociólogos y moralistas.

Sin embargo, creemos con ARANGUREN (14) que "sería caer en el error suponer que la publicidad no influye sobre el público. Pero siempre lo hace en la dirección por la que éste, a tientas, se encamina. Se trata, pues, de una influencia recíproca... Suponer que la fiebre de consumo es una invención de las agencias de publicidad... es como suponer que la prisa del hombre es una invención de los fabricantes de automóviles y aviones. El hombre necesita hoy consumir sin cesar tiempo, dinero e información. Todo está íntimamente ligado en una formación de vida que nos puede gustar o no, pero es la que ha adaptado para sí el hombre occidental".

GONZÁLEZ SEARA (15) sostiene que "afirmaciones superficiales han

---

(14) *La comunicación humana*, Biblioteca para el Hombre Actual, Ediciones Guadarrama, S. A., Madrid, 1967, págs. 156 y 157.

(15) *Opinión pública y comunicación de masas*, Ediciones Ariel, 1968, páginas 70-71.

querido conceder a los medios de comunicación de masas una influencia todopoderosa en la formación de la opinión pública... Pero una cosa es lo que el periódico o la televisión dicen y otra lo que el público piensa o cree... No hay, por tanto, que hacer excesivo caso de todos esos profetas de la desgracia de la sociedad de masas que se vuelven iracundos contra los medios de información, responsables de la despersonalización del individuo y del rebajamiento cultural de nuestra época. A decir verdad, todas esas críticas culturalistas de la sociedad de masas son un último estertor reaccionario de una ideología pasada que se adentra a contrapelo en el siglo xx. Uno no puede menos de compararlas con la actitud de nuestros teóricos del despotismo ilustrado ante el fenómeno de la opinión pública que irrumpía entonces como doctrina revolucionaria... Igualmente, los críticos culturalistas de la sociedad de masas ven en el aumento del tiempo libre y en los medios de comunicación de masas dos factores interrelacionados que atentarán contra los tesoros de la alta y exquisita cultura heredada... Sin embargo, en contra de este pesimismo, la verdad es que, por primera vez en la historia, va a ser posible una auténtica cultura popular, tanto por el desarrollo de los medios de comunicación de masas como por el progreso social y técnico, que hacen posible el ocio para todos".

En el libro de HERMANN KAHN y ANTHONY WIENER, *El año 2000* (16), se contienen afirmaciones como la siguiente: "Muchos europeos, por supuesto, sostienen que... bajo el impacto de una cultura de consumo en masa materialista, los valores humanísticos tan característicos en Europa se están rápidamente destruyendo o desapareciendo. Se puede admitir que realmente estamos atravesando ya esta situación, *aunque es probable que se presente una reacción en el futuro no muy lejano*. Incluso en la actualidad existen muchos europeos que parecen destacar los aspectos de la vida que no tienen relación con sus actividades de trabajo"... Y en general pronostican estos autores, al filo del año dos mil, un nivel de gustos y un modo de vida de la civilización del ocio que se avecina, que difícilmente conservarán los rasgos de la sociedad masificada: gustos aristocratizantes de la masa media enriquecida, disciplina laboral absoluta y plena dedicación en las élites de las empre-

---

(16) Editorial «Revista de Occidente», 1969, pág. 271.

sas (17), exigencia de rigor en las actividades deportivas de la juventud, dedicación de la mayor parte de la población activa a las actividades del sector cuaternario—instituciones benéficas, asistenciales, culturales, deportivas y centros de investigación sin ánimo de lucro—educación permanente y acceso en masa de la juventud a todos los grados de la enseñanza, incluso la superior.

Todo ello exige una disciplina, una autoexigencia, en el sentido orteguiano del término, que elimina o restringe la masificación. Ello sin contar los fenómenos espirituales de recristianización auténtica del mundo que empiezan ya a ser visibles en el mundo actual y que necesariamente desmasificarán la sociedad en que se insertan.

El carácter fluente, dinámico del diálogo entre las minorías selectas y la masa receptiva lo ha subrayado con toda agudeza JOAN REGLÁ (18). “La cuestión más importante consiste en plantear las relaciones de todas clases entre las grandes individualidades, las minorías y las masas esto es, entre los elementos que se integran en una sociedad *que hemos de considerar siempre de una manera dinámica*.”

Unos genios que dan las directrices, unas minorías gobernantes *lato sensu* que las interpretan y reducen a algo factible, realizable en los diversos aspectos, y unas masas que más o menos pasivamente siguen: Eso suele caracterizar los periodos de normalidad, con unos momentos óptimos cuando coinciden las grandes individualidades creadoras y unas masas idóneas para recoger inmediatamente sus mensajes. En las épocas de crisis en cambio, nos encontramos con el desfase entre la capacidad de matización de las minorías... y la simplificación polarizadora de las masas”.

Concluimos: el fenómeno de la masificación ha existido desde tiempo anterior a la quiebra del antiguo régimen, como luego examinaremos con más detalle. Se agudiza la masificación, la rebelión de las masas, en las épocas de depresión, de fase B de la economía: ello no es caer en el materialismo dialéctico, pues no se eliminan otros factores de masificación. El diálogo entre masas y minorías es más reposado, las masas se integran en la sociedad de modo más

---

(17) En *El nuevo estado industrial*, Ediciones Ariel, 1968, pág. 393, GALBRAITH afirma que «los hombres, a medida que aumentan sus ingresos, trabajarán más horas y buscarán menos descanso»

(18) *Comprendre*, págs. 104 y 105.

armónico, en las fases A de expansión. Es muy aventurado calificar a la sociedad actual como masificada, en el sentido peyorativo que lo emplea la teoría criticada. Ciertamente está fuertemente socializada, tecnificada y urbanizada. El calificativo sociedad de masas entraña un concepto fatalista y pesimista de la sociedad pretendidamente estancada en una masificación de la que ninguno de los autores—salvo si acaso Ortega y Gasset—vislumbra salida. Por otra parte entraña en lo político una opción conservadora: la sociedad es así y nada puede cambiar.

Sin embargo la visión de una sociedad más justa (19), resultante de una solidaridad a escala mundial, de una reforma de estructuras, de una democratización de la enseñanza y de la economía y de un clima de confianza en las relaciones internacionales—algunos de cuyos rasgos ya se vislumbran en las anticipaciones del mundo que se nos muestran—es otra opción perfectamente válida para el humanismo actual y creemos, mejor fundada, que salvaguardará todos los valores cristianos de nuestra civilización.

**IV. Origen histórico y causa profunda del proceso de masificación: su crítica.**—Para muchos, el proceso masificador del mundo moderno se inicia con la crisis del Antiguo Régimen originada por la Revolución francesa. Sin embargo, es claro que una revolución no es sino la ruptura de unas estructuras sociopolíticas que han quedado angostas, inadecuadas al cuerpo social. La ruptura del orden jerárquico del antiguo régimen viene de más lejos, tal vez la filosofía de principios del siglo XVIII, en que se aprecia por los avisados, la radical incompatibilidad del viejo orden para encuadrar una sociedad europea occidental en trance de explosión demográfica y expansión económica.

Lo cierto es que la Revolución francesa disuelve los cuerpos intermedios que se establecen entre el Estado y el individuo—gremios, corporaciones y establecimientos públicos—y declara sobre el papel, a todos los ciudadanos, iguales ante la ley. “La Revolución no dejó en pie más que individuos, y de esa sociedad pulverizada ha salido la centralización”, dijo ROYER COLLARD en 1822.

Pero la ruptura del orden estamental, corporativo, deja indefensa a la masa obrera frente al poder de la burguesía, lo que ace-

---

(19) Véase BOTTOMORE, ob. cit., págs. 184 y sigs.

lera su masificación, también fomentada por el crecimiento de las grandes ciudades.

Como defensa frente a tal estado de cosas, se organiza el mundo obrero y surge la lucha de clases. La ideología socialista, primero, y marxista después, dotan de armas ideológicas a la clase oprimida. La doctrina social de la Iglesia surge con posterioridad a tales ideologías. En cierto sentido, el obrero militante en cualquiera de las organizaciones de resistencia frente al mundo patronal, escapa a la masificación, pues se exige a sí mismo luchar contra la corriente.

Sin embargo, se sostiene que en el mundo actual, en los países avanzados, la masificación no deja de extenderse a todas las clases sociales—nos remitimos al agudo capítulo de “La rebelión de las masas”, “La barbarie del especialismo”—(20), desaparece la noción de proletario enfrentado al burgués, cuando aquél llega—lo que está ocurriendo hoy en Europa occidental—a un cierto grado de bienestar económico. El obrero consciente desaparece para dejar paso a un hombre de mentalidad bastante aproximada a la media de la burguesía inferior. Los efectos de la información derivada de la invención del cine y la televisión y de la proyección de sus imágenes desarrollan una potencia de uniformación que se traduce en una extensión aún mayor de la masificación.

¿Cuál es el origen del fenómeno masificador?

Para BRUNNER (21), la causa primera y más profunda de la masificación es el desarraigo religioso, pero su causa primaria inmediata es el dogma moderno de la igualdad, el cual se produce como efecto de aquella apatridia espiritual. La apatridia religiosa arranca al hombre de la estructura metafísica de su existencia: el hombre deja de estar arraigado en su orden eterno. El dogma de la igualdad arranca al hombre de su estructura social, destruye la estructura orgánica de la sociedad.

Parece pues que el mal moderno de la masificación deriva de la pérdida de la fe religiosa de las multitudes—fundamentalmente, las cristianas, aunque también las judaicas—. Anteriormente al

---

(20) «Quien quiera puede observar la estupidez con que piensan, juzgan y actúan hoy en política en arte y en religión y en los problemas generales de la vida y el mundo, los 'hombres de ciencia', y claro es, tras ellos médicos, ingenieros, financieros, profesores, etc.» (Ob. cit., pág. 174)

(21) *La justicia*, México, 1961.

inicio de la masificación existía un orden religioso-socioeconómico que puede servir de modelo al momento presente.

Sin embargo, los rasgos idílicos *del ancien regime—lato sensu—* necesitan ser confirmados por la crítica histórica. GONZÁLEZ SEARA afirma que “el problema de la pérdida de la individualidad... habrá que verla en un plano más reducido. Siempre que uno observa atentamente el comportamiento de las masas humanas, se encuentra con que una gran mayoría lleva una vida rutinaria... Estoy seguro de que TOCQUEVILLE no consideraría más imaginativos a la generalidad de los ilotas griegos o de los trabajadores ingleses del glo XVIII. Las grandes masas de la población por consiguiente no pueden perder una individualidad que nunca han tenido, y por el contrario nuestra época les permite el acceso a una serie de bienes culturales que antes les estaban vedados... (22).

La teoría de la sociedad de masas se complace en imaginar un hombre dirigido por los demás con escasa iniciativa individual. De acuerdo con ello, la opinión pública de nuestra época sería una opinión que tiende a seguir la corriente general, pues los ‘individuos masas’ no tienen la fuerza interior suficiente para escapar a la opinión ajena. Pero se da la casualidad de que las opiniones de las sociedades no industriales vienen determinadas en una medida muy considerable, por las creencias y las opiniones existentes en los grupos primarios. Son opiniones bastante estables, constituidas con fuerza en los grupos primarios, donde vive el individuo. En cambio en la sociedad industrial, la presión de esos grupos es menor. El individuo se nomadiza... y ello le permite escapar a los controles constantes de los mismos grupos, como ocurría en la sociedad tradicional” (23).

La idea de BRUNNER en el fondo encubre una visión constantiniana, triunfalista, de la civilización cristiana del Antiguo Régimen, pretendidamente perfecta.

Cedemos la palabra a la Constitución “La Iglesia en el mundo actual”, del Concilio Vaticano II: ...“El cambio de mentalidad y de estructuras provoca con frecuencia un planteamiento nuevo de las ideas recibidas. Esto se nota particularmente entre los jóvenes cuya impaciencia e incluso a veces angustia les lleva a rebelarse... Las

---

(22) Ob. cit., pág. 228.

(23) Ob. cit., pág. 240.

instituciones, las leyes, las maneras de pensar y de sentir, heredadas del pasado, no siempre se adaptan bien al estado actual de las cosas. De ahí una grave perturbación en el comportamiento y aun en las mismas normas reguladoras de éste. Las nuevas condiciones ejercen influjo también sobre la vida religiosa. Por una parte el espíritu crítico más agudizado la purifica de un concepto mágico del mundo y de residuos supersticiosos... Por otra parte, muchedumbres cada vez más numerosas se alejan prácticamente de la religión... la negación de Dios o de la religión, hoy en día se presentan no rara vez como exigencia del progreso científico y de un cierto humanismo nuevo" (24).

Las moderadas palabras del texto conciliar dejan traslucir un cierto desapego hacia los pretendidos valores de la unanimidad cristiana del antiguo régimen ("concepto mágico del mundo"). Desapego todo lo matizado que se quiera pero que obliga a considerar al texto de BRUNNER como de preconiliar, inadecuado a la moderna concepción de la Iglesia y de su papel en el mundo actual.

Difícilmente puede además hacerse compatible la doctrina conciliar con la teoría de la masificación, cuando la misma constitución afirma más adelante...: "Pero bajo todas estas reivindicaciones se oculta una aspiración más profunda y más universal: las personas y los grupos sociales están sedientos de una vida plena y de una vida libre digna del hombre, poniendo a su servicio las inmensas posibilidades que les ofrece el mundo actual. Las naciones por otra parte se esfuerzan cada vez más por formar una comunidad universal... Ante la actual evolución del mundo, son cada día más numerosos los que se plantean o los que acometen con nueva penetración las cuestiones más fundamentales: ¿Qué es el hombre? ¿Cuál es el sentido del dolor, del mal, de la muerte que subsisten todavía? ¿Qué valor tienen las victorias libradas a tan caro precio? ¿Qué puede dar el hombre a la sociedad? ¿Qué puede esperar de ella? ¿Qué hay después de esta vida temporal?" (25). No puede calificarse a una sociedad que en conjunto está sedienta de una vida plena y libre, digna del hombre y cuyas minorías se plantean cues-

---

(24) *Concilio Vaticano Segundo, Constituciones, Decretos, Declaraciones, Documentos Pontificios Complementarios, Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965, páginas 216 y 217.

(25) Ob. cit., pág. 221.



tiones ultraterrenas, de sociedad masificada, de "boyas que van a la deriva".

La noción constantiniana de la Iglesia en los siglos modernos impuso como fin primordial de los Estados la salvaguardia de la unidad religiosa. Ello ocasionó a la sociedad grandes males.

Cedamos la palabra de nuevo a TOYNBEE (26): "... La prontitud de todas las facciones competidoras del cristianismo occidental en la época de las guerras de religión para buscar un atajo a la propia pidiendo o hasta exigiendo la imposición de sus propias doctrinas a los adherentes de los credos rivales por la aplicación de la fuerza política, fue un espectáculo que minó los fundamentos de toda creencia en las almas por cuya adhesión estaban luchando las iglesias occidentales... Esta actitud del espíritu que esterilizó al fanatismo a costa de extinguir la fe, ha durado desde el siglo xvii al xx... Estamos aun reaccionando contra una subordinación de la religión a la política que fue el crimen de nuestros antecesores de los siglos xvi y xvii".

Un historiador tan desapasionado como JOAN REGLÁ (27), interpreta el pasado de la religión en nuestra patria afirmando que: "A la crisis económica a partir de la segunda mitad del siglo xiv añadióse la nueva interpretación de la trayectoria de la Edad Media peninsular: se acelera la 'constantinización' de la Iglesia, y en definitiva la tolerancia medieval es sustituida por la confusión entre el 'hereje' y el 'rebelde'. El Estado se configura como un 'medio temporal' para la salvación de las almas... La inquisición tuvo a su cargo la salvaguardia de la unidad de la fe en torno a la Iglesia Católica y de hecho se convertirá en un poderoso agente de centralización en manos del monarca". "El Concilio de Trento (1545-1563) no resolvió la crisis religiosa: la radicalización de posiciones entre católicos y protestantes condujo a las guerras de religión. Europa se escinde en dos bloques antagónicos y la España de Felipe II asume la jefatura de los católicos... La lucha en el exterior impuso la estricta vigilancia interna, la 'impermeabilización' política e ideológica del país con objeto de convertir a España en un reducto sólido".

La nostalgia del pasado idílico del antiguo régimen no sirve pa-

---

(26) Ob. cit., págs. 488 y 489.

(27) Introducción citada, págs. 89 y 90.

ra resolver nuestros problemas del presente. La teoría de la sociedad de masas, anhelosa de una jerarquía social no puesta en causa, creemos encubre una nostalgia por un mundo ido, que es idealizado con unos rasgos que nunca tuvo. Tal nostalgia puede hacer perder el sentido del mundo actual a las clases rectoras de la sociedad, e inducirles a error en el diagnóstico de los males sociales, lo que es peligrosísimo.

Cedemos de nuevo la palabra a ORTEGA Y GASSET (28)... "Sentimos que de pronto nos hemos quedado solos sobre la tierra los hombres actuales; que los muertos no se murieron de broma sino completamente; que ya no pueden ayudarnos. El resto del espíritu tradicional se ha evaporado. Los modelos, las normas, las pautas no nos sirven. Tenemos que resolvernos los problemas sin colaboración activa del pasado, en pleno actualismo—sean de arte, de ciencia o de política—".

Tales palabras, inyectadas con la esperanza que se desprende del espíritu posconciliar, creemos marcan la verdadera pauta a seguir.

## EL DERECHO DE LA SOCIEDAD DE MASAS Y EL PRINCIPIO GENERAL DEL DESARROLLO SOCIOECONOMICO

I. *Noción del derecho de la sociedad de masas: sus caracteres distintivos.*—Si toda sociedad debe tener un Derecho, es lógico que la sociedad de masas tenga uno, característico y distintivo del de la Sociedad tradicional. Pero la noción de Derecho de masas es ambigua. Cabe que se trate de un Derecho cuya finalidad esencial sea proteger, tutelar e incluso desmasificar a las masas; pero cabe que pretendiendo tales fines, más bien incremente el volumen y la intensidad de la masificación en la sociedad a la que se aplique.

En la práctica, el Derecho del mundo occidental no pretende de modo consciente extender la masificación—el desarraigo igualitario de la sociedad—. Sus fines confesados serán otros: igualdad de oportunidades, democratización, distribución de las cargas sociales o justicia distributiva. Pero lo cierto es que normalmente el Derecho moderno tiende a extender la masificación.

---

(28) Ob cit., pág. 90.

A la noción de la sociedad de masas se corresponde un Derecho de masas que tendría los siguientes caracteres distintivos:

a) Emana del Estado, pues no puede ser creado por las costumbres populares surgidas del seno de la sociedad, que por definición, amorfa e inorgánica es incapaz de ningún esfuerzo que entrañe responsabilidad. Como en frase gráfica se ha dicho, las ovejas no pueden engendrar pastores.

b) Es un Derecho coercitivo, que obedece a un orden planificado, más o menos imperativo.

c) Es un Derecho tuitivo, que protege a los más débiles del cuerpo social.

d) Falta una visión social total y una perspectiva histórica dilatada y orientada hacia el futuro. Arranca de un ideal abstracto de igualdad, pero muchas veces sólo trata de resolver las necesidades actuales urgentes, graves y apremiantes. Al solucionar un problema no es raro que cree otro nuevo, que cure una enfermedad aguda actual, y provoque otra para el futuro, próximo o remoto, tal vez crónica (29).

e) Desde el punto de vista de la teoría de las normas, es un Derecho excepcional. Su carácter fragmentario, al nacer para atender a necesidades concretas y apremiantes, el limitar la libertad de la persona, presumible en el orden orgánico del llamado Derecho tradicional, el carecer de perspectiva de futuro, nos inclinan a configurarlo como Derecho excepcional.

Según el maestro DE CASTRO (30) "Derecho excepcional es aquel cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general; son reglas que van contra *tenorem rationis* de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva... El efecto de la distinción está en que este Derecho *non est producendum ad consequentias* como dijera Paulo, que no puede aplicársele la analogía... habiendo nacido con eficacia restringida no pueden sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho común o normal ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar".

(29) VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y Derecho*, Ensayista de hoy, Taurus, Madrid, 1969, pág. 252.

(30) *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, libro preliminar; *Introducción al Derecho civil*, 2.ª edición, pág. 103.

En este sentido, AURELIO GUAITA (31) hace constar que "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento español en la materia ha declarado reiteradamente: a) que las disposiciones especiales en que se manifiesta el intervencionismo del Estado en las relaciones jurídicas, bien sean privadas, por ejemplo, derivadas de la aplicación de la Ley del Suelo, bien con la administración pública—por ejemplo, repoblación forestal—han de interpretarse con criterio prudentemente restrictivo y no extensivo ni analógico a fin de no imponer a los particulares otras limitaciones que las exigidas por el bien común o por la función social que se asigna a la propiedad, reconocida y amparada como se halla ésta por los principios fundamentales (Sentencias de 3 de julio de 1958, 28 de marzo y 13 de abril de 1960, 3 de junio de 1961 y 9 de abril de 1962)".

El Estado, dictando el Derecho de masas, actúa, en el peor de los casos, como un domador de leones en una jaula o de loco en un manicomio, en el mejor de los casos, como pastor paternal de un rebaño de ovejas satisfechas y alienadas con los alicientes externos de consumo de masas. Es un Derecho para niños en una sociedad de niños, no una *ordinatio rationis ad bonum commune*.

II. *Crítica del derecho de la sociedad de masas.*—Sus propios caracteres son otros tantos defectos. Así, el emanar del Estado, le priva de la espontaneidad y del arraigo popular que tiene el Derecho tradicional, originado en la entraña del pueblo; el ser coercitivo coarta el libre desenvolvimiento de la libertad y de la autonomía individual que regularían mejor y compondrían con más justeza los intereses que pretende satisfacer el Estado; la tutela de ciertos grupos sociales—los económicamente débiles—sería a costa de los grupos de la clase media, no masificados, que sufrirán las consecuencias de trasladar el Estado las cargas impositivas sobre sus hombros, provocando su masificación; el ser excepcional, traba su desarrollo, impide la aplicación vivificante de los principios generales del Derecho y de la analogía, con su consiguiente desfase respecto de las necesidades sociales; su carácter fragmentario y

---

(31) *Derecho administrativo especial*, Librería General, Zaragoza, 1966. tomo III, pág. 27.

su carencia de visión histórica extienden la masificación que pretende evitar, creando problemas nuevos al intentar remediar los antiguos.

El principal defecto es precisamente el último enunciado: su carencia de visión histórica. En un momento como el presente, la constitución sobre la Iglesia en el mundo actual (32) reconoce que la propia historia está sometida a un proceso tal de aceleración que apenas es posible al hombre seguirla; que el género humano corre una misma suerte y no se diversifica ya en varias historias dispersas, que la humanidad pasa así de una concepción mas bien estática de la realidad a otra más dinámica y evolutiva, de donde surge un nuevo conjunto de problemas que exige nuevos análisis y nuevas síntesis.

Es claro que en tal contexto histórico el Derecho de masas corre el riesgo de esclerosarse, de ser un instrumento inapto, inadecuado, ya no para desmasificar a la sociedad, sino siquiera para mantener el orden público y el progreso económico. La situación se deteriora cada vez más si el "Derecho sin principios generales" sigue actuando, sin algún correctivo que permita trascenderlo.

III. *La noción del desarrollo.*—En la carta Encíclica "El progreso de los Pueblos" (33) se lee: "Verse libres de la miseria, hallar con más seguridad la propia subsistencia, la salud y una ocupación estable; participar todavía más en las responsabilidades, fuera de toda opresión y al abrigo de situaciones que ofenden su dignidad de hombres; ser más instruidos; en una palabra, hacer, conocer y tener más para ser más, tal es la aspiración de los hombres de hoy, mientras que un gran número de ellos se ven condenados a vivir en condiciones que hacen ilusorio este legítimo deseo...

Para conseguir estas aspiraciones de la humanidad, las naciones han abordado el problema del desarrollo económico. Refiriéndose a esa nueva actitud de los países occidentales ante el desarrollo, PIERRE MASSÉ, comisario del Plan francés, califica la acción del Estado en favor de la inversión en tres formas principales: incitaciones indirectas (caso de los EE.UU.), participaciones y

---

(32) Ob. cit., pág. 215.

(33) Ediciones Marianas, 1967, pág. 19.

nacionalizaciones motrices (el Reino Unido bajo el laborismo) y planes indicativos... (34).

El desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Así lo afirma la carta Encíclica a que hemos hecho referencia". (El desarrollo) para ser auténtico debe ser integral, es decir, promover a todos los hombres y a todo el hombre. Con gran exactitud ha subrayado un eminente experto: nosotros no aceptamos la separación de la economía de lo humano, el desarrollo de las civilizaciones en que está inscrito... (35). Todos los hombres están llamados a este desarrollo pleno... (36). Para este mismo desarrollo se exige más todavía pensadores de reflexión profunda que busquen un humanismo nuevo el cual permita al hombre moderno hallarse a sí mismo... Así podrá realizar en toda su plenitud el verdadero desarrollo que es el paso para cada uno y para todos de condiciones de vida menos humanas a condiciones más humanas... (37). Decir desarrollo es efectivamente preocuparse tanto por el progreso social como por el crecimiento económico (38).

Por supuesto que la panacea de los problemas sociales, no es exclusivamente el desarrollo siquiera sea socioeconómico. Pero, aunque ello sea cierto, mal puede el Estado, como procurador del bien común, adoptar una política del desarrollo integral de la sociedad que le está encomendada, sin que su instrumento principal, el Derecho, quede afectado de algún modo.

IV. *El derecho del desarrollo en España: los planes de desarrollo.*—En tal sentido, aun cuando el nuevo Estado español, durante los primeros lustros a partir de su instauración, siguió una política de reconstrucción y expansión económica y mejora social de la nación, lo cierto es que no articuló una planificación global de su quehacer en la esfera socioeconómica. Sin embargo, a partir de 1964 entra en vigor el Primer Plan de Desarrollo Económico y Social, y en 11 de febrero de 1969, es aprobado por Ley 1/1969, el Segundo Plan, actualmente vigente.

---

(34) RAMÓN TAMAMES, *Cuatro problemas de la economía española*, Colección Ibérica, 2, 1965, pág. 204.

(35) Ob. cit., pág. 25.

(36) Ob. cit., pág. 27.

(37) Ob. cit., pág. 34.

(38) Ob. cit., pág. 44.

Del primero RAMÓN TAMAMES (39) hace el siguiente resumen de sus características, que no han sufrido variación sensible en el segundo: "Los objetivos básicos descritos y los más concretos establecidos para los distintos sectores se pretenden alcanzar expresamente por medio de la enunciación de sus características. Según ellas, el Plan es económicosocial por las ineludibles interrelaciones entre progreso económico y equilibrio social. Su concepción es global, es decir, tiene en cuenta las relaciones entre todas las magnitudes clave del sistema. Por otra parte, con el Plan ha de quedar coordinado el funcionamiento del sector privado, no sólo a través del mercado sino también gracias a la información que las previsiones macroeconómicas y sectoriales suministran a las empresas y por medio de la acción concertada entre la Administración y los empresarios. Así pues, el Plan tiene carácter indicativo para el sector privado, es decir, respeta la iniciativa empresarial, pero al propio tiempo la orienta por medio de 'indicaciones' sobre criterios generales y en su caso la estimula mediante un sistema de incentivos. Por el contrario el Plan es vinculante para el sector público, ya que las inversiones del mismo se fijan de modo determinante. Por último, el Plan se entiende como una tarea colectiva (en la que participan empresarios, funcionarios y representantes de los Sindicatos verticales) que se realiza en un proceso continuo (mientras se supervisa la ejecución del primer Plan se prepara el segundo) y que se materializa cuatrienalmente".

De acuerdo con tales características programáticas, el Preámbulo de la Ley 1/1969 de 11 de febrero, ya citada, afirma que "Todo el contenido de este II Plan está imbuido de una misma idea: que el hombre—en singular—es el destinatario de los frutos del desarrollo. Los aspectos económicos tienen un valor puramente instrumental, puesto que tratan de obtener el máximo rendimiento posible de los recursos de todo orden de que dispone el país para ponerlos al servicio del hombre entendido en su individualidad personal y de la familia, fundamento de la sociedad. El concepto del desarrollo no se limita a contemplar las perspectivas de orden económico y sociológico: se orienta hacia una visión integral del hombre".

---

(39) Ob. cit., págs. 217 y 218.

El artículo 1.º de dicha Ley señala que “es finalidad primordial del Plan la constante elevación del nivel de vida, una mejor distribución personal, funcional y regional de la renta, dentro de las exigencias de la justicia social, y la ordenación de todos los recursos disponibles al servicio del hombre en su dimensión personal y familiar y del bien común de la nación”.

Tales declaraciones ¿son meros principios o directivas coyunturales de la administración en el campo concreto de las inversiones públicas para el desarrollo, o tienen un alcance general? Dicho de otro modo: ¿El Plan y su filosofía esencial, dejando de lado formulaciones accidentales—como si el producto nacional bruto debe crecer en un determinado porcentaje en cada plan—pertenecen al Derecho de Masas, o por el contrario, constituyen un *quid novum*? En tal caso ¿cabe hablar de un principio general del Derecho que podríamos enunciar así: el principio del desarrollo socioeconómico? ¿Qué tipo de principio general de Derecho podría ser: tradicional, político o de Derecho natural? ¿Qué efectos produce tal calificación y cuáles son las perspectivas evolutivas de un tal principio general?

Tal es la problemática riquísima que surge, a nuestro entender, de la filosofía fundamental del Plan de Desarrollo socioeconómico.

V. *El plan de desarrollo económico y social y el derecho de la sociedad de masas.*—Para muchos, los planes de desarrollo no son sino un exponente más del Derecho de Masas. Tienen en efecto sus características más acusadas: emanan del Estado, que a través de sus tecnócratas, elabora y promulga el Plan y vigila su ejecución, que es vinculante y obligatorio al menos en sus líneas más esenciales, para la Administración y organismos públicos; pretende proteger y tutelar a los económicamente débiles y procura su promoción a través de un aumento de su nivel de vida; no pocas veces crea nuevos problemas al intentar resolver los antiguos—se ha dicho que los polos de desarrollo producen verdaderas deportaciones económicas al concentrar la riqueza en una zona, y deprimir las restantes—; difícilmente puede dejar de ser un Derecho excepcional, pues choca con el principio general de derecho que es el de la autonomía



privada, de superior rango al Plan, pues es tradicional y de Derecho Natural (40).

¿Son fundadas estas críticas?

Por supuesto que los planes de las economías de las llamadas democracias populares presentan estas características y cabe considerarlos como el Derecho de la economía totalitaria. Pero incluso algunos de los caracteres de tal Derecho se van dulcificando, en aras de una mayor flexibilidad del Plan. Así, se sabe de las experiencias liberalizadoras de Hungría, Yugoslavia e incluso de la misma U. R. S. S. que dotan de mayor autonomía a los directores de las empresas estatales, para que combinen libremente una serie de factores económicos en su empresa u otorgan gran autonomía a los consejos de trabajadores en el seno de la empresa (caso de Yugoslavia).

En los planes de los países occidentales basados en el carácter indicativo, no vinculante para el sector privado, dejan de apreciarse muchas de las características del Derecho de Masas.

En nuestro país, creemos que de ninguna manera puede encuadrarse el Plan de Desarrollo económico y social en el Derecho de Masas. No presenta ninguna de las características que anteriormente hemos enunciado. En efecto; aunque el Estado interviene esencialmente en la redacción del Plan, lo promulga como Ley, y vigila por medio de sus órganos competentes su ejecución, lo cierto es que como apunta TAMAMES "se considera una tarea colectiva (en la que participan empresarios, funcionarios y representantes de los Sindicatos verticales)". El Preámbulo de la repetida Ley 1/1969 afirma que el Proyecto elaborado por la Comisaría del Plan fue sometido a Consulta de la Organización Sindical, el Consejo de Economía Nacional, el Banco de España, el Consejo Superior Bancario, la Confederación Española de Cajas de Ahorros, el Instituto de Estudios Políticos, el de Estudios Agrosociales, las Facultades de Ciencias Políticas y Económicas, el INI y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. El artículo 3.º de la repetida Ley establece que "la Organización Sindical como cauce representativo de los intereses profesionales y económicos, participará activamente en la realización del Plan... y servirá para

---

(40) Sobre el principio de autonomía privada, consultar las *Lecciones de Derecho civil*, I. Parte general, Universidad de Valencia. Facultad de Derecho, de José Luis Díez Picazo, págs. 199 y sigs.

la efectiva presencia y actuación de los empresarios, técnicos y trabajadores en las Comisiones y Ponencias encargadas del estudio y elaboración del Plan de Desarrollo Económico y Social así como de la vigilancia en su ejecución" (41).

Si como hemos examinado, las instituciones todas de la nación interesadas en el progreso socioeconómico intervienen en la elaboración y ejecución del Plan, mal puede decirse que este emane del Estado.

Aunque protege el Plan y no puede menos, a los económicamente débiles, la noción de "bien común de la nación" que adopta, impide que pueda considerarse como un Plan clasista que tutela a los unos a costa de cercenar los ingresos de los otros, propagando su masificación.

El Estado, por medio del Plan, desarrolla la política de rentas más adecuada al bien común, sin confiscar a ninguna clase social, lo que sería contrario a los Principios Fundamentales del Movimiento.

No se puede decir que carezca de visión del futuro. No creemos que las previsiones esenciales del Plan—dejando aparte concretas medidas coyunturales—sean meras improvisaciones que hipotequen el futuro como se achaca al Derecho de Masas. Ciertamente que el futuro es muchas veces imprevisible, pero precisamente en nuestro tiempo cabe hacer previsiones a medio y largo plazo, "proyectar" o "extrapolar" tendencias que permiten adoptar políticas menos fragmentarias, urgentes, e improvisadas que en tiempos anteriores.

Por otra parte, su temporalidad no implica que carezca de visión de futuro. Del mismo modo que a un Primer Plan ha seguido un segundo, hay la certidumbre moral que a este seguirá un tercero y a éste un cuarto y así sucesivamente, con todas las variaciones que aconseje la experiencia de los anteriores.

El último punto, el carácter necesariamente excepcional del Plan, su falta de carácter general y, por tanto, su carencia de poder expansivo como regulación racional y ejemplar, en frase ya citada de FEDERICO DE CASTRO, enlaza con el problema de si cabe hoy día admitir un principio general de Derecho: el del desarrollo socioeconómico.

---

(41) Para una crítica de este aspecto del Plan: «creo que es un eufemismo hablar de planificación democrática en España», dice entre otras cosas; véase TAMAMES, Ob. cit., pág. 244.

VI. *El principio general de derecho del desarrollo socioeconómico.*—¿Cabe enunciar tal principio, extraído de la parte esencial del Plan de Desarrollo? ¿Cabe dotar a la filosofía del desarrollo de la altísima misión que nuestro Derecho concede a los principios generales del Derecho, y que luego examinaremos?

Tal principio general podría enunciarse así: es preferible desarrollar a la sociedad a dejarla en el subdesarrollo (42).

Contra tal principio general se pueden plantear las siguientes objeciones: el Plan es un conjunto de previsiones que no se cumplen por la Administración ni por los particulares, un trozo de papel que no rige la vida socioeconómica de la nación. Hay sólo una tendencia expansiva en nuestra economía que funciona sin marco jurídico alguno, independientemente de las previsiones tecnocráticas (43). Por tanto, el Plan es un instrumento político, coyuntural, sin enlace con la vida real de la nación y difícilmente puede generar principios generales del Derecho.

Aun admitiendo la obligatoriedad y vigencia real del Plan, al ser esencialmente voluntario—"indicativo"—para el sector privado y sólo vinculante para el sector público, faltaría su carácter de generalidad, al ser sólo una "ley para funcionarios", para que la ejecuten los funcionarios. Mal podría ser un principio general de Derecho lo que en modo alguno vincula a su cumplimiento.

Por último, carece de todo enlace con el derecho tradicional, esencia y fuente legitimadora de los principios generales de Derecho, y es fruto de generosos esfuerzos humanísticos o de áridas visiones tecnocráticas, muy del siglo xx, carente de raíces en el pasado.

Contra tales objeciones, afirmamos no creer que sea obstáculo a su carácter de principio general del Derecho, que sus previsiones

---

(42) DENIS GOULET, *Ética del desarrollo*, Editorial Estela, pág. 18.

(43) «En suma, se puede afirmar que durante 1964-1967 la economía española fue una cosa y el Plan otra, sin que hubiese un ajuste entre ambos. La mayoría de las decisiones de los empresarios e incluso gran parte de las decisiones de las autoridades económicas siguieron adoptándose al margen de lo que podría llamarse el cuadro general del Plan. Y lo que quedó claro en consecuencia es que el rápido crecimiento económico iniciado en 1962 y 1963 y proseguido entre 1964 y 1966, no se debió en manera alguna al Plan, sino fundamentalmente a las fuerzas más dinámicas de la economía española, que siguieron operando con un «espontaneísmo» prácticamente tan grande como el existente antes de la publicación del primer programa indicativo» (TAMAMES, *Introducción a la economía española*, pág. 471, Alianza Editorial, S. A., 1967, 1968, 1969).

y objetivos "no sean obligatorios para el sector privado, cuya actuación se regirá por el principio de libertad de decisión e iniciativa" (artículo 2.º, 2, de la repetida Ley 1/1969). Porque el Estado, según la misma Ley, "se reserva en todo caso la intervención en la economía o sector privado", en los casos de notoria desviación respecto de los objetivos previstos (artículo 2.º, 2, *in fine*). La libertad del sector privado de seguir o no, según su libre decisión las previsiones y objetivos del Plan, está "vigilada". Tal "vigilancia" no contrasta con la filosofía cristiana del desarrollo, ni con el principio de subsidiariedad de la intervención del Estado en la vida económica, ni con la noción del bien común.

Pero es que además existe el principio general de la autonomía privada, como una realidad básica, fundamental dentro del orden jurídico, pudiendo hablarse en este aspecto de significado institucional de la misma (44).

Tal principio es claramente permisivo, obsequio a la dignidad de la persona humana, consagra un ámbito lícito del libre hacer humano, supone un obstáculo a las limitaciones a la libertad, presume que la libre decisión de las partes es el *prius*, y las limitaciones a tal libre decisión el *posterius*, excepcionales y carentes de valor general. Sin embargo, y pese a ello, no deja de ser un principio general del Derecho.

La ineficacia práctica del Primer Plan de Desarrollo y su incumplimiento por el sector privado y en parte por el público de la economía, no le privan de su obligatoriedad. Cualquier jurista sabe que la inobservancia, el desuso o la preterición de una norma por los particulares o incluso su incumplimiento por los funcionarios no privan a la norma de su autoridad y coactividad (artículo 5.º del Código civil). Decir que el Plan ha sido incumplido, incluso por la Administración no es decir que el Plan deja de ser una norma obligatoria. La administración podrá incurrir en responsabilidad política ante la nación si las inversiones públicas no se han ajustado por exceso o defecto a las previsiones del Plan; los tecnócratas que han incurrido en error al planear lo que no se ha podido ejecutar, serán o no removidos de sus puestos; la nación sufrirá las consecuencias de su imprevisión por desestimar los objetivos del plan—"planes de estabilización", devaluaciones mo-

---

(44) Díez PíCAZO, Ob. cit., pág. 203.

netarias, estancamiento económico, polarización social y regional y en definitiva disminución del nivel de vida—. Pero nada de ello obsta a la obligatoriedad de los preceptos que el Plan haya previsto sean obligatorios.

Sin dejar de apreciar el carácter político—coyuntural y a plazo medio—del Plan, no cabe duda que tiene carácter jurídico. No es un enunciado programático, sino una “ley de cuadro” que establece el marco jurídico adecuado para que los esfuerzos de los múltiples agentes públicos y privados de la economía, se coordinen, con vista al bien común.

Objeción más grave la constituye su carencia de enlace con el Derecho tradicional. El principio del desarrollo socioeconómico es flor de un día, y se formula en la segunda mitad del siglo xx. Carece de la legitimación tradicional que confiere el transcurso del tiempo, como ocurre con el principio de la autonomía de la voluntad, el de la conservación de la casa en el Derecho foral, o cualquier otro principio tradicional.

Ciertamente que este principio no puede calificarse de tradicional. El Derecho tradicional, nacido en la entraña del pueblo, elaborado en estrecha conexión con el medio físico y económico en que se vive—se ha dicho que el paisaje es fuente del Derecho—, respondiendo a las necesidades de una economía agraria poco desarrollada, no puede hacer frente al reto que imponen las modernas condiciones de la vida social.

Pero ¿toda tradición es buena? ¿Todo tradicionalismo debe ser conservado? ¿La esencia del Derecho tradicional no es precisamente, la adaptación a las necesidades de la sociedad concreta que lo ha engendrado? ¿No es ese el mensaje que todo tradicionalismo debe transmitir a la posteridad?

Si la economía agraria, desde la revolución neolítica hasta casi nuestros días no ha experimentado cambios sensibles, es lógico que el Derecho tradicional de la casería, de la economía cerrada, del enlace armonioso del pasado con el presente, apareciera a los ojos de algunos juristas decimonónicos, poco menos que como un principio inmutable del orden natural.

Pero si hoy asistimos a la primera revolución agraria seria, en el plano tecnológico y económico, que ha existido en el mundo desde hace milenios de agricultura, es lógico que debamos evaporar del

viejo frasco de las esencias tradicionales su elixir, para transmitirlo a las generaciones que nos seguirán y no obstinarnos en mantener fórmulas jurídicas caducas.

Cedemos la palabra al discutido "Nuevo Catecismo. La fe para adultos", o "Catecismo Holandés" (45): "Si, es verdad que de hecho, el Cristianismo fomentó a veces, ideas fatalistas respecto del destino terrestre. La búsqueda del cielo hacía que muchos cristianos se preocupasen principalmente de vencer la pecaminosidad individual y no tanto toda la miseria humana... Frecuentemente no se tenía todavía conciencia de que la humanidad estaba divinamente llamada al progreso sobre la tierra. En nuestro tiempo, no obstante, en que la visión histórica más amplia nos deja percibir más claramente la evolución, comprendemos mejor que la doctrina del pecado, del amor y de la responsabilidad nos impele a 'someter la tierra', esto es, tornarla más humana y más habitable".

El principio del desarrollo socioeconómico—por supuesto en su formulación teológica—está incoado en el Génesis, y, por tanto, en la *philosophia perennis*. Sin embargo, la aceleración del ritmo de la historia, en los tiempos contemporáneos, hace resaltar este principio que a la tradición más reciente había pasado inadvertida.

Todo ello nos lleva a afirmar que el principio del desarrollo socioeconómico, prescindiendo de formulaciones coyunturales, es un principio general de nuestro Derecho positivo, sin que sean de estimar las objeciones estudiadas. Por tanto, tiene el significado institucional y técnico, característico de tales principios. No es una norma moral o una directiva política, sino una realidad actuante, pragmática, en nuestro Ordenamiento jurídico positivo.

VII. *El principio general del desarrollo socioeconómico: su puesto en la jerarquía de los principios generales del Derecho.*—Antes hemos visto que difícilmente puede considerarse el principio estudiado como tradicional, al menos como consagrado por la tradición reciente. La economía agraria casi de subsistencia, de gran parte en nuestro país, el conservadurismo extremo de nuestra población campesina, anclada secularmente en el subdesarrollo, los obstáculos institucionales de toda índole, e incluso la creencia di-

---

(45) Editora Herder, São Paulo, 1969, pág. 324.

fusa, característica de la cultura agraria tradicional, en la inmutabilidad de la vida social, impiden tal consideración.

Sin embargo, tampoco puede considerarse estrictamente como un mero principio político. Por el contrario, en la *philosophia perennis*, se halla la base de Derecho natural de este principio.

Por tanto, con DE CASTRO (46), afirmaremos que "es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el Ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la Ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre"... El mismo Derecho natural impone que la ley humana esté sujeta a mutación... Se podrá considerar extraviado o condenable el camino legislativo que no tenga en cuenta o vaya en dirección contraria al Derecho natural.

Por supuesto que tiene un matiz acendradamente político. Pero no por ello cae en el peligro que enuncia FEDERICO DE CASTRO (47): "las directivas políticas, como enunciadas por la minoría que redacta el programa de gobierno, llegan con más dificultad a convertirse en principios jurídicos mientras no se desarrollan en normas concretas". Porque estimamos que la existencia de dos Planes de Desarrollo Económico y Social, el compromiso político que el Gobierno ha contraído con el pueblo de seguir impulsando una política de desarrollo, no menos que la declaración programática enunciada en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, considerando como uno de los fines fundamentales del Estado "la promoción de un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común", obligan a considerar como algo más que un mero programa carente de desarrollo concreto al principio que estudiamos.

En efecto: la promoción de un orden social justo en el plano económico es imposible en las actuales circunstancias sin adaptar el principio de desarrollo como rector de la política estatal.

Una política meramente liberal, de "laissez faire", dejando en libertad las fuerzas de la economía para que por sí solas determinen el ritmo de crecimiento económico y progreso social que estimen oportunos, conduce al marasmo secular en que se ha desenvuelto la economía española en el último siglo. En el mejor de los casos, a un lentísimo despegue económico que no pudo evitar las

---

(46) Ob. cit., pág. 421.

(47) Ob. cit., pág. 416.

intolerables tensiones sociales que dieron origen a nuestra guerra civil.

La ruptura de tal marasmo, el progreso indispensable a una sociedad si quiere afrontar el reto del año dos mil, obligan a considerar como permanente una política de desarrollo en nuestra patria.

VIII. *Significado institucional y significado técnico del principio general del desarrollo socioeconómico.*—Desde el punto de vista institucional, el principio que comentamos tiene el carácter de “base en que descansa la organización jurídica, la parte permanente del Derecho, y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan a todas las normas formuladas, las convierten de ‘flatus vocis’ o pintados signos en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado” (48).

Destaca en esta noción del gran maestro: de una parte el carácter permanente de los principios generales del Derecho, y de otra, y muy importante, su constante fluctuación y adecuación a las cambiantes necesidades de la evolución jurídica. Es evidente que ha variado la noción del principio general del respeto a la propiedad privada o a la libre iniciativa individual en nuestra época, oscureciéndose un tanto la formulación liberal de uno y otro principio que dimanaba de la filosofía de nuestro Código civil (49).

De dicho significado institucional, permanente y progresivo a la vez del principio que estudiamos, dimana el significado técnico, de aplicación jurídica concreta del mismo.

---

(48) Ob. cit., pág. 420.

(49) Por lo mismo, una distinta filosofía del desarrollo, una mayor democratización de nuestra sociedad, un cambio de estructuras socioeconómicas, y, en general, los cambios de una sociedad «embalada» en la fase de desarrollo autosostenido, llevarán a cambios importantes y a formulaciones más exigentes de dicho principio. Así, por ejemplo, el principio de la subsidiariedad de la acción del Estado en la economía, el excesivo respeto a la propiedad privada, la tolerancia de la especulación del suelo, la regresividad del sistema tributario... pueden ser sujetos a un serio replanteamiento cuando se descubra que el excesivo énfasis en el carácter indicativo del Plan está entorpeciendo el desarrollo socioeconómico de nuestro pueblo. El propio TAMAMES, en su obra *Introducción a la Economía Española*, página 82, sostiene que «para poner a punto todo el potencial económico del país—que es mucho mayor de lo que suelen pensar los tecnócratas—es necesario suprimir los frenos que lo tienen detenido». Propugna, pues, la implantación de un Plan de transformaciones estructurales, mucho más enérgico y radical que el actual Plan indicativo.



De ser fundamento del Ordenamiento jurídico concreto se desprende que el choque con una norma de signo político o económico adverso o una situación de hecho que perjudique el desarrollo socio-económico del pueblo obligará a los organismos todos del Estado a remover el obstáculo: derogar la norma jurídica opuesta, promover las oportunas acciones políticas o socioeconómicas para desarrollar al pueblo. En los casos más abiertamente disconformes con el principio, especialmente cuando el obstáculo a remover sea puramente jurídico, significará "la ineficacia y la derogación tácita de los textos legales irreconciliables" (50).

Como principio orientador de la labor interpretativa, dota al Derecho de Masas de un sentido y significado general dentro de un contexto de desarrollo socioeconómico. El Derecho de Masas, como "Derechos sin principios" o meramente excepcional no genera principios generales: luego tiene que ser interpretado restrictivamente, sin posible extensión ni interpretación analógica (51). Pero su interpretación a la luz de este principio puede ser fecunda: dado el actual grado de desarrollo de la construcción de viviendas en nuestro país, parece intolerable e injusta la presunción *iuris et de iure* que consagra la Ley de Arrendamientos Urbanos, de que el inquilino de una vivienda o arrendatario de un local de negocio es siempre la parte económicamente débil en la relación arrendaticia, y por tanto debe ser tutelado siempre.

Ello ha llevado al absurdo de considerarse como inquilino protegido... a un Gobierno extranjero económicamente poderosísimo frente a una sociedad inmobiliaria nacional arrendadora.

Debiera, por el contrario, entrarse en la consideración de la situación económica concreta de las partes, para dilucidar si el inquilino merece o no ser protegido, a la luz del principio que estudiamos.

El principio de la autonomía de la voluntad, el de buena fe, el que veda ir contra los actos propios, el de libertad de forma de

---

(50) Ob. cit., pág. 423.

(51) Una excepción de tal carácter lo constituye la Ley de Arrendamientos Urbanos que, consciente de los fines sociales que la presiden, y de la desgraciada técnica casuística de su redacción, admite expresamente la analogía en su artículo 8º. Ello con la finalidad de no ser interpretada restrictivamente, contra su finalidad. Sin embargo, desde el punto de vista sociológico, si existe Derecho de Masas, la legislación arrendaticia urbana constituye uno de sus ejemplos más notables.

los negocios jurídicos... pueden ser revalorizados a la luz del principio que estudiamos, cuando los mismos han sido eliminados o minimizados en la contratación de una sociedad de masas.

El principio del desarrollo será fuente de Derecho en defecto de Ley o costumbre aplicables al caso concreto (art. 6.º del Código civil). Tal función, la más delicada de todas, obligará al intérprete a examinar cuidadosamente el punto controvertido, la laguna de Derecho y a ponderar cuidadosamente los demás principios generales que integran el sistema. Pero los demás principios generales sufrirán el impacto del que comentamos, pues en definitiva la filosofía del desarrollo socioeconómico no es sino la consagración de la evolución de la humanidad hacia metas más altas de bienestar y de justicia social. El principio del desarrollo es a la sociedad de la segunda mitad del siglo xx lo que el principio de progreso o de la libertad a la del xix: forma parte de la atmósfera, del ámbito impalpable que rodea el quehacer de un jurista, enmarcado en una circunstancia histórica concreta.

Ideas, instituciones, situaciones sociales concretas que antes pasaban inadvertidas o eran indiferentes al jurista, serán estigmatizadas y tachadas de injustas en todos los países a la luz del principio que comentamos. Por ejemplo, el moderno movimiento hacia la consagración, con garantías jurídicas inequívocas, de los llamados derechos humanos, tiene su firme apoyo en el principio del desarrollo. En la medida en que en un país concreto no se respeten los derechos humanos, o no se dote al hombre de las adecuadas garantías jurídicas para su defensa, el principio del desarrollo clamará porque tal situación se remueva. Mal puede estar desarrollado un pueblo si en él los derechos humanos son conculcados (52).

Tal función evolutiva de los principios generales de Derecho ha sido subrayada en nuestra patria por DE CASTRO, no menos que por alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo (53) y guarda plena concordancia con las enseñanzas de la Historia.

---

(52) Sobre los derechos humanos, véase la espléndida obra de JOAQUÍN RUIZ JIMÉNEZ, *El Concilio Vaticano II y los derechos del hombre*, Editorial «Cuadernos para el Diálogo», Madrid, 1968.

(53) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934, citada por DE CASTRO, Ob. cit., pág. 470.

En efecto, si la sociedad se halla sumida en el marasmo de una fase B de depresión, con su secuelas de polarizaciones sociales, autocracia o dictadura, cultura dirigida, nacionalismo económico e introspecciones, difícilmente los juristas hallarán una fuerza creadora suficiente para romper los moldes de los viejos principios jurídicos que se han desfasado respecto de la actual evolución de la sociedad.

En las fases de depresión se produce un desfase entre la ideología jurídica oficial, todavía apegada a las fórmulas y principios de la última expansión, y las necesidades del momento, que obligan, sin romper abiertamente con tales fórmulas, a soluciones de urgencia, a medidas fragmentarias, provisionales, sin horizonte histórico, tales como las que integran el Derecho de masas. En tal clima de depresión, es imposible para los juristas crear principios nuevos.

La liberalización propia de las fases de expansión, con su dinamismo y pluralismos característicos, cultura libre y creadora, ecumenismo o internacionalismo, y dulcificación de las tensiones sociales, con la creación de una numerosa clase media, permite, por el contrario, poner al día principios antiguos y normas concretas, estructuras sociales y coyunturas momentáneas, sin violencia, sin revolución.

Los momentos máximos de la jurisprudencia moderna así lo demuestran: la escuela bolofesa del Derecho romano de los siglos XII y XIII coincide con el apogeo de la Edad Media europea, con el florecimiento de la vida económica y cultural en los Municipios italianos; la escuela humanista del siglo XVI, con el florecimiento del renacimiento en toda Europa, con su clarísima coyuntura A; la escuela pandectista de mediados y fines del siglo XIX, de nuevo con otra fase de expansión de la economía y de la cultura europeas.

En todos estos periodos los juristas han tenido un papel claramente progresista, han sabido adecuar el aparato jurídico a las necesidades del momento, superando concepciones jurídicas anticuadas e inapropiadas a la altura de sus respectivos tiempos históricos, creando un verdadero *ius commune*, instrumento jurídico del internacionalismo de su concreta coyuntura histórica.

IX. *El principio general del desarrollo socioeconómico y el quehacer actual del Derecho civil.*—Cabría hacer una referencia a todas las ramas y disciplinas del Derecho, para examinar en qué

medida el principio estudiado las influye y puede servir de instrumento de su reelaboración. Pero nuestra modesta especialidad de jurista de Derecho privado lo veda. Cedemos la palabra a Díez-Picazo (54): "Este Derecho civil actual, desmembrado, patrimonializado, administrativizado, continúa poseyendo todavía una vigorosa propensión a ser aquella parte de sector del Ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y la ordenación de sus fines dentro de la comunidad. Su problema primordial de hoy es un problema de reajuste. Llamamos reajuste a la necesidad de obtener la más completa adecuación del concepto formal del Derecho civil, que, como hemos dicho, continúa vigente con sus principios internos de organización y con su contenido externo. Este reajuste exige en primer lugar una reacción vigorosa contra todas las tendencias que sean contrarias a su esencial finalidad de protección y defensa de los fines de la persona. Contra la excesiva ingerencia estatal en la órbita de actuación de la persona le corresponde al Derecho civil la labor, penosa ciertamente, de conservación y mantenimiento de las prerrogativas jurídicas de la persona (autonomía privada). Frente al excesivo auge de los valores económicos y patrimoniales debe el Derecho civil recoger la totalidad de los fines de la persona y agrupar debidamente jerarquizadas las instituciones que los realicen (valor de la persona)...

Para reafirmar este puesto central dentro de la total organización jurídica, hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídicos civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y valor de organización *y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario. Aislar estos principios, definirlos y dar con ellos nuevo aire, un aire específicamente moderno a nuestra ciencia, creo que es una labor urgente y necesaria.*

El reajuste del Derecho civil moderno exige también la actualización del Derecho civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas...

Nuestro mundo camina hacia nuevas formas de vida, hacia nuevas estructuras sociales, hacia nuevos sistemas de ideas y convicciones. *El Derecho civil tiene que estar a la altura de su tiempo.*

---

(54) Ob. cit., págs 21 y 22.

Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. *Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente*".

Creemos que en tan esperanzador programa de acción que propone uno de nuestros más eximios civilistas del momento actual, el principio general del desarrollo tiene un papel primordial.

Frente al Derecho de Masas, el aislamiento y examen crítico de sus normas. ¿En qué medida una norma concreta o una institución del Derecho de Masas—muchas veces, ya no de Derecho civil, sino desgajada, desmembrada de este Derecho—se ajusta a los fines primordiales de la persona o por el contrario es incompatible por su paternalismo, o por su carácter contradictorio con otro principio general, con la dignidad humana? ¿En qué medida tal institución concreta ha surgido como reacción a un desfase de un principio del Derecho que dejaba indefenso al individuo en sus necesidades? Esto último ocurría en el siglo XIX, con el excesivo respeto a la autonomía contractual o a la propiedad privada.

Tal examen crítico de la institución de Derecho de Masas obligará a una reelaboración del principio general de Derecho, rebajándolo de categoría, enlazándolo con otros no menos importantes, dotándolo de una formulación más social.

Anteriormente, por el contrario, vimos cómo ciertos principios de derecho podían ser revalorizados, a la luz del principio del desarrollo cuando los mismos han sido conculcados por el Derecho de masas.

Si el Derecho civil ha de estar a la altura de su tiempo, si ha de recoger y dar cauce jurídico a las nuevas condiciones vitales y a las estructuras nuevas, es obvio que la función de los civilistas es estudiar profundamente la problemática social, incluso anticipándose al futuro, y proponer al legislador aquellas normas nuevas y aquellas reformas de otras que juzguen convenientes, dentro del contexto del desarrollo y del cuadro institucional y político del Estado. Este estudio, predominantemente realizado en la Cátedra, y en los organismos todos jurídicos—Academias, Colegios Oficiales, Comisión General de Codificación—con la creación de los indispen-

sables equipos de trabajo, la dotación de los medios oportunos y la aplicación de las técnicas adecuadas de prospección sociológica, es indispensable si no queremos seguir sufriendo normas inconexas, urgentes, fragmentarias, drásticas, poco meditadas, como las que constituyen el Derecho de Masas.

Creemos que realizando tal labor de reajuste y de actualización del Derecho civil, se llegará como sostiene Díez PICAZO (55) "a recuperar la unidad perdida, superando la atomización de los derechos especiales". Técnicamente se habrá logrado un gran progreso; pero además la justicia se habrá beneficiado no poco, con la superación institucional del Derecho de Masas, en el ámbito de las relaciones privadas.

E. FOSAR BENLLOCH.

---

(55) Ob. cit., pág. 22.

# LEGISLACION





## Titularidad patrimonial del Movimiento Nacional

*El Boletín Oficial del Estado* de 3 de abril del presente año publica el Decreto 847 de 1970, por el que se regula la titularidad patrimonial del Movimiento Nacional.

El Movimiento Nacional fue creado por el Decreto de 19 de abril de 1937, estableciendo el artículo 1.º del mismo que, "de momento", adoptaría la denominación de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S. A su vez el Decreto de 31 de julio de 1939 precisó que el Movimiento Nacional constituía una sola persona jurídica con un solo patrimonio y que toda adjudicación de bienes realizada a su favor se entendería en beneficio de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S. como consecuencia de ser ésta la denominación que primitivamente se le asignó.

Este mismo, es el Movimiento Nacional, elevado a rango constitucional e institucionalizado, en la vigente Ley Orgánica del Estado, cuyo patrimonio está integrado por los bienes adquiridos a su nombre después de la publicación de la Ley Orgánica del Estado y todos aquellos que figuren adquiridos por F. E. T. y J. O. N. S. Por ello el Decreto establece en su parte dispositiva:

a) Que el patrimonio del Movimiento Nacional está constituido por todos los bienes adquiridos a su nombre o al de F. E. T. y J. O. N. S. Que la titularidad activa o pasiva derivada de los actos realizados a nombre de F. E. T. y J. O. N. S. corresponde al Movimiento Nacional, y a su nombre se otorgarán en lo sucesivo.

b) Que en el plazo de un año se solicitará la inscripción de los inmuebles que formen parte del patrimonio de F. E. T. y J. O. N. S. en el Registro de la Propiedad. Para ello bastará: 1) que

hayan sido incluidos en el inventario de bienes del Movimiento Nacional; 2) presentación del certificado acreditativo de ello, expedido por los órganos representativos del patrimonio del Movimiento Nacional.

Por las operaciones registrales no se percibirán honorarios.

#### · ADOPCION (Ley de 4 de julio de 1970)

El *Boletín Oficial del Estado* publica la Ley de 4 de julio de 1970, que regula la materia relativa a la adopción dando nueva redacción al capítulo V, título VII, libro I, artículos 172 a 180, del Código civil.

La nueva normativa distingue tres secciones. La primera dedicada a las disposiciones generales, la segunda a la adopción plena y la tercera a la adopción simple, denominación que sustituye a la anterior de menos plena.

La finalidad perseguida por la Ley no es la de establecer un cambio en relación con la legislación anterior sino, como pone de relieve la exposición de motivos, la continuada y progresiva apertura de derroteros ya iniciados facilitando y fortaleciendo el vínculo adoptivo, sin que se haya creído conveniente emprender antes esta reforma teniendo en cuenta las dudas que plantea no sólo en la doctrina, sino también en la ejecución práctica de la Ley. Esta finalidad se pone de manifiesto a lo largo del texto en cuestiones como la capacidad para adoptar las prohibiciones, la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, la extinción de la adopción etc. Al igual que la legislación anterior comienza por distinguir dos clases de adopción; la plena y la simple, pudiendo esta última convertirse en plena cuando se den los requisitos necesarios para ello, con lo que permite salvar una etapa en la que todavía no es posible la constitución de una adopción plena. Los requisitos necesarios para la adopción en general, sin perjuicio de los específicos de la plena que se recogen en la sección correspondiente, y las diferencias en relación a los exigidos en la legislación anterior pueden concretarse de la siguiente manera:

a) *Edad*.—La edad mínima para adoptar se reduce a treinta años y la diferencia entre adoptante y adoptado a dieciséis, modificando la de los treinta y cinco y dieciocho, respectivamente, de

la legislación anterior. Estas edades no son necesarias cuando se trata de la adopción de los propios hijos naturales, posibilidad que ahora admite expresamente la Ley, bastando, en el supuesto de adopción por los cónyuges, que estos requisitos se den respecto de uno de ellos.

b) *Prohibiciones*.—El mismo criterio de apertura que inspira los preceptos anteriores se pone de manifiesto en materia de prohibiciones para adoptar que aparecen limitadas en el nuevo texto a las mínimas posibles que aconseja el recto criterio que inspira al legislador. En primer lugar, y como importante novedad, ha desaparecido la anterior prohibición impuesta a las personas que tuvieran hijos o descendientes, acercando con ello la legislación común a la especial catalana. En segundo lugar se ha sustituido la expresión de los “eclesiásticos” por la más correcta de “personas a quienes su estatuto religioso prohíbe el matrimonio”. Por último se mantiene la prohibición al tutor en relación al pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas definitivas de la tutela y a los cónyuges sin que medie el consentimiento de ambos, si bien introduce la novedad de no exigirse con relación al cónyuge inocente en el supuesto de separación, con lo cual se añade un nuevo efecto a la separación legal no previsto en el artículo 78 del Código.

c) *Consentimiento*.—La regulación de las personas que deben presentar su consentimiento para la constitución de la adopción aparece recogida en la Ley con cierta complejidad, distinguiendo lo que podríamos llamar tres grados en orden a la importancia y eficacia del consentimiento.

Estos tres diversos grados a que aludimos son los siguientes:

I. **Personas que han de prestar, necesariamente, su consentimiento:**

1. El adoptante y su cónyuge.
2. El adoptado mayor de catorce años y el suyo, salvo que exista separación legal.

Como es obvio, la falta del consentimiento de estas personas hace imposible la adopción, sin que pueda ser suplido por el del Juez.

II. Personas que han de prestar su consentimiento, pero sin el carácter inexcusable de las anteriores:

1. El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad.

2. El tutor, con autorización del Consejo de Familia, si la tutela estuviera constituida.

A diferencia, sin embargo, de lo dispuesto en relación a las personas del primer grupo la no prestación del consentimiento por parte de éstas, cuando no pudieran ser citadas o cuando citadas no concurriesen, no impide que el Juez resuelva lo que considere más conveniente para el adoptando.

III. El tercer grado está constituido por las personas que deben simplemente ser oídas. Dichas personas son:

1. El adoptando menor de catorce años si tiene suficiente juicio.

2. El padre o la madre a quienes se hubiera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

3. La persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado.

4. Los abuelos de la línea del padre o de la madre premuertos, cuando se trate de huérfanos.

En relación al consentimiento de éstas, declara expresamente la Ley que el Juez podrá resolver lo que considere más conveniente para el adoptando no sólo si no pueden ser citados o no concurren —supuesto de las personas del segundo grupo—, sino también, aunque concurrieran manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

En esta materia la Ley deja suficiente amplitud al arbitrio judicial para que, aun concurriendo todos los requisitos necesarios para la adopción, valore su conveniencia para el adoptado, según las circunstancias de cada caso, especialmente, dispone la Ley, cuando el adoptante tenga hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y otros adoptivos, con lo que, quizá, trate el legislador de estimular el cuidado en casos como éstos, que carecen de antecedentes y experiencia en el derecho común y ha sido introducido en él como novedad por la presente reforma.

Para terminar la materia relativa al consentimiento es indis-

pensable hacer una referencia al concepto de abandonado que ahora recoge y matiza la nueva Ley.

Con arreglo al nuevo texto la situación de abandono no influye ya en relación a las personas que puedan ser adoptadas plenamente, como en la regulación anterior, sino, únicamente, a los efectos de no requerirse el consentimiento de los padres para que pueda ser adoptado quien se encuentre en esta situación.

Se considera abandonado al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante para apreciar esta situación que el abandono se haya producido por causa voluntaria o involuntaria.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará como abandono cuando se den algunas de estas circunstancias:

a) Que se entregue sin datos que revelen su filiación, lo que parece hacer pensar al legislador que existe en este supuesto una voluntad presunta de abandono.

b) Que, aun conociéndose la filiación, conste la voluntad de abandono por parte de los padres o guardadores manifestada con simultaneidad a la entrega o inferida en actos posteriores.

En todo caso para apreciar el abandono se requerirá que hayan transcurrido seis meses continuos, desde el internamiento del menor sin que el padre, madre, tutor u otros familiares se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia, sin que baste a estos efectos la mera petición de noticias.

La situación de abandono, en orden a si existe o no, será libremente apreciada por el Juez.

La nueva Ley parece que se muestra prudente en la regulación de una situación que es nueva, en cuanto a los efectos específicos que se le atribuyen; puesto que por una parte reduce el plazo a seis meses, con el fin de favorecer al adoptado en un doble sentido porque puede gozar antes de los cuidados del adoptante, y no percibir el cambio que en otras edades pudiera resultar perjudicial, y por otra evita el automatismo que parecía derivarse del apartado 1.º y en último término confía la solución al Juez que ha de conocer del expediente. La adopción deberá ser aprobada judicialmente, en todo caso, otorgándose la correspondiente escritura pú-

blica que se inscribirá en el Registro Civil, el cual en lo sucesivo no publicará dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, remitiéndose, en cuanto a la expedición de certificaciones literales, a lo dispuesto en la legislación de Registro Civil.

*Posición del hijo adoptivo.*

Recogiendo las experiencias de la práctica anterior a la reforma, la Ley regula con mayor amplitud la situación jurídica del hijo adoptivo equiparándola a la del hijo legítimo, como regla general, sin perjuicio de las excepciones, relativas principalmente al régimen sucesorio, que en el mismo texto se establecen. En síntesis, la situación del adoptado en relación con el adoptante y su familia es la siguiente:

a) La adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes, pero no respecto de la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a impedimentos matrimoniales.

b) Confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Si uno de los cónyuges adopta al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro cónyuge, la patria potestad se atribuirá por el orden establecido en el artículo 154 del Código civil.

Extinguida la patria potestad, el Juez proveerá a la guarda del menor conforme a lo establecido en las disposiciones sobre la tutela.

Las excepciones a esta equiparación aparecen recogidas en los artículos específicamente dedicados a la adopción plena y simple en las secciones segunda y tercera.

*Revocabilidad.*

Al igual que en la legislación derogada, la nueva Ley declara de modo general que la adopción es irrevocable, y con mayor amplitud añade que el reconocimiento de la filiación natural, la legitimación del adoptivo y la prueba de la filiación legítima, supuesto éste no contemplado en la legislación anterior, y que constituye la principal novedad introducida por la Ley en este punto, no afectan a la adopción.

Los supuestos en que puede revocarse la adopción aparecen recogidos en la legislación actual en términos muy semejantes a la anterior, si bien con alguna modificación: Así:

a) El plazo para que el adoptado pueda solicitar la extinción de la adopción queda limitado a dos años, en lugar de los cuatro anteriores, a partir de la mayoría de edad o de la fecha en que la incapacidad haya desaparecido.

b) En el mismo plazo de dos años, a partir de la fecha de la adopción, puede pedirse judicialmente por el padre o la madre legítimos o naturales, únicamente cuando se den las siguientes circunstancias: que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado su consentimiento, si probaren que fue por causas no imputables a ellos.

Por último, se mantiene la misma norma en orden a la posibilidad de solicitar la revocación por el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

### ADOPCION PLENA

El nuevo texto dedica a esta cuestión dos artículos, el 178 y el 179, y es, quizá, en este punto donde se introducen mayores novedades en relación a la legislación anterior. Estas novedades, que recogen el sentido progresista que inspira la Ley, se manifiestan en dos direcciones: ampliando el número de personas que pueden adoptar y ser adoptadas plenamente y mejorando considerablemente la situación del hijo adoptivo en relación a los derechos sucesorios que le corresponden en la herencia del adoptante.

En el primer sentido indicado, se admite que puedan adoptar plenamente, además de los cónyuges, en las mismas condiciones de la legislación anterior y de las personas en estado de viudedad, las personas solteras, el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte y el padre o madre al propio hijo natural reconocido.

En cuanto a las personas que pueden ser adoptadas plenamente, también se amplían las posibilidades en el nuevo texto, puesto que

pueden serlo no sólo los menores de catorce años, sin necesidad de que se encuentren en situación abandonada, sino también los mayores de esta edad que estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de alguno de ellos o incluso cuando tratándose de mayores de catorce años, y no dándose las anteriores circunstancias, estén unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos que deberán ser apreciados por el Juez. Desaparece, pues, la necesidad de prohijamiento que establecía la legislación anterior para los mayores de catorce años, y que daba lugar a no pocas dudas y dificultades. Constituye esta posibilidad, junto con la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, la novedad principal de la Ley.

El adoptado, con adopción plena, llevará los apellidos de los adoptantes, aunque constará su filiación y está excluido de los deberes que le corresponderían por razón de parentesco con sus ascendientes y colaterales por naturaleza.

El segundo punto en que, quizá, con mayor trascendencia se pone de manifiesto el sentido de apertura del proyecto es el relativo a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, con adopción plena.

El principio general es la equiparación del hijo adoptivo al legítimo, con las dos particularidades siguientes:

a) Si concurre con hijos legítimos, en la sucesión testamentaria, no puede percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

b) Si concurre con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Con ello entiende la Exposición de Motivos que quedan agotadas las posibilidades de favorecimiento del vínculo adoptivo, sin que las restricciones referidas puedan entenderse propiamente como limitaciones, sino más bien como estrictas consecuencias de la equiparación pretendida.

Los adoptantes, en relación a la sucesión del adoptivo, se equiparan a los padres legítimos, y los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley, si bien se deja a salvo, en su favor, el derecho de reversión que establece el artículo 812 del Código civil.



## ADOPTION SIMPLE

Muy escuetas son las disposiciones que la Ley dedica a la adopción simple en particular. Resumiendo podemos concretarlas en los siguientes puntos:

a) Los requisitos de su constitución son los generales regulados en la sección 1.ª, si bien en orden a los requisitos relativos al cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación se remite al artículo 178 ya expuesto.

b) En cuanto a los apellidos y salvo pacto expreso, el adoptado conserva sus propios apellidos. Se admite, sin embargo, que en la escritura de adopción se convenga en que el adoptado utilice los apellidos del adoptante o adoptantes, fijándose, en este último caso, en la misma escritura el orden por el que deberá llevarlos.

c) Por último, en orden a los derechos sucesorios, el hijo adoptivo se dispone que tendrá los mismos que el hijo natural reconocido, ocupando el adoptante en relación al hijo adoptivo la misma posición que el padre natural.

Como novedad, posiblemente más destacada, en relación con la adopción simple, está la supresión del pacto sucesorio introducido en la anterior redacción del Código civil, evitando con ello las complicaciones a que daba lugar dicho pacto y suprimiendo una institución que resultaba excepcional en el régimen sucesorio del Código civil.

Por fin, y teniendo en cuenta que la finalidad de apertura de la nueva ordenación no ha querido ser limitada por el legislador a las adopciones que se constituyan en el futuro, se ha insertado una disposición transitoria, estableciendo que las adopciones anteriores podrán acomodarse a la nueva regulación, siempre que concurren los requisitos y formalidades necesarios, según la nueva legislación. En este supuesto, y como lógica consecuencia de la acomodación de la adopción a las nuevas normas, quedará sin efecto el pacto sucesorio pactado en la escritura de adopción.

ENRIQUE CALATAYUD,  
Registrador de la Propiedad



# VIDA JURIDICA



## Labor desarrollada por la "Comisión Internacional del Estado Civil"

Entre los Organismos que, a escala internacional se preocupan por el progreso y unificación del Derecho privado, alcanza cada vez más notoriedad e importancia el que nos ocupa, si bien sin llegar todavía al nivel que representan, por ejemplo, el "Instituto para la Unificación del Derecho Privado" (UNIDROIT), la "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", el "Comité Europeo de Cooperación Jurídica" del Consejo de Europa o la "International Law Assotiation". Revisten sus trabajos una indudable altura e interés científico, pero su alcance es aún sumamente limitado, por circunscribirse a países europeos de Derecho romano (o, mejor, romano-francés), con las importantes excepciones de España y Portugal.

Tenemos, en primer lugar, que citar un importante Convenio, el de París de 27 de septiembre de 1956, sobre otorgamiento de algunos extractos de Actas del Estado Civil destinadas al extranjero. Se refiere a las menciones necesarias y a las abreviaturas que deben contener las certificaciones de nacimiento, fallecimiento y matrimonio. Su virtualidad alcanza actualmente a todos los Estados miembros de la Comisión, con excepción de Bélgica: Francia, Luxemburgo, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Austria, Yugoslavia e Italia.

Complementario del anterior es el Convenio de Luxemburgo de 26 de septiembre de 1957 sobre otorgamiento gratuito y dispensa de legalización de Actas del Estado Civil hechas en favor de indigentes o en interés de la Administración; del mismo es parte incluso Bélgica, aunque no Yugoslavia.

El Convenio de Estambul sobre intercambio internacional de informaciones referentes al Estado Civil de 4 de septiembre

de 1958, que establece modelos para uso de los encargados de los Registros de Estado Civil, reúne actualmente a los países miembros, con excepción de los dos citados anteriormente y de Suiza. Y el también llamado de Estambul, de la misma fecha, sobre cambios de nombres y apellidos, deja, además, fuera del mismo a Luxemburgo.

En cuanto a Convenios más recientes, tenemos el de Roma de 14 de septiembre de 1961 sobre extensión de la competencia de autoridades legitimadas en materia de reconocimiento de hijos naturales, que hasta el momento sólo está vigente en Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Suiza y Turquía; y el de Bruselas de 12 de septiembre de 1962 sobre reconocimiento de la filiación materna de hijos naturales, que liga a los mismos Estados anteriores, con excepción de Bélgica y Francia. Menor es aún la extensión actual del Convenio de París de 10 de septiembre de 1964, tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero, circunscrito a Alemania, Holanda y Turquía; como también sucede con el asimismo llamado de París de idéntica fecha sobre intercambio de informaciones en materia de adquisición de nacionalidad, reducido a Austria, Luxemburgo y Holanda; y a un tercero de igual nombre y fecha sobre decisiones rectificativas de Actas del Estado Civil, limitado aún a Alemania, Luxemburgo, Suiza y Turquía.

Resta, por último, citar otros dos Convenios hasta el momento no entrados en vigor: el de Atenas de 14 de septiembre de 1966 sobre comprobación de determinados fallecimientos y el de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre reconocimiento de decisiones relativas al vínculo matrimonial.

**PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHIS,**

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante.

DICTAMENES  
Y  
CUESTIONES ACTUALES





# Dictamen sobre inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad

## BASES DE HECHO

Por don J. P. D. se me encarga la dirección letrada de un expediente de dominio, con el fin de constatar registralmente el exceso de cabida de una finca, propiedad de los señores J. M. M. y M. M. M., según título de compra inscrito en el Registro de la Propiedad de Oriente en el tomo ..., libro ..., sección ..., pares de Ruzafa, folio ..., finca núm. ..., inscripción primera.

El problema planteado consiste en el "cómo" ingresar del modo más pacífico, eficaz y sencillo en el Registro, el exceso de cabida de la finca en cuestión.

De los documentos solicitados y presentados resulta que: la escritura de compraventa arroja una cabida total de 2.533 mc.; la cabida total de la certificación catastral es de 2.731 mc y el plano del técnico agrimensor arroja a su vez una cabida total de 3.193 mc.

Se totaliza, pues, un exceso de 660 mc., que hoy por hoy se encuentran fuera del Registro y que desean acceder al mismo.

El asiento registral constata un trozo de tierra arenisca, sito en término municipal de esta ciudad de Valencia, partida del Recati o Marený del Perelló y con los siguientes linderos: por Norte y Este, con la denominada Gola del Perellonet; por Sur, con terrenos de la C. de P. y otros, y por el Oeste con tierras de los aquí compradores, señores M. M. No constan cargas.

La finca en cuestión se halla cercada en toda su extensión, según manifiestan los interesados, por una valla de mampostería, de unos doce años de antigüedad, sin que hasta el presente se haya producido reclamación alguna por los colindantes.

## CONSIDERACIONES GENERALES

La registraci3n de obra nueva y de excesos de cabida plantean una clara problemática de carácter puramente inmatriculador, porque sólo constatan en el Registro un cambio en las circunstancias materiales expresadas en la descripci3n bajo la cual figura inmatriculada una finca.

Un Registro con técnica depurada diferencia estructuralmente los asientos referentes a lo que pudiéramos llamar lo “geográfico” y lo “jurídico” de la finca.

El Registro español entremezcla ambas categorías: habla de “inscribir” (cuando debía hacerlo de “constatar”, o “expresar”, o “rectificar”) los excesos de cabida y por lo mismo coloca de modo inadecuado los preceptos que regulan su constataci3n registral.

Ambos tipos de asientos (los geográficos y los jurídicos) necesitan para su entrada en los libros registrales su constataci3n documental (título en sentido formal). Pero los datos referentes al soporte físico no adquieren categoría de verdad por su expresi3n en el documento.

Esto es lógico, dada la manera como se producen los títulos formales. La finca, como ente físico, no se presenta ante el documento para que éste la “retrate”. Existe con independencia del documento. No queda plasmada, como la voluntad a efectos de crear, modificar o extinguir derechos, en el propio documento. Sólo podría llegarse a un resultado parecido (nunca igual), si por *fictio legis* un documento o certificaci3n oficial garantizara la realidad de los datos referentes a las fincas.

Por otra parte es un hecho, muy frecuente en nuestra patria, que una finca figura inmatriculada con una extensi3n menor de la que realmente tiene, ya sea por errores de cálculo o de medici3n, por ocultaci3n de riqueza, siempre a efectos de evitar la presi3n fiscal, o por incrementos posteriores (aluvión, etc.).

Hemos de advertir que la constataci3n de la mayor cabida no es hipotecariamente necesaria (salvo cuando se imponga en materia de segregaciones), porque el dato físico de la extensi3n, ya dijimos, no se cubre por la fe pública registral, ni aún siquiera por el principio de legitimaci3n. El dato decisivo lo constituyen los linderos, pues el propietario tendrá toda la extensi3n en ellos comprendida.

Por ello, la registraci3n de la mayor cabida es una manifestaci3n de un af3n cuidad3so, que tiene como utilidad pr3ctica, que se decidan a comprar la finca, quienes, a su vez, extremen el cuidado en sus negocios.

De acuerdo con los art3culos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, los datos que fijan la realidad material de la finca en el Registro son de cuatro clases: situaci3n, delimitaci3n, extensi3n y caracter3sticas.

De todos ellos hay un dato, cuya mutaci3n ha sido rigurosamente regulada por nuestra legislaci3n hipotecaria, mientras los otros gozaban de mayor facilidad. Este dato es la medida superficial.

El problema de la registraci3n de excesos de cabida, a juicio de la mayor3a de los hipotecaristas espa1oles, est3 mal planteado y deb3a hacerse por sistemas mucho m3s f3ciles.

Roca afirma que, mientras el Registrador no dudare de la identidad de la finca, deber3a por s3 mismo constatar todo exceso de cabida, salvo que se tratase de accesi3n natural (en cuyo caso se justificari3a por cualquier medio h3bil de inmatriculaci3n).

La regla general ser3a la rectificaci3n o por un t3tulo que contuviera un acto o negocio inscribible, o por escritura espec3fica, en la que el titular manifestare la mayor cabida y solicitar la oportuna rectificaci3n.

El rigorismo de nuestra legislaci3n no se comprende (y contrasta con la relativa facilidad de la "inmatriculaci3n de tal medida").

Y no se comprende, porque la rectificaci3n "en m3s" de la medida superficial no quiere decir que a la finca registral se haya a1adido un trozo, representado por la mayor cabida que se intenta registrar (salvo en los casos de accesi3n natural o supuestos de agregaci3n registral).

La finca se halla inmatriculada en su totalidad y s3lo nos limitaremos a rectificar el error sufrido al expresar la medida superficial que tuvo anterior acceso al Registro.

## PROCEDIMIENTOS DE ACCESO AL REGISTRO

"La mayor cabida de fincas ya inscritas se podr3 hacer constar en el Registro, mediante acta de notoriedad o expediente de dominio, o por el medio autorizado en el art3culo 205" (art. 200 de la Ley Hipotecaria).

El artículo 205 se completa con el 298 del Reglamento.

Los procedimientos son de dos clases: unos más complicados, previstos por la Ley y desarrollados por el Reglamento, y otros muy sencillos, mencionados sólo en el Reglamento.

En tema de rectificación no cabe el "escape" que, para el caso de inmatriculación, permite el artículo 299 del Reglamento: "También podrán inscribirse, sin el requisito de la previa inscripción, los títulos, cualquiera que sea su fecha, que fueren inscribibles directamente con arreglo a Leyes o disposiciones especiales".

También cabrá registrarlos en virtud de sentencia en juicio ordinario correspondiente e incluso en virtud de deslinde judicial.

No vamos a entrar, por razones de claridad, simplicidad y eficacia, a realizar un estudio crítico de cada uno de los procedimientos posibles. Vamos a limitarnos a:

- un breve estudio crítico de un procedimiento que podría ser viable;
- una más breve justificación del procedimiento subsidiario elegido.

#### EL APARTADO 5.º, A), DEL ARTICULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción:

"Los excesos de cabida de las fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de la existencia de terceros colindantes que pudieran ser perjudicados".

La finca que nos ocupa se halla cercada en toda su extensión por una valla de mampostería.

Este punto es decisivo: ¿la valla puede ser considerada como lindero fijo o no? Veamos la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

SCEVOLA, en sus *Comentarios* (Madrid, 1906, pág. 898), afirma con respecto al párrafo 2 del artículo 1.523 del Código civil: "Toda separación artificial entre los predios, verbigracia, cerca o muro, seto vivo, surco más o menos profundo, en nada obstará a la colindancia y a la posibilidad del retracto correspondiente".

Los *Comentarios*, de MANRESA (5.ª ed., tomo X, pág. 384), dicen al respecto: "Si dos suertes de tierra están separadas por una pared tan gruesa y sólida como se quiera, no por eso dejarán de ser colindantes..."

La suposición de que el cerco, muro o árboles existentes entre dos heredades, se equiparan a las vías, corrientes, barrancos o servidumbres que las separan, sobre ser contraria a la naturaleza de las cosas, es también opuesta a la expresión del artículo 1.523 (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1899).

En un caso de tapia de mampostería que fija el lindero, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de octubre de 1959, afirma: "la inexistencia de la pretendida servidumbre... y el accidente físico mencionado carece de trascendencia jurídica para constituirlo".

Hasta aquí en tema analógico del artículo 1.523 del Código civil. Entremos ahora en terreno hipotecario.

Dice LA RICA, en sus *Comentarios*, pág. 365 (refiriéndose al apartado del 298 que comentamos), "no es una derivación del artículo 205 de la Ley..., sino una concesión reglamentaria a la facilitación de la concordancia entre el Registro y la realidad física...; su fundamento capital es la inexistencia de perjuicios. Si una finca linda por todos los vientos con carretera pública, vía férrea, río, arroyo o camino vecinal, es indudable que una rectificación de su cabida no significa ningún peligro para esos bienes colindantes. Lo mismo cabe decir si uno de los linderos es una casa, un puente u otra cualquiera edificación estable, hasta cuya misma línea llegue la finca, cuya superficie se pretende rectificar".

El texto es suficientemente claro al respecto para que nuestra glosa lo oscurezca.

En «La registración de la mayor cabida de las fincas por medio de título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad» (en esta REVISTA, 1951, pág. 907), dice SAPENA, en el punto «Comprobación de la tramitación del acta de notoriedad correspondiente», el fedatario, atendiendo a las circunstancias físicas de la finca, valorará en cada caso el posible perjuicio de los predios colindantes. No se precisará la declaración de los titulares de aquellas fincas separadas, de la que es objeto del acta, por lindes claros y normalmente amovibles, un barranco, un camino, una tapia.

Lo rotundo del texto y su aplicación, como anillo al dedo, al caso que nos ocupa, no deja lugar a duda alguna.

Demos, finalmente, una breve ojeada a la jurisprudencia registral, más significativa al respecto.

En la Resolución de 26 de junio de 1933 se lee en su 2.º Considerando: Se proclama como indiscutible la conveniencia de que el Registro refleje con exactitud la realidad física de los inmuebles, en correspondencia con la realidad jurídica... y considera a la finca de linderos fijos (por el Norte, carretera y Real acequia; por el Sur, cañada; por el Este, caz, y por el Oeste, línea férrea).

La Resolución de 27 de junio de 1935 dice en su 2.º Considerando: por no estar basada en los datos topográficos de un Catastro la descripción de las fincas que figura en los libros del Registro y por no ser su medida superficial circunstancia esencial de las inscripciones, según el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria (salvo el caso de segregaciones...), la jurisprudencia ha ido facilitando la adaptación del Registro a la realidad...; 3.º Considerando: la protección del fundamental principio de la publicidad no abarca tal extremo (la cabida que conste en las respectivas inscripciones), lo cual ha influido seguramente en el criterio inspirador de la jurisprudencia, encaminado a obtener el paralelismo entre el Registro y los inmuebles, siempre que no haya dudas acerca de la identidad de éstos, trayectoria doctrinal, en la cual, con esta inexcusable condición, debe persistirse. En este caso, el Norte y el Sur son linderos fijos, pero no el Este ni el Oeste, aunque también se les atribuye esta condición.

La Resolución de 14 de marzo de 1944 expresa en su 3.º Considerando: que sólo exige "linderos ciertos y que pueda ser indudablemente identificada".

La Resolución de 23 de mayo de 1944 indica en su 4.º Considerando: adquirida por escritura de compraventa y poseída desde entonces quieta y pacíficamente por aparecer debidamente identificada y deslindada, no sólo en el croquis unido al título presentado, sino en el certificado del plano del Catastro...

Por último, en la Resolución de 8 de febrero de 1946 se trata de finca con linderos de playa y ría y resto de porciones expropiadas por el Excelentísimo Ayuntamiento de ...

Es decisiva esta Resolución a nuestro caso, por el criterio denegatorio que asienta.

## CONCLUSIONES

Una valla de mampostería de más de doce años de antigüedad y sin que se haya planteado cuestión alguna con los colindantes, es suficiente "límite fijo" y "cierto" para acogerse al apartado 5.º del artículo 298; pero de la propia jurisprudencia registral se desprende que éste no es el camino más directo para la constatación del exceso de cabida.

En aras a la rapidez, eficacia, simplicidad y economía, debemos buscar otro camino.

Esté nunca podrá, mejor dicho, deberá, ser de los que exijan citación de los titulares colindantes, y ello, por una razón obvia, la colindancia puede abrir la vía, de modo automático, a una oposición, lo que supone pérdida de tiempo y de dinero.

Como en tantas otras ocasiones, la propia legislación nos obliga a los juristas prácticos a emplear el verdadero Derecho positivo "que no estará constituido por las Leyes vigentes, sino por las Leyes vividas" (GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios jurídicos de Arte Menor*, volumen I, pág. 106).

## DICTAMEN

Por todo lo dicho, estimamos que la solución más viable se halla en el número 1.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por claras y decisivas razones de derecho "vivido".

Sometiendo el Letrado que suscribe este Dictamen a cualquier otro parecer mejor fundado.

Valencia, marzo de 1965.

ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.





# JURISPRUDENCIA



# Resoluciones y sentencias

## I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,  
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y  
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

### REGISTRO CIVIL

1. **FILIACIÓN NATURAL:** LA HIJA DE MADRE ORIGINARIAMENTE ESPAÑOLA, HOY ALEMANA EN VIRTUD DE MATRIMONIO CANÓNICO CON UN ALEMÁN, DIVORCIADA EN FORMA PLENA AL TIEMPO DE SU CONCEPCIÓN SEGÚN LA LEY ALEMANA, Y DE PADRE ESPAÑOL Y SOLTERO, ES HIJA NATURAL DESDE QUE AMBOS PADRES LA RECONOZCAN, Y COMO TAL PUEDE SER INSCRITA EN EL REGISTRO CIVIL.

*Resolución de 23 de abril de 1970 («B. O.» de 3 de julio).*

A) *Antecedentes de hecho.*—Don D. M. A., mayor de edad y soltero, compareció ante la oficina del Registro civil de V. y presentó la oportuna declaración suscrita por el compareciente y la madre de una niña, doña A. M. R., solicitando la inscripción como hija natural de ambos de la niña así nacida y manifestando su reconocimiento. En la declaración constaba la soltería del padre, y en cuanto a la madre, que había nacido en V. (España) el 24 de julio de 1926, y que era de estado divorciada, según la Ley y Tribunales de su nacionalidad alemana. Acompañaban certificado expedido por el Consulado de Ale-

mania en V., según el cual la súbdita alemana, doña A. M. K., nacida R., está divorciada del súbdito alemán don E. K., según sentencia del Tribunal Supremo de Karlsruhe (Alemania) de 28 de marzo de 1961; y otro certificado haciendo constar que dicha señora estaba inscrita en los Registros de tal Consulado.

El Juez encargado del Registro acordó que procedía inscribir a la nacida como hija natural de su padre, don D. M. A., y de madre desconocida, según el terminante precepto del párrafo 3.º del artículo 11 del Código civil.

Practicada así la inscripción, los padres de la interesada formularon recurso de reposición conjuntamente contra la decisión del Juez encargado, alegando, entre otros varios extremos que ahora no vamos a recoger, lo siguiente: Que la madre es de nacionalidad alemana. Que, de acuerdo con las leyes de su nacionalidad, y en virtud de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Karlsruhe antes citada, la recurrente tiene el estado de divorciada. Que, según la Ley alemana, que es la Ley nacional de la impugnante, los divorciados pueden contraer matrimonio nuevamente, como así en efecto ha ocurrido con el ex esposo de aquélla. Que en la providencia judicial recurrida, se alude a la excepción de orden público, que suele invocarse siempre que no se quiere aplicar la ley extranjera, interpretación de la que difieren los recurrentes por entender que no se produciría ningún escándalo en el orden familiar, social ni estatal, ni se iría tampoco en menoscabo de las instituciones de la Nación si, como procede, la niña M. T. apareciese en el Registro civil español como hija natural de ambos comparecientes, lo que estaría además en armonía con el reconocimiento de esta situación por otras leyes extranjeras, entre ellas la alemana, y en armonía también con los principios más humanitarios, para evitar que recaiga sobre la nacida la condición de paria de la sociedad y, por el contrario, si puede producir escándalo e iría abiertamente en perjuicio de la niña M. T., si ésta quedara definitivamente inscrita como—lo que no es—hija de madre desconocida.

El Juez encargado acordó no haber lugar a la reposición solicitada, por estimar vigente el principio de orden público internacional, contenido en el artículo 11 del Código civil, que veda el paso a cualquier resolución sobre la pretensión de los recurrentes, dada la rígida interpretación de dicho precepto en materia de Derecho matrimonial en España, donde no existe el divorcio vincular, lo cual impide la aplicación del estatuto personal de la ciudadana alemana. Queda en vigor así la ley territorial española, que no tolera el reconocimiento como natural de un hijo extramatrimonial de un casado (artículo 119-2.º C. c.).

Contra dicha resolución se entabló recurso ante el Juzgado de Primera Instancia. El Ministerio Fiscal de la Audiencia del Territorio estimó que se debía confirmar la resolución recurrida. Y el Juez de Primera Instancia acordó no haber lugar al recurso, por no admitir nuestra legislación la inscripción de otros reconocimientos que los de filiación natural y no conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público. Y porque el estado de divorciada de la madre, por sentencia dictada por Tribunal alemán, no le permitía casarse en España ni reconocer como hija natural a la nacida.

Interpuesto nuevamente recurso contra esta última decisión, quedó unido al expediente a instancia del Centro Directivo, entre otros documentos, una certificación expedida por el Consulado de Alemania en V., de la que resulta "que el divorcio que obtuvo la súbdita alemana A. M. K., nacida R. R., y declarado por sentencia por el Tribunal de Karlsruhe

(Alemania) el 28 de marzo de 1961, tiene el carácter, según la ley alemana, de disolución total del vínculo matrimonial”.

La Dirección General, oído el Consejo Consultivo, ha acordado revocar el auto apelado y declarar inscribible la filiación natural materna, ya por reconocimiento de la madre en la inscripción de nacimiento, ya en cuanto en ella coincidan la declaración del padre y el parte facultativo reglamentario (art. 47 L. R. C.), fundando su resolución en los siguientes argumentos:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—La cuestión a decidir—sin duda no fácil— es si puede calificarse como natural la hija en quien concurren las siguientes circunstancias: a) Nace de madre también nacida en España y aquí domiciliada al dar a luz. b) La madre, aunque originariamente española, era, desde antes de la concepción, alemana por razón del matrimonio canónico que contrajo en España con subdito alemán. c) Al tiempo de dicha concepción estaba divorciada en forma plena según la ley alemana. d) El padre es español y soltero.

No ofrece dudas que la nacionalidad de la nacida en cuestión ha de ser la española, con arreglo a los números 1.º y 4.º del artículo 17 del Código civil y, especialmente, porque el punto de conexión que podría determinar la nacionalidad alemana, esto es, que la madre ostente esta nacionalidad, carece de todo valor al darse la circunstancia de que la madre extranjera ha nacido también en España y en ella se halla domiciliada al tiempo del nacimiento (cfr. número 3.º del mismo artículo).

Al ser la hija española, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º, el reconocimiento de la filiación materna se rige, en cuanto a sus condiciones de fondo, por la legislación española y, por tanto, es aplicable el artículo 119 del Código civil; sin embargo, no cabe resolver la cuestión aplicando mecánicamente este precepto y negar el carácter natural de la filiación en base a que el progenitor español no había podido, al tiempo de la concepción, contraer matrimonio válido con la madre, alemana y divorciada de matrimonio canónico; pues tal conclusión se ve impedida por las siguientes proposiciones, que se examinarán sucesivamente: 1.ª Conforme al Derecho español, el estado de la madre extranjera no es, en el supuesto, el de casada. 2.ª Para valorar, a este efecto, la sentencia de divorcio, no se requiere inscripción en el Registro Civil español ni *exequatur*. 3.ª Tienen los padres, según las reglas civiles ordinarias, aptitud para casarse entre sí, por lo cual nada se opone, en principio, al reconocimiento de filiación materna. 4.ª La excepción de orden público, o la inmisión del orden canónico que, no obstante ser la madre no casada, impida su matrimonio con el padre español soltero, no puede extenderse automáticamente a otras materias que la ley española regule sólo por vía de remisión, en función de la libertad matrimonial.

Para decidir si el estado civil de la madre era el de casada, es fundamental lo dispuesto en el artículo 9.º del Código civil, según el cual —presente el sentido que le han dado la jurisprudencia y los Reglamentos— los derechos y deberes de familia y el estado, condición y capacidad legal de las personas se rigen, cualquiera que sea el lugar de su residencia, por su respectiva ley nacional y, en consecuencia, esta materia, como ajena que es al ámbito de aplicación de las leyes españolas, no está afectada, en principio, por las estipulaciones concordatarias; así, pues, desde que la respectiva ley nacional considera a la madre como “no casada”, tal consideración será la que ha de tener en el orden civil español, en principio, a todos los efectos, y como ya “no casada” consideró a la extranjera divorciada, al efecto de que pudiera recuperar la nacionalidad española, la Resolución de este Centro

directivo de 26 de marzo de 1951, y no importa la originaria nacionalidad española, ya que el acto de matrimonio agotó las atribuciones de la ley española en cuanto a las ulteriores vicisitudes del estado por él constituido, mientras no estén en cuestión los requisitos de la validez del acto mismo.

Para valorar la sentencia extranjera de divorcio en cuanto determinante del estado civil de una extranjera, ni se requiere —ni es posible— la inscripción en el Registro Civil español, pues, por ser la sentencia extranjera y afectar a extranjeros, está fuera del ámbito de los hechos en él inscribibles; ni se requiere tampoco *exequatur*, lo que es evidente, porque no hay cuestión de ejecución judicial sobre personas o bienes, sino que se trata de calificar el estado civil de una extranjera, cuestión esta de la incumbencia de la legislación de la nación correspondiente, cuyos Tribunales son los que han decretado el divorcio.

Para conocer si, en concreto, un español tiene el carácter de hijo natural, hay que averiguar si encaja en la noción legal que de hijos naturales acoge el Derecho español, para lo cual ha de acudir al artículo 119 del Código civil; ahora bien, este artículo, por sí sólo, no basta para conocer tal noción, sino que se completa, por vía de remisión, con las disposiciones que precisan la aptitud de los padres para contraer matrimonio entre sí; así, pues, el español en cuestión será hijo natural si los padres, al tiempo de la concepción, pudieron casarse; y, descendiendo ya directamente al caso planteado, si se aplicaran las reglas ordinarias de conflicto, es claro que el previo matrimonio de la madre ya disuelto según su propia ley nacional, no habría de ser obstáculo para el matrimonio ulterior con un español, soltero, de donde indirectamente se sigue también que, según las reglas ordinarias, el hijo habido entre ellos tiene el carácter de natural.

Si bien es indudable que la regla de la aplicación de la ley nacional en materia de capacidad y estado de extranjeros quiebra en numerosos supuestos —ya por razones de orden público, ya por el reconocimiento español del ámbito legislativo canónico— cuando precisamente de contraer matrimonio se trata, y aunque, en concreto, bien las exigencias de orden público, según reitera la jurisprudencia, bien el reconocimiento concordado al ámbito canónico, puedan impedir el ulterior matrimonio de esta alemana, civilmente divorciada, con español soltero, ello no permite extender tales excepciones o inflexiones del sistema en materia de matrimonio a otras materias —muy numerosas en el orden civil, en el penal y, en general, en todo el orden jurídico, y un ejemplo es el concepto de adulterio— que la ley española regula sólo por vía de remisión en función del ligamen o de la libertad matrimonial y como consecuencia directa de éstos, sino que se hace preciso discernir si el orden público o el reconocimiento del ámbito canónico exige también dicha extensión a cada una de estas materias no estrictamente matrimoniales.

En efecto, el orden público no exige que se excepcione la normal aplicación de las reglas ordinarias, nacionales y extranjeras, cuando se trata de calificar la prole habida entre la extranjera divorciada y el español soltero, pues a tal extensión se oponen los criterios restrictivos con que deben aplicarse: a) La noción de orden público por el carácter de excepción que le impone expresamente la Ley, en pro de la comunidad jurídica universal; y b) La noción de hijos ilegítimos no naturales, tanto por su mismo carácter de consecuencia penal, como por introducir, contra la igualdad, un régimen singular en el *status* de los hijos habidos fuera del matrimonio y particularmente odioso hoy por la revalorización actual de los deberes de los progenitores respecto del hijo engendrado, el cual —como expresa la doctrina de la Iglesia

en reciente y solemne documento (*Gaudium et Spes*, 27)— *inmerito patiens propter peccatum a se non commissum*.

Ciertamente el juego normal de las reglas civiles, españolas y extranjeras, debe dejar paso, en el orden jurídico español, a la aplicación de las normas canónicas en el ámbito que el Concordato vigente, y más concretamente los artículos 75 y 80 del Código civil, le reconocen como propio; y en la delimitación de este ámbito se plantea cuestión sobre en qué medida y en aplicación de los citados preceptos, y no ya por el orden público, debe ser reconocido en España el posible veto canónico al matrimonio de súbdito español con persona extranjera en el supuesto tan frecuente de que ésta esté o siga casada canónicamente —haya o no habido cumplimiento de la forma canónica—, pero que sea considerada libre según su propia ley nacional, e incluso quizá para su actual confesión religiosa; más ésta no es cuestión que sea ahora necesario resolver, pues no cabe invocar la interferencia de las normas canónicas en la calificación del estado civil de una extranjera —ya la declaren, tales normas, casada siendo civilmente libre, ya libre siendo civilmente casada— si no se trata precisamente de contraer matrimonio con español, sino de una materia totalmente ajena al ámbito reconocido a la ley canónica, como es el régimen de los hijos naturales; por lo cual, y al no haber elemento de conexión suficiente para dar entrada al Derecho canónico, la cuestión ahora planteada se ha de resolver exclusivamente por el juego ordinario de las normas de conflicto y sin dar relevancia a posibles vetos canónicos al matrimonio de los progenitores, sino sólo a los vetos que resulten del orden civil; evitando así el ensanchamiento del concepto —odioso— de hijos ilegítimos no naturales, que de otro modo comprendería los habidos entre personas tanto con impedimento de ligamen puramente civil —es decir, aunque no se reconozca canónicamente— como con ligamen puramente canónico—es decir, aunque el matrimonio no tenga sanción de efectos civiles—; a esta solución apoyan no sólo razones análogas a las expuestas en el considerando anterior respecto del orden público, y que, por tanto, ahora no se reiteran, sino otra de tipo práctico no despreciable: la necesidad de evitar, en lo posible, los casos en que entre las diversas relaciones paterno-filiales provenientes de madre extranjera sufran en el Derecho español la postergación que implica la filiación ilegítima no natural, en orden a los alimentos, herencia, etc., sólo aquellas relaciones en que el padre o el hijo fuera español.

No es obstáculo a la calificación de la filiación como natural el que ésta no pueda ser legitimada por ulterior matrimonio, pues ello también ocurre, por ejemplo, cuando el otro progenitor haya muerto o haya sobrevivido en cualquiera de ellos un impedimento, o se trata de uno de aquellos impedimentos (imposibilidad de intervalos lúcidos, impotencia *coeundi*, impedimento civil de adulterio o conyugicidio) que, no obstante el tenor literal del párrafo II del artículo 119 del Código civil, no pueden ser causa suficiente, dada la tradición y precedentes a que el artículo 119 responde, para motivar que una filiación merezca la calificación de ilegítima no natural y la exclusión, respecto de ambos progenitores, en los derechos de los hijos naturales.

C) Comentario.—Con la noticia que ofrecemos de la presente Resolución damos entrada en esta Sección a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros que se refieren al Registro Civil. Y ello por varias razones: a) Porque siendo la persona humana la realidad básica, primaria y fundamental y el centro unificador de las instituciones de Derecho privado, las cuestiones relativas a la persona y a su estado civil tiene superlativa importancia para todos los que trabajamos en este campo del Derecho.

b) Porque aunque la dirección y el funcionamiento de las oficinas del Registro Civil no estén a cargo de los Registradores de la Propiedad, sin embargo, la identificación de las personas, su capacidad y su estado civil son cuestiones todas ellas que encajan dentro del contenido de la función calificadora reservada a estos funcionarios y, por tanto, revisten para ellos especial interés. Para determinar la validez de un negocio o la eficacia de una relación jurídica, pocos temas tienen tanta trascendencia como éstos de la capacidad de obrar y el estado civil.

c) Porque la construcción de un Derecho registral unitario tiene que hacerse necesariamente estudiando las líneas fundamentales de la publicidad registral a través de los principales Registros públicos de carácter sustantivo—no meramente administrativo—en que esa publicidad se exterioriza. Por lo que respecta a nuestra patria, y dejando aparte todavía otros tipos de Registros, la futura elaboración científica de ese Derecho registral tendrá que partir por lo menos de la consideración de los tres Registros fundamentales, más técnicos, más desarrollados y de mayor eficacia: el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y el Registro Civil. De donde resulta que también el Registro Civil, y la publicidad que con él se obtiene, deben ser objeto de reflexión rigurosa y comparativa por los estudiosos del Derecho registral.

d) Al margen de estas razones de fondo, que tienen a mi juicio valor permanente, concurre en este caso otra específica y ocasional que bastaría por sí sola para justificar esta referencia. La presente Resolución viene a romper con una reiterada jurisprudencia anterior y a abrir la puerta a una interpretación más progresiva y actual en el siempre delicado problema de los hijos habidos fuera de matrimonio por personas extranjeras divorciadas.

Además, en el presente caso entran en juego normas de derecho español, de derecho extranjero y de Derecho internacional privado. Lo que dota al problema planteado de una mayor complejidad y subraya su trascendencia y dificultad.

La resolución se inicia con una afirmación inicial relativa al derecho aplicable. De la hija cuya filiación natural se discute, el padre era español (Art. 17, 1.º C. c.) y la madre extranjera nacida en España y domiciliada en España al tiempo del nacimiento, que había ocurrido también en nuestro País. Por la concurrencia de ambas circunstancias, resulta claro que la nacionalidad de la hija así nacida es la española, como reconoce el Centro Directivo. Y que, por tanto, para resolver el problema aquí planteado de su filiación natural, habrá que aplicar el derecho español.

Dentro ya del Ordenamiento jurídico español, la filiación natural es consecuencia del reconocimiento, el cual, a su vez, puede ser voluntario (declaración de voluntad negocial: reconocimiento—admisión) o forzoso (declaración judicial). Limitándonos ahora al supuesto más frecuente de reconocimiento voluntario, recordemos que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia, que funciona como título de atribución del correspondiente estado civil de hijo natural, caracterizado —según ALBALADEJO— por ser un acto voluntario, expreso, personalísimo, irrevocable aunque impugnabile, puro, constitutivo y de eficacia irretroactiva (1).

Como en todo negocio jurídico, y aquí con mayor rigor por afectar a las relaciones personales y familiares, para que el reconocimiento cumpla su función de servir de título constitutivo al estado civil, es preciso el cumplimiento de determinados requisitos legales de va-

(1) Citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1966, págs. 396-397.



lidez y eficacia; requisitos que apuntan, unos a los sujetos que intervienen en el reconocimiento, y otros a la forma del acto negocial.

Entre los primeros, requisitos de validez y subjetivos, tiene especial importancia el regulado por el artículo 119 C. c. Según la clásica definición legal contenida en este precepto, son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse con dispensa o sin ella. Como la filiación natural deriva del reconocimiento (cfr. art. 129), para que éste pueda realizarse será preciso, aparte otros elementos que ahora no interesan, que los padres pudieran casarse al tiempo de la concepción del hijo. Sin esa posibilidad de matrimonio, el reconocimiento no es viable por falta de un requisito intrínseco al mismo. He ahí el marco donde se alberga el problema fundamental planteado en este recurso.

La posibilidad legal de contraer matrimonio (facultad o derecho de familia) es un tema que afecta a la capacidad y al estatuto personal y, como tal, deberá regularse por la ley nacional de la persona de que se trate (art. 9 C. c.). En cuanto al padre de la niña cuyo estado civil se discute, no hay cuestión. Por ser español, mayor de edad y soltero, en principio podría contraer matrimonio al tiempo de la concepción, y no se le impide el reconocimiento de la filiación natural de su hija por tal motivo. El problema surge en relación con la madre. Aunque originariamente española, esta señora había perdido su nacionalidad de origen y adquirido la alemana por su matrimonio canónico con un súbdito alemán conservando en la actualidad la misma nacionalidad alemana. Había obtenido en Alemania sentencia firme de divorcio vincular de su matrimonio anterior. Y, por tanto, con arreglo a su ley nacional, tenía el estado civil de divorciada y podía contraer nuevo matrimonio. Lo que no impediría, desde este punto de vista, el reconocimiento de su hija como natural.

Hasta aquí la cosa parece clara. Pero la cuestión se complica a través de la interposición del orden público internacional

En nuestro Derecho, todo lo relativo al matrimonio canónico se rige en principio por los preceptos del Derecho canónico (arts. 75 y 80 C. c.). A su vez, uno de los principios que informan nuestro sistema jurídico en esta materia es el de la indisolubilidad del matrimonio (arts. 51, 52, 83-5.º y 101 C. c.). A partir de estas normas, los autores españoles entienden unánimemente que el principio de indisolubilidad del matrimonio es de orden público, por ser uno de los fundamentales en la organización de nuestro Derecho matrimonial. Y que las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros que declaran el divorcio vincular, aunque sean competentes por razón de la nacionalidad de las personas o del lugar de la celebración del matrimonio para esa declaración, no pueden tener eficacia en España por la excepción de orden público internacional (confróntese art. 11-3.º C. c.).

Por el mismo camino discurre la jurisprudencia dedicada a este problema en nuestra Patria, al menos hasta ahora, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

a) Veamos algunos ejemplos de esta línea de interpretación jurisprudencial. Según la sentencia de 26 de mayo de 1887, «es doctrina de Derecho internacional privado que al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga los principios de orden público y los intereses de la nación en que hace sus reclamaciones».

Más concretamente, en la sentencia de 12 de mayo de 1944 se consagra que «admitir la licitud de los actos de los españoles en el ex-

tranjero contrarios a las leyes vigentes en España, cuando éstas sean aplicables, como lo son las relativas al matrimonio, privaria de eficacia al artículo 9 C. c. y violaría el artículo 11 del mismo, que prescribe el respeto a las leyes prohibitivas...; debiendo entenderse que—por ser incompatible la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español, y que deben prevalecer siempre y sin excepción alguna, caso de conflicto entre este orden público nacional y la ley extranjera—, no puede estimarse eficaz el divorcio vincular de un matrimonio canónico dictado en el extranjero con arreglo a ley civil de los cónyuges, como premisa del reconocimiento de efectos civiles en España al nuevo matrimonio civil celebrado en país extranjero por uno de aquellos cónyuges divorciados con un súbdito español.

La sentencia de 21 de diciembre de 1963 estimó que «con arreglo a las leyes españolas no podría pretenderse en nuestra Patria la ejecución de una sentencia declaratoria de un divorcio vincular que afectase a un ciudadano español, aunque el testimonio de aquella sentencia estuviese adornado de todos los requisitos precisos para otorgarle autenticidad».

En la sentencia de 23 de octubre de 1965 se afirma que «el principio de indisolubilidad del matrimonio que rige en el derecho patrio ha de reputarse de orden público y, en consecuencia, sin valor ni efecto alguno cuanto se oponga al mantenimiento de dicho principio».

Y según la reciente sentencia de 5 de abril de 1966 «El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada... Nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, como lo revelan las siguientes normas y precedentes legislativos: a) La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que prevenía que la declaración de fallecimiento no autoriza al cónyuge presente a contraer ulterior matrimonio (Base 6.ª); b) El artículo 52 del Código civil...; c) El artículo 51 de dicho Código...; d) El número 5 del artículo 83...; e) La Ley de 24 de abril de 1958, que a fin de poner en armonía el C. c. con el Concordato vigente, en su Preámbulo nos aice que «se ha querido desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de algunos artículos y rúbricas de Secciones, y en una disposición general por la que en todo el Código, el término "divorcio" se sustituye por la expresión "separación personal"»; f) El artículo 2.º de esta Ley que dispone esa efectiva sustitución en las rúbricas de varias Secciones; g) El artículo 4.º de la misma Ley, que ordena que en todo el texto del Código, la expresión «separación personal» sustituya al término «divorcio»; h) El artículo 104 del Código, redactado de conformidad a esa Ley, que dispone que la separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73, entre los cuales no figura la disolución del vínculo... Que consiguientemente la norma de la indisolubilidad del vínculo matrimonial tiene que ser reputada como de orden público en nuestro país».

b) Como desarrollo de este mismo criterio, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de octubre de 1952, sanciona que «nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello con el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público dentro de nuestro Ordenamiento jurídico positivo».

Según la Resolución de 10 de agosto de 1961, «interpretando el artículo 51 en relación con el número 5 del artículo 83 del C. c., este Centro tiene declarado que nuestra legislación no puede conceder validez,

a este efecto, al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio que ha de considerarse de orden público (Resoluciones de 15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951 y 3 de octubre de 1952), habiendo de considerarse confirmada esta postura por la última reforma del C. c., en el que incluso se ha desterrado el término divorcio».

En la Resolución de 8 de mayo de 1964 se planteó la cuestión, bien semejante a la ahora suscitada, de si puede inscribirse en el Registro civil el reconocimiento de un hijo habido entre soltera y divorciado, y se decidió lo siguiente: «En congruencia con el artículo 119 del C. c., el artículo 187 del Reglamento del Registro Civil exige un mínimo de prueba al efecto de acreditar que los padres, al tiempo de la concepción, pudieron casarse con dispensa o sin ella, y en el presente caso del propio título del reconocimiento se desprende que en tal tiempo el matrimonio no habría podido efectuarse, por lo cual no es posible la inscripción solicitada, sin que esto signifique prejuzgar el concreto alcance sustantivo de este reconocimiento...».

En la Resolución de 20 de mayo de 1964, el problema discutido era el de la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de hijos habidos entre mujer soltera y hombre casado canónicamente, si bien en el Registro aparecía como divorciado por Sentencia de 14 de septiembre de 1937, dictada con arreglo al Decreto de la Generalidad de Cataluña de 18 de septiembre de 1936, por la «Sala Especial de Divorcios de la Audiencia de Barcelona». El Centro Directivo entendió igualmente en aquél caso que «del propio título de reconocimiento y de los documentos presentados se desprende que en el tiempo de la concepción el matrimonio no habría podido efectuarse, por subsistir conforme al artículo 6.º de la Ley de 8 de mayo de 1939, el impedimento de ligamen, por lo cual es indudable que debe denegarse la inscripción...».

Como ha recordado recientemente JOSÉ ANTONIO DORAL, la idea de orden público se integra por aquellos principios que son esenciales a la vida social en su conjunto. Los principios inmanentes al Ordenamiento jurídico, que están por encima de las leyes estatales, son en última instancia el contenido del orden público (2). El orden público es un concepto vólculo, genérico, un «standard» jurídico, que habrá de ser formulado y concretado en cada caso. En esa labor de concreción, la jurisprudencia despliega un papel especialmente importante (3).

Dentro de esa amplísima noción de orden público, como subespecie en la aplicación de la misma, el orden público internacional funciona como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente cuando el resultado que con ella se obtiene contradice alguno de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico del país en que se ha de aplicar. Por virtud de este criterio normativo, la ley extranjera que debía aplicarse no se aplica, y se sustituye entonces la norma extranjera incompatible por otra norma del foro (4). El orden público internacional es un criterio excepcional, prohibitivo, que impide la eficacia internacional de las sentencias dictadas o negocios jurídicos rea-

(2) La noción de orden público en el Derecho civil español. Edic. Univ. de Navarra. Pamplona, 1967, págs. 48 y 42.

(3) La noción de orden público se refleja mejor en la jurisprudencia que en la determinación legal. Pero tampoco el orden público es sólo una noción jurisprudencial, ni solamente una noción legal, aunque cobre relieve de modo más ostensible a la hora de la aplicación de las leyes, en el plano de la realidad jurídica; en esa medida el papel de la jurisprudencia es relevante, y dicha concreción jurisprudencial resulta inexcusable para comprender en todo su alcance el desenvolvimiento del orden público en cada Ordenamiento jurídico (DORAL, loc. cit., pág. 46).

(4) DORAL: Loc. cit., pág. 128.

lizados conforme al Derecho extranjero. Por eso debe ser interpretado restrictivamente.

Decíamos que la jurisprudencia desarrolla una función preponderante en la determinación de qué se entienda por limitaciones de orden público en cada caso. Ello es tanto más importante por lo que respecta al orden público internacional en materias de Derecho matrimonial y de divorcio. Como hemos visto en los ejemplos propuestos, la jurisprudencia española se orienta en el sentido de negar eficacia a las sentencias extranjeras de divorcio, por estimar que ello va contra uno de los principios fundamentales de nuestro sistema: la indisolubilidad del vínculo matrimonial. La presente Resolución viene a dar un giro importante en esta línea doctrinal tan uniforme y rígida, y a abrir la puerta a otra interpretación más flexible y avanzada. A pesar de las circunstancias que concurrían en este caso, no se admitió la excepción de orden público internacional en cuanto a la sentencia de divorcio recaída en Alemania a efectos de rechazar el reconocimiento como natural de un hijo de la divorciada. Veamos las razones en que fundamenta la Dirección General su resolución:

a) Que si bien la aplicación de la ley nacional en materia de capacidad y estado de los extranjeros quiebra en numerosos supuestos, precisamente cuando se trata de contraer matrimonio, tanto por razones de orden público como por la vigencia en España del Derecho canónico en esta materia, de modo que en derecho español se impide el matrimonio de una alemana, civilmente divorciada, con un español soltero, sin embargo, tales excepciones no pueden extenderse a otras materias que la ley española regula sólo por vía de remisión en función del ligamen o de la libertad matrimonial y como consecuencia de éstos. Habrá entonces que discernir caso por caso si la aplicación del orden público internacional o la vigencia del derecho canónico exigen la eficacia de la norma excepcional.

b) Que la noción de orden público, por su carácter excepcional, debe ser aplicada restrictivamente, lo que justificaría aquí que no se dejaran sin efecto las leyes nacionales y extranjeras que normalmente regulan la calificación de la prole.

c) A la misma solución se llega si se piensa que la noción de hijos ilegítimos no naturales implica un régimen singular dentro de los hijos habidos fuera del matrimonio, y particularmente odioso, por su carácter penal, por suponer una desigualdad desfavorable para los hijos así calificados, y por ir en contra del pensamiento actual que subraya los deberes de los padres respecto de los hijos engendrados.

d) Que esta misma doctrina de no hacer recaer sobre los hijos las penas derivadas de la conducta de los padres, aparece hoy expresamente recogida en la más reciente doctrina de la Iglesia Católica.

e) Que no es obstáculo a ello la posible aplicación en España de las normas del Derecho canónico relativas al matrimonio, de acuerdo con el Concordato vigente y los artículos 75 y 80 C. c.; porque no cabe invocar la interferencia de las normas canónicas en la calificación del estado civil de una extranjera, si no se trata precisamente de contraer matrimonio con un español, sino de una materia totalmente ajena al ámbito reconocido a la ley canónica, como es el régimen de los hijos naturales.

f) Que tampoco es obstáculo para la calificación como natural de la filiación en este caso, el hecho de que no pueda ser legitimada por ulterior matrimonio, pues lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando el otro progenitor haya muerto, o cuando concurren alementos impeditentes del matrimonio que no excluyan la filiación natural.

Tan numerosos y convincentes argumentos nos excusan de un comentario más detallado a la doctrina contenida en esta Resolución. A pesar de lo cual, no queremos silenciar nuestro aplauso a la solución que aquí se defiende y a la validez de las razones jurídicas alegadas. No parece justo, en verdad, que se niegue la condición de hijo natural en España al nacido de madre extranjera divorciada, cuando según su ley nacional podía casarse al tiempo de la concepción, y cuando la nacionalidad del hijo así nacido, por razón de filiación paterna, en todo caso es la española. Obsérvese que no se trata de convertir en legítimo al hijo habido fuera de matrimonio, sino de atribuirle el estado civil más beneficioso de hijo natural, y excluir el estado de hijo ilegítimo no natural, socialmente más odioso y jurídicamente más pobre de contenido. Cuando, además, esa filiación natural está perfectamente justificada en derecho español a través de la concurrencia de los distintos derechos nacionales de los padres.

Nos parece acertado que la idea de orden público internacional, siempre excepcional en su formulación y en su aplicación, no tenga eficacia en el presente caso para desvirtuar la solución impuesta por las normas de Derecho internacional privado sobre la colisión de leyes que aquí se produce. Porque, como se reconoce expresamente en esta Resolución, no es lo mismo el acto de contraer matrimonio, respecto del cual el orden público español puede excluir la celebración por extranjera divorciada, capaz según su ley nacional para hacerlo, por ir tal celebración contra el principio de indisolubilidad del vínculo vigente en nuestro país, que el acto de reconocimiento de un hijo natural, que sólo por vía de remisión legal se encuentra conectado con aquél en cuanto a sus requisitos. La exclusión del matrimonio, en virtud de aquel criterio excepcional, no debe implicar la imposibilidad de reconocimiento. Con el consiguiente perjuicio para el hijo y su vida social futura, a pesar de no ser responsable de las circunstancias que determinarían aquella sanción.

Ello es tanto más grave en el momento actual, por la facilidad y frecuencia de las relaciones entre personas de distintos países y nacionalidades. El criterio defensivo y excluyente del orden público internacional, que se opone a la debida aplicación de la ley extranjera e implica una muralla cerrada para el derecho nacional, deberá ser matizado en cada caso con suma cautela y prudente flexibilidad. Para evitar que su vigencia automática e indiferenciada provoque situaciones de auténtica injusticia y desvirtúe las normas de Derecho internacional privado cuando se trate de relaciones entre personas de distinta nacionalidad, hoy tan frecuentes.

Según DORAL, una nueva noción de orden público se apunta ya en la legislación y en la jurisprudencia españolas (5). Una aplicación rígida e inflexible del orden público contradeciría su propia finalidad. Por lo que se refiere al matrimonio, es preciso combinar todos los principios en que se inspira, que son de orden público, y en todos los casos debe conjugarse con otros criterios que, como el de no discriminación, el de libertad religiosa, disminución del número de indigentes, medidas de educación y asistencia de la prole, son también de orden público, en cuanto que éste es parte esencial del bien común (6).

Frente a la jurisprudencia hasta ahora vigente, que con carácter rígido y uniforme negaba eficacia en España a los actos que pudieran ser contrarios al principio de indisolubilidad del matrimonio, directa o indirectamente, la presente Resolución sienta un nuevo criterio más flexible y realista que, manteniendo los mismos principios de nuestro

(5) Loc. cit., pág. 15.

(6) Ibid., pág. 114.

*sistema (7), los suaviza en su aplicación refleja y permite el juego de la ley nacional extranjera para admitir la filiación natural del hijo de madre divorciada. Lo que, en el caso concreto planteado, nos parece perfectamente admisible, justo y acertado. Hacemos votos para que esta nueva orientación, y el giro que supone en nuestra interpretación jurisprudencial de los problemas de filiación, se abra paso y consolide en sucesivas decisiones.*

M. A. G.

---

(7) Principios jurídicos que, por depender de convicciones sociales, nunca son inmutables, sino que pueden estar sujetos a evolución y cambio en su valoración social. Aunque el criterio de la indisolubilidad del matrimonio siga estando vigente en Derecho español, parece claro que sus aplicaciones concretas en el mundo actual no son vividas de igual manera que cuando se publicó el C. c., especialmente por la presente facilidad de relaciones con personas de otros países.

## II. Sentencias del Tribunal Supremo

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,  
JOSÉ CERDÁ GIMENO  
y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA

### III. CONTRATOS

#### ARRENDAMIENTOS

**CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO.** *La palabra «año», sin más, se emplea en el lenguaje culto y en el usual para designar el período de los doce meses naturales a partir de cualquier fecha, con idéntico sentido en derecho mientras las partes contratantes o la norma no disponga otra manera de computarlo; el Reglamento de fincas rústicas abona lo expuesto como enseña («ad exemplum»). El artículo 9 al utilizar la palabra «año» con relación a los plazos mínimos de los arriendos, empleando la expresión «año agrícola» para designar el supuesto excepcional de entenderse el período anual de modo diferente al ordinario y normal (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1970.)*

**Demanda.** En 1953 se concertó aparcería entre actor y demandado por tiempo de seis años, en 1962 convinieron un nuevo contrato de aparcería en documento privado por tres años; en 1965 reconocen que en 1962 «firmaron un contrato de arrendamiento de una finca rústica», cuyo contrato, de acuerdo ambas partes, lo anulan y celebran otro, por lo que el de 1965 no es de prórroga del pactado en 1962, sino uno nuevo que se concertó por tres años, pero por las cláusulas estipuladas el plazo no coincidía con las dotaciones de cultivo; el 23 de diciembre de 1967 la propietaria manifestó ante notario que tenía cedida la finca en aparcería desde el 26 de diciembre de 1953 por tiempo de seis años y que se regulara al aparcero-cultivador para que diese por terminado el contrato «al término de las próximas cosechas correspondientes a la actual rotación del cultivo, sin más prórroga ni dilación».

Suplico. Sentencia declarando el derecho a optar a la transformación del contrato de aparcería dejando para el período de ejecución de sentencia las demás, actuaciones necesarias para el cumplimiento del fallo.

Contestación. El documento de 1962 añadía «algunas pequeñas modificaciones», pero no afectaba al contrato básico de 1953 y lo mismo puede decirse del nuevo documento de 1965.

Primera Instancia. Desestima la demanda.

Apelación. Confirma la sentencia.

Recurso de Revisión.

Motivos. «Primero Al amparo de la causa 4.ª del número 4 del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959, por considerar se ha cometido injusticia notoria, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, la sentencia recurrida declara, en su considerando primero, que no obstante los tres documentos firmados entre las partes litigantes, ha de estimarse que existió un único contrato dada la similitud de las cláusulas de los mismos y la continuidad de las relaciones jurídicas habidas entre las partes, arguyendo que cada uno de ellos no era más que una simple prórroga del anterior; Segundo, al amparo de la causa 4.ª del apartado 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por error de hecho en la apreciación de la prueba, en resumen, el contrato que liga a las partes estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 1968, día anterior a Todos los Santos, a cuya conclusión se llega por la armonización del pacto contractual, Tercero, al amparo de la causa 3.ª del apartado 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por infracción por violación, del apartado primero digo párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil; Cuarto, al amparo de la causa 3.ª del número 4.º del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por infracción, por aplicación indebida, del párrafo 2.º del artículo 1.281 del Código civil, motivo, que no es más que la conjugación por pasiva del anterior y se formula *ad cautelam*, por el supuesto de que se considere que la injusticia cometida no le ha sido por inaplicación del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, sino por aplicación errónea e indebida del párrafo 2.º del meritado precepto; Quinto, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por considerar se ha cometido injusticia notoria, por infracción, por violación de los números 1 y 2 del artículo 44 de dicho Reglamento; Sexto, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por violación del artículo 1.204 del Código civil; Séptimo, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por injusticia notoria cometida al infringir la sentencia recurrida el número 3 del artículo 49 del mismo cuerpo legal».

«Considerando: Que no merece acogida el primero de los motivos, porque la sentencia recurrida no desconoce el contenido de la cláusula 1.ª del documento de 20 de marzo de 1965, ni su eficacia demostrativa, sino que, en valoración conjunta de los antecedentes de hecho inducidos de los elementos de juicio del proceso, interpreta el negocio jurídico de la aparcería concluido entre las partes como una continuación de los anteriores (prórroga en sentido lato), con alguna modificación no sustancial, descartando así el tema de la



esfera de la apreciación de la prueba documental para convertirlo en *quaestio iuris*, de interpretación del contrato, cuyo tratamiento en revisión exige cauce procesal de amparo distinto al elegido, como así viene a reconocer en definitiva la parte actora».

«Considerando: Que lo expuesto es aprovechable en lo esencial para la repulsa del segundo de los motivos, porque, en lo que afecta a la cláusula 3.ª del documento de 20 de marzo de 1965, es más concluyente aún la prevalencia de la cuestión interpretativa sobre la de valoración de prueba, toda vez que el demandante reconoce que el convenio guarda silencio en el extremo de si los tres años han de entenderse naturales o agrícolas.»

«Considerando: Que idénticos fracasos corresponden a los motivos 3.º, 4.º y 6.º porque: a) los términos del último párrafo del número 3 del artículo 49 del Reglamento, excluyan toda duda en orden a que la interpretación gramatical y teleológica evidencia que el texto contempla una situación de disfrute de la finca rústica, en régimen de aparcería, durante el plazo superior al señalado preceptivamente en el artículo 9; sin autorizar distinciones entre el supuesto en que el contrato inicial de aparcería rebase el señalado por la Ley a los arrendamientos, es que el término que excede al expresado en el mencionado artículo se opere en virtud de prórrogas tácitas y al que tiene lugar por convenios expresos sucesivos, con o sin modificaciones en relación a los anteriores, razón que hace completamente innocuo el *proble ad* interpretación de la cláusula 1.ª del documento de 20 de marzo de 1965; b) si a los fines del pleito ha de entenderse por prórrogas de la aparcería la continuidad en el goce de la finca, en base a una relación del mismo tipo que se prolonga tácitamente o por escrito, en condiciones idénticas o con variaciones distintas al objeto principal, es obvio que la Sala no interpretó arbitraria o ilógicamente el conjunto de los vínculos que mediaron entre las partes, ni desconoció el valor de la expresión 'anular' innecesariamente introducida en el documento, dado el contrato de 1965; aparejaba, *per se*, la ineficacia del de 1962 al sustituirlo con la expresión detallada de su contenido; c) consecutivamente a lo anterior es intrascendente la cuestión de si el contrato de 1965 implica una novación extintiva o simplemente modificativa del de 1962, por lo que decae el sexto de los motivos.»

«Considerando: Que tampoco puede acogerse el quinto de los motivos, porque: a) no existe laguna en la cláusula 3.ª del contrato de 20 de marzo de 1965 que exija la integración mediante los usos y costumbres locales, pues la palabra 'año', sin más se emplea en el lenguaje culto y en el usual para designar el periodo de los doce meses naturales a partir de cualquier fecha, con idéntico sentido en derecho mientras las partes contratantes o la norma no disponga otra manera de computarlo; b) el Reglamento de fincas rústicas abona lo expuesto como enseña ('*and exemplum*') el artículo 9 al utilizar la palabra 'año' con relación a los plazos mínimos de los arriendos, empleando la expresión 'año agrícola' para designar el supuesto excepcional de entenderse el periodo anual de modo diferente al ordinario y normal; c) la propia conducta de las partes revela con toda claridad que el cómputo de los tres años de duración del contrato, a contar desde hoy (20 de marzo de 1962), lo entendían de fecha a fecha, y en consecuencia de la invalidez de la prórroga no documentada concluyen el 20 de marzo de 1965, al extinguirse en ese día el de 1962, y al coincidir los términos de la cláusula en ambos contratos, carece de base seria la tesis que propugna la inteligencia de aquella de manera distinta a como la cumplieron las partes en el anterior; trascendiendo jurídi-

camente esta conducta en la interpretación del negocio con toda la eficacia que a los actos anteriores, coetáneos y posteriores otorga el artículo 1.282 del Código civil y la reiterada doctrina legal formada en su aplicación.»

«Considerando: Que, establecido lo anterior, se impone rechazar el último de los motivos, porque haciendo supuesto de la cuestión, se asienta en el hecho de que el contrato vencía el 31 de octubre de 1968, no el de 20 de marzo, y si bien es cierta la posibilidad de desviar la doctrina jurisprudencial, que exige que la acción se ejercite ante el órgano jurisdiccional durante la vigencia de la aparcería, para no dar paso al posible fraude del derecho del aparcerero si la declaración de voluntad recepticia hecha por el propietario en orden a la no continuación de aquella tiene lugar de modo que no ofrezca margen de tiempo hábil, normalmente suficiente para que el cultivador actúe su derecho ante los Tribunales, en el caso de la litis el requerimiento a la entrega de la finca se verificó el 23 de diciembre de 1967, y es obvio que si hasta el 20 de marzo de 1968 no vencía el plazo contractual, estuvo en condiciones el actor para ejercitar en forma su derecho ante el Juzgado dentro de la vigencia del contrato.»

«Considerando: Que es de apreciar temeridad en la interposición del recurso a efectos de imposición de costas.»

Fallo. No ha lugar al recurso de revisión.

*RETRACTO DE FINCAS RUSTICAS. La sentencia estima simulado el contrato de arrendamiento rústico por lo que no puede tenerse por documento auténtico a efectos del recurso por el cauce seguido. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1970.)*

**Demanda:** En el escrito se describen las fincas, se determinan los precios correspondientes, se efectúa su consignación, «pero si la cuantía fuera distinta hace constar estar dispuesto a consignar lo que fuere preciso para cumplir el requisito legal de la consignación», se acompaña el contrato de arrendamiento y se manifiesta que no se notificó al actor la compra efectuada.

**Suplico:** Sentencia declarativa sobre el derecho a retraer.

**Contestación:** El actor intervino en la subasta, hizo postura y firmó el acta de remate; en el acto de contrato dicho actor manifestó que existía un contrato de arrendamiento que no quiso transcribir en el acta pese al ruego del hoy demandado, se aducían varias razones para considerar sospechosa la actitud basada en esta supuesta relación arrendaticia, pero aun suponiendo no sospechoso el prolongado silencio del actor y aun admitiendo la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, por la fecha de este contrato de arrendamiento (posterior a la hipoteca constituida por el antiguo dueño de las fincas) el actor sería hoy sólo un precarista.

**Suplico:** Sentencia desestimando la demanda con imposición de costas al actor.

**Primera instancia.** Desestima la demanda, sin expresa imposición de costas.

**Apelación:** Confirma la sentencia de Primera Instancia sin atribución exclusiva de las costas causadas en el doble trámite procesal seguido.

Revisión «por infracción de precepto legal y por manifiesto error en la apreciación de la prueba».

Motivos: «Primero.—Amparado en la norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª, causa 3.ª, por injusticia notoria, por infracción de precepto legal en consonancia con la Norma 3.ª del número IV del artículo 52 del Reglamento en consonancia también con el artículo 4.º de la Ley de 17 de julio de 1953.—La sentencia recurrida interpreta erróneamente el contenido de la Norma que contiene el artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, aunque seguramente por error mecanográfico y material señale el artículo 111 de la misma, al estimar en su penúltimo y fundamental considerando que en procesos de arrendamiento rústico la hipoteca pulveriza, cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso o disfrute figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla, momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos; Segundo.—Amparado en la Norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª, causa, 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, artículo 4.º de la Ley de 17 de julio de 1953 y causa 3.ª del número IV del artículo 52 del Reglamento, ya que la sentencia recurrida produce injusticia notoria por infracción del precepto legal contenido en el artículo 16 del Reglamento de 29 de 1959, en relación con el mismo artículo de la Ley de 15 de marzo de 1955, puesto que la resolución recurrida desconoce en mi mandante el derecho a ejercitar el derecho de retracto, subrogándose en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión mediante los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código civil; Tercero.—Lo invocó al amparo del número IV del apartado 4.º del artículo 52 del Reglamento en consonancia con la Norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 y el artículo 4.º de la de 17 de julio de 1953, injusticia notoria por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta acreditada por la existencia de los autos del documento número dos de los acompañados a la demanda de mi parte que es el contrato privado de arrendamiento de las fincas de los autos, suscrito en 18 de agosto de 1966, suscrito entre la propietaria y mi mandante corroborado por los demás que le acompañan y que no ha sido impugnado en ninguna de las dos resoluciones recaídas en estas actuaciones».

«Considerando: Que por su decisiva influencia respecto a los restantes temas de revisión contenidos en el escrito de formalización del recurso, debe darse prioridad al examen y resolución del tercero y final de ellos.

En el caso que se enjuicia el supuesto error se refiere a la apreciación del propio contrato de arrendamiento que, en definitiva, la sentencia recurrida en revisión estima simulado, con lo que no puede tenerse por documento auténtico a efectos del recurso por el cauce seguido, sin que por otra parte las restantes alegaciones formuladas en el motivo dirigidas a demostrar el error de hecho, devirtuen en forma alguna el juicio de esta clase en la combatida sentencia consignado, por lo que el mismo debe estimarse intacto y a su contenido atenerse para resolver sobre la aplicación del derecho».

«Considerando: Que los dos restantes motivos de recurrir ambos adecuadamente amparados en la causa tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento unificador de la legislación sobre Arrendamientos Rústicos, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, deben ser desestimados porque tanto la cuestión relativa a la extinción del contrato de arrendamiento por la ejecución del procedimiento judicial sumario regulado por el mencionado artículo

lo 131 de la Ley Hipotecaria, a la que en la sentencia impugnada y a mayor abundamiento se hace referencia, como la atinente al ejercicio del derecho de retracto para subrogarse en las condiciones estipuladas en contrato de transmisión de fincas rústicas que el artículo 16 del Reglamento citado establece, exigen para que deban plantearse, se dé la circunstancia previa de existencia de contrato válido de arrendamiento que pudiera estimarse extinguido, antes de nacer el derecho al retracto o del que emane éste y como del juicio de hecho firme tanto la existencia de contrato válido de arrendamiento, como de la cualidad de arrendatario del actor, no aparece con la base probatoria sólida que resulta indispensable, según tiene proclamado la Sala y así en sentencia de 25 de enero de 1968, vista es la procedencia de la indicada desestimación de los examinados motivos al igual que lo fue el que en el estudio les precedió y, con ellos, la del recurso de revisión que integran.

«Considerando: Que la Sala estima no ha lugar a pronunciamiento especial en cuanto a costas».

Fallo. No haber lugar al recurso de revisión planteado.

E. I. M.

#### IV. FAMILIA

**ALIMENTOS INTERCONYUGALES.** *Demanda de cese de alimentos interconyugales. Cuestión acerca de si hay incompetencia del Juzgado por razón de la materia.* **LOS ALIMENTOS EN LA FASE DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. EXTINCIÓN DE LA DEUDA ALIMENTICIA:** **Dr. LA LASTRE C. AVILA.** (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1969.)

*Doctrina de la sentencia:* Es indispensable citar el precepto legal que atribuye al Juez o Tribunal competencia por razón de la materia... que le está asignada, y que lo ha infringido dejando de conocer cuándo estaba obligado a ello o conociendo a pesar de no pertenecerle. La fijación de alimentos definitivos se hizo en juicio declarativo de mayor cuantía, por lo que es evidente que el cese de los efectos de la ejecutoria en él recaída ha de ventilarse en otro proceso autónomo de igual rango. El derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de fidelidad a su consorte... por lo que no cabe duda que es perfectamente aplicable el número 4.º del artículo 152 del Código civil. Los artículos 1.430 y 1.432 del Código civil son inaplicables a este proceso, en el que lo único discutido es el cese de la obligación de prestación alimenticia.

*Antecedentes:* Los litigantes habían sostenido un proceso de separación conyugal ante el Tribunal Eclesiástico (1), que dictó sentencia concediendo a la esposa la separación conyugal por tiempo indefinido, por causa de sevicias, y al marido la separación perpetua, por adulterio de la esposa y por sevicias

(1) Puede verse un resumen de tales incidencias en los antecedentes sobre la sentencia de 10 de octubre de 1967, en esta misma sección, REVISTA núm. 471, de marzo-abril de 1969, páginas 449 y sigs.

por parte de ésta. 2. Hubo también una serie de procesos incidentales entre ambos: alimentos, litisexpensas, etc. 3. Posteriormente el marido había demandado el cese de los alimentos interconyugales *en ejecución* de la referida sentencia canónica, acordándose no haber lugar a ella, pero *sin perjuicio* de solicitarlo del Juzgado que acordó tal medida—todo ello según *auto* de la Audiencia de 5 de octubre de 1962—. 4. En consecuencia, el marido entabló esta presente demanda mediante escrito que por reparto correspondió al pertinente Juzgado (este Juzgado era distante al que acordó en su día la obligación del esposo de dar alimentos a su esposa), pidiendo el cese de la deuda alimenticia.

La esposa demandada formulaba *reconvención* solicitando se elevase a treinta mil pesetas mensuales la pensión alimenticia. En su *contestación* a la demanda, tras relacionar los distintos procedimientos judiciales habidos entre las partes, suplicaba se dictase sentencia declarándose incompetente el Juzgado para conocer de la misma o, subsidiariamente, la desestimación de la demanda.

Tras los trámites de Réplica, Dúplica y Recibimiento a prueba, el Juzgado dictó sentencia en 28 de febrero de 1967, desestimando la excepción de incompetencia y estimando la demanda, por la que declaró procede el cese de la obligación de dar alimentos el actor a su esposa demandada (2).

Apelada dicha sentencia por la demandada, la Audiencia Territorial dictó sentencia el 12 de diciembre de 1967, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandada interpuso *en primer lugar* un recurso de casación por *quebrantamiento de forma*, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1968 (3). Además, *en segundo lugar*, interpuso recurso de casación por *infracción de Ley* en base a los siguientes *motivos*:

1.º Fundado, en el artículo 1.692-6.º LEC: la sentencia recurrida rechaza la excepción de falta de competencia objetiva del Juzgado, ya que la materia objeto de la litis sólo puede corresponder a otro Juzgado (el que en su día acordó conceder la obligación alimenticia a la esposa); además, las causas jurídicas invocadas para la extinción de la obligación alimenticia son *las mismas* que las alegadas por el marido en el pleito seguido *en ejecución* de la sentencia canónica a los efectos civiles, litigio resuelto por el *auto* de 5 de octubre de 1962 (4), por lo que la *acción* planteada en estos autos es reproducción substantiva de la resuelta en firme por dicho *auto*.

2.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 152-4.º en relación con los 855-1.º y 105 del Código civil, ya que únicamente el cónyuge inocente puede pedir la separación matrimonial invocando las causas legítimas, y por ende sólo el cónyuge inocente tiene derecho a *negar* alimentos al culpable de desheredación; siendo hecho probado que el marido *no es* inocente en la separación conyugal, carece, por tanto, del derecho reconocido en el artículo 152-4.º.

3.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: el fallo recurrido infringe, por violación, los artículos 73-5.º y 1.434 y concordantes del Código civil, y la doctrina legal sobre ellos (cita sentencias del Tribunal Supremo de 13-10-1953 y de 10-12-1959), de los que se deduce que la esposa demandada tiene derecho a

(2) Véase esta resolución y un resumen de estos mismos *antecedentes* en esta REVISTA, número 473 de julio-agosto de 1969, págs. 1.103 y sigs.

(3) Véase la exposición de tal sentencia, en *loc. cit.* en nota 2: págs. 1.103 y sigs.

(4) Véase antes en el antecedente 3.

ser atendida por el marido para su sostenimiento y mientras se tramita la separación de bienes, percibiendo la oportuna pensión alimenticia.

4.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: el fallo recurrido, al desestimar la reconvencción, infringe por interpretación errónea, el artículo 1.430, el 1.432 y siguientes del Código civil y la doctrina legal contenida en sentencia de 28 de mayo de 1896, ya que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales *mientras* se hace la liquidación del caudal inventariado y *hasta* que se le entregue su haber, rebajándose de éste (la pensión alimenticia) en la parte en que excedan de lo que le hubiere correspondido por razón de frutos o rentas.

El Tribunal Supremo rechaza también este recurso, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Jacinto García Monge, sentando la doctrina que sigue:

Considerando: Que la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente establecida la distinción entre las dos clases de incompetencia que pueden producirse, siendo la regulada en el número sexto del artículo 1.692, en el que se ampara el motivo primero del recurso, la que se origina cuando el Tribunal carece de competencia por razón de la materia o del grado de la jurisdicción, y *procede* cuando han conocido los Tribunales ordinarios de una cuestión cuyo conocimiento no les está atribuido, o, cuando injustificadamente se hubiesen abstenido de conocer, con lo que se aborda, en realidad, un problema de jurisdicción, dado que dicho número sexto es el cauce adecuado cuando, aun dentro de la misma jurisdicción ordinaria, se halla atribuida por razón de la materia la competencia funcional a determinados órganos jurisdiccionales con exclusión de otros; por lo que es indispensable citar el precepto legal que atribuye al Juez o Tribunal competencia por razón de la materia, de la cuantía o de la jerarquía que le está asignada, y que lo ha infringido dejando de conocer cuando estaba obligado a ello, o conociendo a pesar de no pertenecerle.

Considerando: Que la recurrente no observa la doctrina expuesta, dado que no cita la norma legal que imponga la falta de jurisdicción que invoca, defecto que hace perecer el motivo primero; y cómo, además, el auto en que ésta se basa de 5 de octubre de 1962 no puede imponer competencia al Juzgado que entiende de la ejecución de la sentencia del Tribunal Eclesiástico, y así lo declaró éste en auto de 29 de diciembre de 1962, confirmando la apelación por el de 11 de septiembre de 1963, y la fijación de alimentos "definitivos" se hizo en juicio declarativo de mayor cuantía, es evidente que el cese de los efectos de la ejecutoria en él recaída ha de ventilarse en otro proceso autónomo de igual rango, por lo que, siendo materia ajena a la ejecución de la referida sentencia eclesiástica, es obligado el peticionamiento de este motivo.

Considerando: Que la sentencia impugnada decreta el cese de la obligación de dar alimentos al marido a la esposa por haber sido condenado ésta por *adulterio*, en aplicación del número cuarto del artículo 152 del Código civil; y contra ello se interponen los motivos segundo y tercero, amparados ambos en el número primero del citado artículo 1.692, porque al estar condenado el esposo por el Tribunal eclesiástico por causa de sevicia, no es el cónyuge inocente a que se refiere el artículo 106 del Código civil, y al haber mala fe por parte de ambos cónyuges debe quedar compensada, según el artículo 72, párrafo 27 (sic) de dicho cuerpo legal; pero al razonar así no se tiene en cuenta que el derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el

*cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de fidelidad a su consorte, y como está acreditado que la recurrente ha sido condenada por adulterio, y que el Tribunal eclesiástico concede al esposo la separación conyugal perpetua por causa de adulterio y la indefinida por sevicia de la esposa, no cabe duda que es perfectamente aplicable el número cuarto del citado artículo 152, ya que el adulterio es causa de desheredación del cónyuge, según el artículo 855; y aunque también puede serlo la sevicia por la que ambos esposos fueron condenados, ello produciría el efecto, no de compensación de culpas, que no puede existir, sino el de cesar para ambos la obligación de dar alimentos, razones que imponen el perezimiento de estos motivos.*

Considerando: Que en el motivo cuarto, insistiendo en lo interesado en el tercero, se denuncia interpretación errónea de los artículos 1430, 1432 y siguientes del Código civil, porque opina que *mientras se hace la liquidación del caudal, y hasta que se le entregue su haber, tiene derecho a alimentos; pero tales preceptos, incompatibles por regular situaciones diferentes, dado que el 1430 se refiere a la liquidación de la sociedad de gananciales y el 1432 a la separación de bienes, son inaplicables a este proceso en el que lo único discutido es el cese de la obligación de prestación alimenticia, pero no cuestiones relativas a liquidación ni separación de bienes*, regulados por preceptos diferentes de los aplicados por la Sala sentenciadora, lo que obliga a la *desestimación* de este motivo, y con él a la del recurso en su totalidad, con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley Procesal.

#### **DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR SUBDITOS EXTRANJEROS.**

*La prueba del matrimonio entre súbditos extranjeros celebrado en el extranjero. EL ESTATUTO PERSONAL DE LOS CONYUGES EXTRANJEROS Y SU POSIBLE APLICACION. El estatuto formal del matrimonio de extranjeros contraído en Estado extranjero. La prueba de la legislación extranjera.* RUTANEN C. BAYER RUTANEN Y MINISTERIO FISCAL. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1969.)

*Doctrina de la sentencia:* Para resolver el problema planteado ha de aplicarse el Estatuto personal de los litigantes, ley del país de los mismos, *sin que tal Estatuto sea renunciante*, por lo que los litigantes no pueden acogerse a la legislación española para la separación intentada. La legislación extranjera ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho para que pueda ser aplicada..., por lo que resulta inoperante que pueda estar acreditada la existencia del matrimonio por el reconocimiento de las partes, si no constan las condiciones precisas según la Ley extranjera para que la separación se pueda decretar.

*Antecedentes:* 1) El demandante, en estado de soltero, había contraído matrimonio civil con la demandada, divorciada dos veces, en una ciudad nórdica en el año 1952. 2) Con posterioridad al matrimonio (no aparece la fecha en la exposición de los hechos) los cónyuges vinieron a España, residiendo (al parecer, pero no está claro) en nuestro país sin interrupción. 3) Aparecen probadas una serie de graves divergencias matrimoniales entre ambos cónyuges, pero cuya imputabilidad difiere según cada uno de ellos: para el esposo demandante, las divergencias eran imputables a la esposa, provocadas por el exceso de alcohol, y con el tiempo fue aumentando la tensión familiar haciendo imposible

la convivencia; para la esposa, tales imputaciones eran injuriosas, debléndose tales divergencias exclusivamente a la actuación del marido, siendo de resaltar las anormalidades del mismo—y entre ellas «las temperamentales y las sexuales no haciendo el demandante vida matrimonial, frecuentando el trato con personas del sexo masculino de muy dudosa reputación, lo que hacía suponer una tara de homosexualidad» (sic)—, los insultos, los malos tratos y el hecho de que, pese a su posición desahogada, obligase a la esposa a pedir diariamente para su manutención a un empleado del marido.

La súplica de la demanda termina pidiendo se dicte sentencia declarando la separación del matrimonio, por las causas imputadas a la esposa de malos tratos, alcoholismo habitual, vida desordenada, abandono de hijos y adulterio.

Admitida a trámite la demanda, y dado traslado al Ministerio Fiscal, el Juzgado acordó formar, con testimonio de la demanda, la pertinente pieza separada, en base a los artículos 1.861 y ss. LEC., respecto a las medidas provisionales de urgencia.

El Ministerio Fiscal contestó a la demanda, estableciendo como hechos: que niega todos los afirmados en la demanda, incluso el pretendido matrimonio que se dice contraído, y que tanto demandante como demandada son súbditos extranjeros. Suplica se dicte sentencia desestimando la demanda.

La demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella, sentando los hechos referidos antes y formulando *reconvención*, suplicando se dicte sentencia de separación conyugal contra su esposo.

El actor rechazó la demanda reconvencional, renunciando al escrito de *réplica*. Continuando el trámite para *dúplica* con el Ministerio Fiscal y la demandada.

En este estado los autos, el demandante formuló *incidente* de previo y especial pronunciamiento, relativo a la incompetencia de los Tribunales españoles por haberse planteado el divorcio ante los Tribunales del país de origen de los cónyuges. Con la preceptiva suspensión del juicio ordinario, fue resuelto el referido incidente por Sentencia del Juzgado, confirmada por la Audiencia.

Alzada la suspensión del juicio ordinario, se evacuó el traslado de *dúplica*, insistiendo la demandada en los hechos y fundamentos de la Contestación y no haciéndolo el Ministerio Fiscal.

Recibido el pleito a prueba, se concedió a la demandada el término extraordinario de cuatro meses para practicar determinada prueba documental en su país; dentro del término ordinario, propuso la documental pública y privada y la de confesión judicial del autor (ésta no pudo practicarse por desconocerse su domicilio).

Entregados los autos a las partes para el escrito de *conclusiones*, por el procurador del actor se devolvieron haciendo constar que, habiendo intentado el demandante el *desestimiento* del presente juicio, había de mantenerse consecuente con la sumisión hecha a los Tribunales de su país, no evacuando el traslado.

— El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de separación matrimonial y la acción reconvencional, absolviendo libremente a ambos litigantes de las recíprocas acciones de separación, y declarando no haber lugar a proveer los escritos presentados por el actor ni tener en cuenta los documentos aportados con ellos (no queda muy claro qué escritos pueden ser, aunque dada la proximidad en sus fechas a la de la Sentencia del Juzgado parece deben ser los devueltos por la representación del actor en lugar de las Conclusiones).



— La Audiencia, confirmando la sentencia apelada por la demandada, dicta su fallo con los siguientes pronunciamientos: 1) absolver a la demandada de la demanda de separación de matrimonio civil instada, con el carácter de marido de la misma, por el actor por haber *desistido* (el subrayado es mío) éste de ella; 2) absolver al actor de la demanda reconventional sobre la misma separación matrimonial, instada contra él por la demandada; 3) declarar que no ha lugar a proveer a los Escritos presentados por el actor, ni a tener en cuenta los documentos presentados con ellos...

— La demandada, en concepto de pobre y en tramitación dicho incidente, interpuso recurso de casación por infracción de ley, que basaba en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del artículo 1.692-7.º LEC, por error de derecho en la apreciación de la prueba e infracción del artículo 1.232 Código civil: pues es un hecho *reconocido* expresamente por ambos litigantes la realidad de su matrimonio y tal reconocimiento expreso debe llevar consigo la sanción del artículo 1.232 Código civil, siendo tal confesión prueba plena *contra y a favor* de ambos litigantes, estando liberados de cualquier otra prueba; ello no obstante, se trajo al procedimiento un *certificado* de la correspondiente Embajada de ambos litigantes, pendiente de legalización (sin reunir, pues, los requisitos del artículo 600 LEC), cuyo defecto no puede llevar a desconocerse la existencia del vínculo contraído por los litigantes, hecho admitido en Demanda y Contestación: también se aportaron otras pruebas, cual la de testigos; que en contra de todo ello no cabe argumentar que el matrimonio *únicamente* puede probarse por la aportación del Certificado del Registro Civil, lo que a su vez contradice lo dicho por Sentencias de 28 junio 1912 y 26 junio 1913 (que dieron por cierto un matrimonio por el solo hecho de haber sido reconocido por las partes litigantes) y de 2 marzo 1955 (que admite que tal certificado pueda ser sustituido por otras pruebas).

2.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley y doctrina legal al interpretar erróneamente los artículos 9, 11-3.º y 14 del Código civil y violar la doctrina contenida en sentencias de 9 de enero de 1936 y 23 de febrero de 1944: porque el Estatuto *personal* de los extranjeros cuando acuden a los Tribunales españoles ha de *ceder* frente a las normas españolas de orden público o cuando los propios extranjeros se someten a la regulación de las referidas normas españolas. De un lado, si bien las relaciones personales entre extranjeros han de regularse por la Ley de su nación, tal principio resulta inaplicable —conforme al artículo 11-3.º del Código civil— cuando esas leyes extranjeras son contrarias al orden público y las buenas costumbres, y como tales normas de orden público vienen siendo consideradas las *matrimoniales*, las cuales habían de prevalecer frente a las *personales* (S. 23 febrero 1944). De otro lado, el Estatuto personal de los extranjeros no puede ser aplicado cuando ninguno de los litigantes lo ha invocado, como aquí ocurre, pues con su renuncia *tácita* se han sometido a la regulación española (arg. S. 9 enero 1936).

3.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley y doctrina legal, al aplicar indebidamente el artículo 11-3.º del Código civil y violar la doctrina sentada en sentencia de 9 de febrero de 1934: porque si el matrimonio ha sido celebrado conforme a los requisitos previstos en la Legislación extranjera, tal unión debe reputarse eficiente a los efectos legales por los Tribunales españoles aun cuando dicho matrimonio *no pudiera* contraerse válidamente en España. Dicho matrimonio fue contraído en Estado extranjero con arreglo a los requi-

sitos *formales* vigentes en el mismo, por lo que no cabe argumentar en su contra con el orden público o las buenas costumbres nacionales (derivadas del hecho de que el contraerío en España hubiera sido *imposible*), pues ello supondría privar a las relaciones nacidas de ese matrimonio de la protección legal (arg. S. 9 febrero 1934).

4.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley, al violar el artículo 105 del Código civil en su regla segunda: dadas las pruebas practicadas, tal causa resulta de obligada aplicación, debiéndose decretar la separación del matrimonio civil contraído

*El Tribunal Supremo rechaza este recurso, en base a la siguiente doctrina.*

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Juan A. Linares Fernández.

Considerando: Que, *siendo los litigantes extranjeros y tratándose en el pleito de la separación de unos cónyuges que dicen contraieron matrimonio en su país, en armonía con lo dispuesto por los artículos 9 y 14 del Código civil, para resolver el problema planteado, ha de aplicarse el Estatuto personal de los litigantes. Ley del país de los mismos, con arreglo a la cual se hubo de contraer el matrimonio y han de regularse todos sus efectos, sin que tal Estatuto sea renunciante*, puesto que según los principios del Derecho Internacional Privado el artículo 9.º del Código y la Jurisprudencia, «en los pleitos que se ventilen cuestiones familiares o que afecten el estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del país de los litigantes», y lo que es preceptivo u obligatorio está fuera de la voluntad el renunciarlo, por ello los litigantes no pueden acogerse a la legislación española, para la separación intentada.

Considerando: Que la legislación extranjera, según criterio constante de esta Sala, ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho, para que pueda ser aplicada, y no habiéndose hecho ni intentado tal prueba, no puede resolverse sobre la separación debatida por falta de esa prueba, por lo que resulta inoperante que pueda estar acreditada la existencia del matrimonio por el reconocimiento de las partes, si no constan las condiciones precisas según la Ley extranjera para que la separación se pueda decretar, lo que hace obligado el no acogimiento de los motivos del recurso, que se desestime con costas por su carácter de preceptivo.

**TRANSMISION DE INDUSTRIA GANANCIAL DE PADRES A UN HIJO A CAMBIO DE RENTA VITALICIA.** Cuestión acerca de las pensiones alimenticias devengadas a consecuencia de estipulación contenida en un contrato oneroso. Carácter de tales pensiones. RENUNCIA UNILATERAL A ELLAS POR EL MARIDO SIN INTERVENCION DE LA ESPOSA. APLICABILIDAD O NO DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" A DICHAS PENSIONES: el juego de la condición implícita para aplicar dicha doctrina y el efecto extintivo respecto de la obligación de cumplir la prestación. La circunstancia de mejorar de fortuna como modificativa de la prestación alimenticia: su aplicabilidad al caso y el juego de la doctrina de los "propios actos". LA SEPARACION DE HECHO Y LA REPRESENTACION DE LA HERENCIA DEL MARIDO: BARROSO C. SANCHIS. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1969.)

**Doctrina de la sentencia:** La conexión de las distintas cláusulas de un contrato constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance, lo que

pone de relieve que la pensión constituida en el contrato es una obligada contraprestación del hijo para con los padres, a modo de pensión o renta vitalicia por la adquisición de la fábrica. Inserta dicha cláusula en un contrato de compraventa, el carácter oneroso del mismo excluye en principio toda idea de gratuidad de ninguna de sus estipulaciones, onerosidad que se refleja en el conjunto del contenido contractual. Lo que resulta claramente del conjunto del clausulado contractual, puesto en armónica relación, es la pactada continuidad en el percibo de la pensión o renta convenida... Tratándose de un contrato oneroso, con una estipulación de carácter aleatorio—al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los dos beneficiarios—, el que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de la renta o pensión, es intrascendente a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula *'rebus sic stantibus'*.

*Antecedentes:* A las evidentes dificultades que se presentan a la hora de resumir los antecedentes de cualquier litigio se añaden en ciertos casos—cual el que paso a comentar—las derivadas de unas complejas relaciones paterno-filiales, cuyo probable origen sería quizá diagnosticado mejor por un psicólogo que por un jurista, más que nada dados los vaivenes de atracción-repulsión acaecidos a los protagonistas de este drama familiar. Todo ello hace que me parezca ineludible un mayor detalle en la exposición de los antecedentes del caso, entresacados de los distintos escritos producidos en el pleito, y cuyos *análisis, ordenación sistemática y valoración* me son especialmente imputables. Esta exposición de los hechos es como sigue:

A) *Circunstancias familiares "antelitigiosas" de ambas partes:* 1. La actora demandaba al hijo mayor habido de su matrimonio, cuyo nivel social y posición económica era relevante para la mujer y demandante: mientras que su hijo aduce que el matrimonio era un nido de discordias en cuanto no eran satisfechos los caprichos de la esposa, su madre, que dominaba totalmente al marido, haciéndole vivir en un nivel superior al normal. 2. A lo largo del matrimonio y durante el mismo el marido había *creado* una industria de hilaturas y manufacturados de algodón, en cuya valoración cualitativa diferían las partes: para la actora, era de notable importancia y determinativa de la posición de la familia; para el hijo demandado, era una industria modesta, incapaz de resistir la competencia de las empresas poderosas. 3. En cuanto a las actividades laborales del hijo en la industria y su futuro, entendían: la madre, que el padre «lo encauzó, asociándole a sus actividades» y que le eran permitidos toda clase de lujos y diversiones; el hijo afirmaba haber ingresado en la fábrica a los once años, sin poder estudiar una carrera, y que pedía permiso al padre para todas sus compras, recibiendo de su madre a la menor falta «malos tratos». 4. En 1947 el hijo mayor (el demandado) había marchado a Marruecos: según la madre, «atraído por el señuelo de pingües negocios»—*sic*—, y según el hijo, por orden del padre y como *representante* de la industria y por razones comerciales de expansión del negocio. 5. Durante la estancia del hijo en Marruecos éste contrajo matrimonio: la madre (no nos constan las fechas) le dirigió una serie de cartas según él ofensivas. 6. En el año 1948 regresa el hijo a la Península y comienzan a manifestarse los síntomas de las desavenencias familiares; reingresa en la fábrica como contable, pero se le quitan las llaves

de la fábrica que siempre tuvo; la industria va yendo a menos cada día, según el demandado, dado el costoso tren de vida de su madre. 7. A primeros de 1955 el padre sufre una grave crisis nerviosa: bien fuera por el exceso de trabajo (tesis de la madre), bien por el hecho de haber averiguado que en el mercado se vendían hilos de su marca a precio inferior al coste, «sustraídos por la madre de la fábrica con ayuda de alguna empleada» (tesis del hijo). 8. Con tal motivo el hijo se puso al frente del negocio durante casi medio año, teniendo al final de dicho periodo una gran discusión con su padre, que le echó de la fábrica sin pagarle el último sueldo devengado (según la madre, dadas las irregularidades observadas en su gestión, lo que el hijo negaba). 9. A consecuencia de la discusión, de nuevo marchó el hijo a Marruecos y durante su ausencia parece que el negocio cayó en vertical, siendo de nuevo llamado con urgencia: según la madre, por ella misma «para salvaguardar los intereses familiares», y según el hijo, por el propio padre. 10. Al regreso del hijo en 1956, dada la gravísima situación económica de la industria se trata de encontrarle un remedio: según la actora, para así aprovecharse el hijo en beneficio propio, y según el hijo para resolver la situación ya que el padre le dijo estar prácticamente arruinado, con un pasivo exigible de unos dos millones de pesetas. Las posibles soluciones intentadas eran las siguientes: una, propuesta por el padre, de hacer entrar al hijo «en la Sociedad»—*sic*—(rehusado por el hijo, en tanto subsistieren las dos circunstancias de sustracción de géneros por la madre y de dominio de ella sobre el padre); otra, propuesta por los dos hermanos políticos del demandado, de vender el negocio (con la oposición del padre, dado que no habría comprador); y otra, propuesta por el hijo demandado, que fue la que prosperó, consistente en comprar la industria por un valor fijado de mutuo acuerdo y haciéndose cargo del pasivo para pagarlo a plazos, más la autorización al padre vendedor para tener acceso a la fábrica en todo momento. Esta última solución es la que dio lugar al convenio entre padre e hijo, pero no queda claro de los hechos si ello fue casi coetáneo (tesis del hijo) o si el convenio fue posterior a modo de transacción (tesis de la madre).

B) *Contrato de 25 de febrero de 1956 de transmisión de la industria al hijo.* Intervénian en el mismo: de una parte, el padre (marido de la actora, recuérdese) con el consentimiento y conformidad de la esposa también firmante, y de otra parte, el hijo. La transmisión era de la industria *total*, o sea, con sus activo y pasivo. El precio señalado en el contrato era de 250.000 pesetas (según tesis de la actora, irrisorio, dado que el *valor* real de la industria era de dos o tres millones de pesetas), a pagar en mensualidades a razón de 6.500 pesetas. Algunos meses más tarde, dicho documento fue protocolizado notarialmente mediante *acta—sic—*. No conocemos el detalle de dicho documento, del que se nos dan algunas cláusulas tan solo; precisamente una de ellas, la *sexta*, es la clave del litigio. Veamos estas cláusulas:

a) *Cláusula sexta:* «Una vez que el hijo comprador haya satisfecho la totalidad del precio convenido, continuará satisfaciendo a sus padres, por mitad a cada uno de ellos, la misma suma mensual de 6.500 pesetas como pensión, que aumentará en la cuantía posible en cuanto lo permitan las circunstancias del negocio, siendo ésta una condición que el hijo fija llevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres».

b) *Cláusula quinta:* «En el caso de que el hijo no atienda debidamente el negocio, éste revertirá a sus padres, perdiendo el hijo todas las cantidades que haya entregado en concepto de pago».

c) *Cláusula séptima*: «En el caso de que el hijo premuera a sus padres, revertirá a éstos la mitad del negocio, siempre que esta mitad quepa dentro del tercio de libre disposición de sus bienes».

d) *Cláusula octava*: «Si el padre o la madre fallecieran, el sobreviviente percibirá íntegramente la renta o pensión mensual pactada».

e) *Cláusula novena*: «En el caso de que el hijo venda el negocio a terceros, los padres tendrán un derecho de tanteo y opción de compra, en iguales condiciones que para un tercero, pero estándose a lo previsto para el caso de fallecimiento».

f) *Cláusula décima*: «El hijo se obliga, sin limitación alguna en cuanto al tiempo, a sufragar todos los gastos extraordinarios que ocasione una enfermedad de su padre o su madre que exigiera su internamiento en clínicas o sanatorios, independientemente de la pensión a devengar...».

g) *Cláusula undécima*: «Las partes, en previsión de las fluctuaciones posibles del valor de la moneda y también del rendimiento del negocio, se obligan a pasar por lo que resuelvan terceras personas en la fijación de una suma mayor de la hoy estipulada».

h) *Cláusula segunda*: «El vendedor se obliga a avalar las operaciones mercantiles pendientes de la industria...».

C) *Cumplimiento por ambas partes de las obligaciones derivadas del contrato*.—Respecto de la estipulación *segunda*, el hijo (aunque sin hacer de ello defensa especial) alegaba que su padre no quiso cumplir su obligación de avalarle las operaciones mercantiles pendientes.

En cuanto a la cláusula *décima*, producido el evento de una intervención quirúrgica del padre, parece que el hijo no quiso abonar la factura de la clínica que «con atenta carta, con acuse de recibo» le remitió la madre: esta negativa constituía, para la madre, prueba evidente de su voluntad de incumplir el contrato; para el hijo, su obligación en tal caso estaba *supeditada* a «que se atendieran en primer lugar las obligaciones de la industria contraídas ante terceros» (1), cuyas obligaciones subsistían todavía, y además estaba el hecho de que, al haber mejorado de fortuna su padre y su madre, no necesitaban dicha suma, y de que conocían ambos que el *pasivo* de la fábrica no se había liquidado.

En cuanto al *pago del precio*, el hijo cumplió exactamente, abonándolo por mensualidades hasta marzo de 1959: al parecer, ya en 1957 el hijo tuvo que consignar en el Juzgado algunas mensualidades de su madre.

En cuanto al *pago de las pensiones*, conforme a lo estipulado en la cláusula *sexta*, el hijo las fue abonando a sus padres hasta el mes de febrero de 1965. Al parecer, continuando subsistente el pasivo de la industria y habiendo mejorado considerablemente ambos padres de posición económica (ya en 1957 la madre heredó de su madre, y el padre obtuvo una representación comercial que le permitía pasar 21.000 pesetas a su mujer cada mes), el hijo pretendió que se le liberase de la obligación de pagar las pensiones. En el carácter de tal prestación divergen las tesis de los litigantes: para la madre actora, se trataba de una prestación onerosa, como contraprestación por la transmisión de la indus-

(1) Tomada la redacción de esta cláusula del considerando 2.º, no aparece en él esta subordinación denunciada por el hijo, quizá existente si la redacción dada en la sentencia es extractada y no literal.

tria; para el hijo demandado, era una prestación a título gratuito, mera liberalidad suya *además* de pagar el precio.

D) *Circunstancias familiares "prelitigiosas".*—1. En el año 1957, mejorada ya la posición de los padres, éstos compraron un piso en Madrid, a donde se trasladaron a vivir; este piso fue vendido por la esposa en 1965, usando de los Poderes de su marido, con lo que abandonó el domicilio conyugal y al esposo, quien tuvo que ir a vivir a una pensión. 2. El padre se dirigió a su hijo, quien le acogió en su domicilio. 3. El padre revocó los Poderes otorgados a favor de su esposa, la cual a su vez hizo otro tanto con los otorgados por ella al marido. 4. Ya conviviendo con el hijo, e insistiendo éste en la pretensión de liberarle del pago de las pensiones dimanantes del contrato de 1956, convence al padre y llegan a un nuevo *convenio*. 5. Requerimiento de la madre al hijo para el pago de las pensiones de febrero y marzo de 1965, rechazado por el hijo.

E) *Contrato de 26 de marzo de 1965 de renuncia unilateral a las pensiones por parte del padre.*—Intervenían en tal contrato: el padre y el hijo. El padre liberaba al hijo del pago de las pensiones dimanantes del contrato de 1956 y de todas las obligaciones del contrato. Al parecer (no hay más datos que la alegación hecha por la actora) hubo *otro contrato* entre los mismos otorgantes *del mismo día*, en el que la pensión que se declaraba extinguida volvía a nacer sólo en beneficio del padre.

F) *Separación de hecho de los cónyuges.*—En julio siguiente la esposa (aquí actora) interpuso demanda de separación contra su esposo y solicitó las pertinentes medidas provisionales: según ella, para salvar en lo posible sus derechos—*sic*—, y según el hijo, por el estado de enfermedad del marido y para no tener que cuidarle. Así las cosas, se agravó el padre sufriendo una trombosis y falleciendo poco después en el mismo domicilio del demandado—donde pudo visitarle la esposa varias veces—.

G) *La representación de la herencia del padre.*—1. La viuda había sido designada *albacea* única y pretendió dirigir lo relativo al entierro de su difunto esposo en el panteón familiar, lo que finalmente consiguió, frente a la oposición del hijo que entendía era natural se encargase él de lo relativo al entierro dada la demanda de la madre de separación conyugal. 2. La viuda accionaba por sí y para sí, reclamando las pensiones vencidas constante matrimonio (como ahora veremos): ello era negado por el hijo al entender que no podía reclamarlas por no actuar en representación de la herencia del marido y que dicha acción sólo le asistiría si las pensiones fueren debidas al adjudicatario del crédito correspondiente en la oportuna partición hereditaria.

*Demanda:* La actora, aunque entendía debían ser llamados en principio como demandados todos los hijos del matrimonio, herederos del marido, ó sea, el hijo y sus dos hermanas, excluyó a una de ellas que se allanó en el acto de conciliación. Sin embargo, la otra hermana había renunciado en forma a la herencia de su padre. En consecuencia, tan sólo el hijo demandado fue parte en el pleito y se opuso a la demanda. El *petitum* de la demanda era como sigue: que se dicte sentencia por la que se declarase la validez y subsistencia de las obligaciones de pago de pensión asumidas por el demandado frente a sus padres en las cláusulas *sexta* y *octava* del contrato de 25 de febrero de 1956, la

ineficacia de cuanto perjudicase al derecho de la actora a percibir tal pensión, especialmente los actos o convenios por los que el padre—*sin intervención* de la actora—renunció o dejó sin efecto dicha pensión, y que, en consecuencia, se condenase al demandado a abonar a la actora: a) la cantidad de 29.250 pesetas, importe de la mitad a ella correspondiente de las pensiones de los meses de febrero a octubre, ambos inclusive, de 1965, a razón de 3.250 pesetas mensuales; b) la cantidad de 6.500 pesetas mensuales en concepto de pensión vitalicia a partir del mes de noviembre de dicho año en adelante; y c) los intereses legales de las pensiones vencidas, computados a partir de la fecha de la interposición de la demanda, y las de los posteriores, a partir de sus respectivos vencimientos mensuales, y, por último, al pago de las costas causadas en el presente pleito; que se condenase a la codemandada doña I. a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos.

*Contestación a la demanda:* El hijo demandado contestó y se opuso, con las siguientes excepciones: A) Ser distintas las peticiones articuladas en la demanda de lo solicitado en el acto de conciliación celebrado contra el demandado; B) Falta de personalidad de la actora, en cuanto a la reclamación de 29.250 pesetas reclamadas, ya que, aunque dicha suma fuera debida, no puede reclamarla la actora, sino la herencia del finado o el adjudicatario del crédito; C) Falta de acción de la demandante, en cuanto a la reclamación de la pensión alimenticia, ya que el marido, como administrador de la sociedad conyugal, y actuando por sí y como representante legal de su esposa, renunció a tal pensión, por no necesitarla la sociedad conyugal; D) Falta de acción de la actora para exigir la prestación de alimentos, por tener bienes propios más que suficientes para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Finalizaba con el siguiente *petitum*: que se dictase sentencia en su día por la que se le absolviera de la demanda, en virtud de las excepciones alegadas; y en el caso de que la demanda prosperara, total o parcialmente, se declarase que la actora carecía de derecho a alimentos por haber mejorado de fortuna, no siéndole necesaria para su subsistencia la pensión alimenticia que su esposo pactó en el contrato de 25 de febrero de 1956, y, en consecuencia, se le liberase de su pago desde febrero de 1965, o en otro caso, desde la fecha de esta petición.

*Sentencia del juzgado de Primera Instancia:* El Juez, rechazando la oposición formulada por el demandado, dio lugar a la demanda en todas sus partes, declarando todo lo solicitado por la actora y condenando al demandado a lo también solicitado en el *petitum* de la demanda.

*Sentencia de la audiencia:* El recurso de apelación del demandado lo resuelve la audiencia por sentencia en la que: revocando la sentencia del Juzgado, desestima la demanda y absuelve de ella al demandado; y, dando lugar en parte a la *reconvención* formulada por el demandado, declaró *sin efecto* las cláusulas sexta y séptima del contrato de 25 de febrero de 1956, y en su consecuencia declaró liberado al demandado de satisfacer la pensión mensual en tales cláusulas estipuladas a partir del mes de diciembre de 1966, *debiendo abonar* por tanto las cantidades atrasadas que importaban por un lado 29.250 pesetas (por la mitad en vida del esposo) y la de 84.500 pesetas (por, entero) o sea, un total de 113.750 pesetas.

Contra esta sentencia ambos litigantes interpusieron sendos recursos de casación por infracción de ley. El recurso de la actora se basa en los siguientes *móttos*:

1. Por infracción de la doctrina legal que consagra el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos» (SS. de 6-4 y 29 mayo 1954, 2 marzo 1935, 19 junio 1933 y 4 febrero 1925): porque la adquisición por la recurrente de los bienes contemplados por la sentencia recurrida no se produjo en marzo de 1965, sino en octubre de 1957, continuando, sin embargo, el demandado pagando al matrimonio las pensiones hasta febrero de 1965. Todo lo cual evidencia que durante siete años el demandado estimó que estaba obligado a pagar a sus padres la pensión con ellos pactada en 1956, con lo que se está ante una serie de «actos propios» reiterados del demandado, contrarios a la pretensión reconvenicional y que la enervan, por lo que se infringe la doctrina legal citada.

2º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.253 del Código civil, en relación con la doctrina legal establecida en la sentencias de 25 y 23 julio y 7-5 y 29 marzo 1958, y 23 y 6 diciembre 1957, llevando a entender aplicable por analogía el número 3 del artículo 152 del Código civil: puesto que, si bien la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal Sentenciador, procede la casación cuando se impugna la realidad y existencia del hecho base o cuando la deducción no se ajuste a las reglas del criterio humano, resultando absurda, ilógica e inverosímil; así, la sentencia deduce la buena posición económica de la recurrente de la renuncia del esposo a la pensión, cuando frente a esta presunción es otra la realidad de los hechos y así lo reconoce uno de sus considerandos al decir que «el objeto de la renuncia fue la finalidad de privar a la esposa del percibo de la pensión»; por otro lado, el padre renuncia a la pensión, pero en otro documento ésta renace sólo a su favor, lo que demuestra la presunción contraria a la sentada en la sentencia.

3. Infracción, por violación y errónea interpretación, del artículo 152-3.º, en relación con los 142 y 143 del Código civil, al calificar la sentencia la obligación del demandado como una obligación *cuasi-alimentaria*: sin embargo, la extensión de la obligación alimentaria ha de comprender la cuantía adecuada a la posición social de la familia, y existen pruebas de la vida de lujo del hijo; además, la sentencia no contiene pronunciamiento alguno respecto a la situación económica del hijo, elemento de comparación indispensable para hacer jugar al número 3.º del artículo 152.

4. Infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal (SS. de 5 junio 1945, 13 junio 1944, 17 mayo 1941 y 14 diciembre 1940) sobre el juego de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando se trata de pensión alimenticia o de donación de renta vitalicia: pues es evidente que dicha doctrina, que habla de la base del negocio, la nivelación o equilibrio de las recíprocas prestaciones, etcétera, sólo afecta a relaciones jurídicas donde juegan prestaciones o contraprestaciones, no pudiendo invocarse cuando el título es de liberalidad o alimentario, cuyas relaciones tienen sus normas específicas (arts. 142 y sigs. Código civil), como también las tienen las donaciones (644 y sigs.). Con ello resulta deformada e infringida la doctrina legal citada, inaplicable a la tesis de la sentencia recurrida.

5. Infracción, por inaplicación, de los artículos 1.281-2.º, 1.282 y 1.285 del Código civil, no tenidos en cuenta por la sentencia recurrida al interpretar el contrato de 1956 en forma errónea, especialmente las cláusulas quinta, sexta y séptima: porque una cosa es el alcance jurídico de las cláusulas y otra cosa es lo que ellas mismas suponen como elemento de interpretación del contrato.



por otro lado, existen cartas y documentos del padre, coetáneos y posteriores a tal contrato, acompañados a la demanda, que evidencian que el matrimonio fue víctima de un atropello patrimonial por parte del demandado y que el contrato de 1956 fue un mal menor, una transacción y que no había liberalidad en la obligación de pagar la pensión fijada en la cláusula *sexta*. Esta cláusula ha sido interpretada erróneamente, ya que la *única* liberalidad del demandado es acceder a una revisión de la pensión y no a otra cosa. En resumen, el contrato *no* articula ninguna liberalidad, sino una relación obligacional recíproca: los padres se comprometían a entregar la fábrica y el hijo se comprometió a una serie de prestaciones sucesivas, tratándose, pues de una renta vitalicia pactada y con el alcance que el contrato tiene.

6. Infracción de la doctrina legal sobre el juego de la cláusula *rebus sic stantibus* consagrada por numerosas sentencias (citadas en motivo 4.º): porque en este caso de renta vitalicia pactada *no se dan* los requisitos fijados por la Jurisprudencia para que pueda hablarse de la aplicación de tal cláusula (alteración de dimensiones excepcionales de las bases del negocio, imprevisibilidad de la alteración, imposibilidad absoluta para el obligado de cumplir su prestación o excesiva onerosidad), y la misma Jurisprudencia insiste en la gran cautela con que dicha cláusula ha de aplicarse. Observa que entre 1956 y 1965 no hubo una alteración singular de las circunstancias que pueda ser invocada por el demandado, y sí, al contrario, una progresiva devaluación de la moneda y la no revisión de la pensión, con lo que ésta ha devenido muy inferior en su valor real que tenía en 1956; que no ha habido ningún evento imprevisible; que no está probado, ni se puede probar, que el pago de la pensión pactada sea imposible o excesivamente onerosa para el demandado. Toda la argumentación real del demandado está en función de su errónea tesis de que se trata de una obligación suya de carácter alimentario: ello se rechaza por la sentencia recurrida, y por ello es totalmente improcedente invocar el juego de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto si se considera la pensión como lo hace la sentencia, como si se parte de que se trata de una pensión pactada como parte de la *contraprestación* correspondiente a la venta de la fábrica.

*El recurso* de casación del demandado se fundamenta en los siguientes *motivos*:

1. Infracción, por violación, del artículo 359 LEC.: pues la Jurisprudencia ha dicho que tal precepto es de orden *sustancial* y no meramente adjetivo, existiendo *incongruencia* entre las peticiones de las partes y lo decidido de la sentencia, al postular el recurrente en su *contestación* a la demanda que únicamente se acogiese su petición subsidiaria (excepción o reconvencción) *en el caso* de prosperar, en todo o en parte, la demanda; y no habiendo prosperado ésta por la vía de la absolución total, quebrantando la norma sobre jurisdicción rogada se ha infringido el principio de congruencia entre sentencia y pretensiones deducidas por las partes. Por lo cual la parte dispositiva de la sentencia recurrida, después de absolver de la demanda *no pudo* acoger una petición de *reconvencción*, instada tan sólo para el caso de una estimación total o parcial de la demanda.

2. Basado en el artículo 1.692-4.º, y formulado *ad cautelam* para el caso de no ser admitido el motivo precedente: por cuanto que decidiendo la sentencia la absolución de la demanda en el segundo pronunciamiento (estimación parcial

de la reconvencción), condena a *parte* de los pedimentos establecidos en la demanda. Si de un lado absuelve y de otro condena al pago de cantidades a la actora, es evidente que contiene la sentencia disposiciones contradictorias, siendo sus términos antagónicos.

3. Infracción del artículo 153, en relación con el 152-3.º C. c., que viola por inaplicación de tales preceptos: pues a la vista de dichos preceptos, de la no existencia de pacto en contrario a lo previsto en el artículo 153 y de la circunstancia de haber mejorado de fortuna su madre alimentista, todo ello hacía exigible la aplicación de dichos preceptos y, por tanto, la declaración terminante *liberatoria*, sin condenar al pago de pensiones atrasadas por todo lo cual es más propiamente aplicable la tesis de la exoneración a través de tal cauce legal que no por el de la cláusula *rebus sic stantibus* (que tan sólo si fuera viable la atracción operada por el artículo 153 citado podría ser utilizada).

4. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.413-3.º C. c., al no haber contravención al Código ni fraude a la Ley en la renuncia a la pensión por parte del esposo. Motivo *ad cautelam* y subsidiariamente respecto a los anteriores. La sentencia, admitiendo en principio la posibilidad de existencia por fraude a que tal artículo se refiere—y para el supuesto de que la pensión participe del carácter de bien *ganancial*—, examina dicha renuncia: pero los requisitos precisos para la existencia de fraude (perjuicio y *constitum fraudis*) no se han producido en este caso, por lo que tampoco cabe estimar la existencia del fraude.

5. Infracción de los artículos 59, 60, 1.412 y 1.413-1.º C. c., por inaplicación de los mismos: pues es evidente e indiscutible el derecho del marido a *pactar a favor* de ambos cónyuges una pensión alimenticia cuando el matrimonio la precisa y para *dejarla sin efectos* cuando considera que han desaparecido las causas de penuria o necesidades económicas que motivaron aquel pacto. La sentencia recurrida plantea la posible calificación como *ganancial* de la pensión objeto de autos (bajo el supuesto establecido por la actora de que aquélla fuera *consecuencia* de la cesión de industria) y no de un acto de liberalidad de carácter alimentario (tesis de la sentencia): y para un tal supuesto, descartada la existencia del fraude, cobrarían plena vigencia y aplicación los artículos cuya infracción se denuncia, y no precisando el marido autorización de la mujer para la enajenación o renuncia de los bienes gananciales que *no sean* inmuebles o establecimientos mercantiles, pudo muy bien en tal caso renunciar a la pensión alimenticia pactada.

6. Infracción del artículo 1.114 y concordantes C. c. y de la doctrina legal contenida en numerosas sentencias (24-X-1941, 28-I-1943, y 9-4-1947...), por inaplicación de los mismos: porque, en tanto que admitida la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, condición *implicita* para liberar del pago de la pensión alimenticia cuestionada, la sentencia dispone, no obstante, se condene al pago de «pensiones atrasadas» hasta el momento de contestar la demanda. Lo procedente, dentro de dicha tesis, sería más bien declarar sin efecto la obligación desde que la condición *implicita* quedó realizada (por venir a mejor fortuna el matrimonio y, singularmente, la propia actora al heredar): reconocido este hecho descartado el aplicar el artículo 152-3.º C. c. como inadecuado por tratarse de una pensión *paccionada* y no legal, sin embargo acude como remedio a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, y libera al recurrente de la obligación del pago de la pensión, pero *desde* la fecha de la contestación a la demanda:

pero declarándole obligado al pago de las pensiones devengadas *antes de dicha* fecha. La cláusula referida la admite la Jurisprudencia con asiento inicial en el artículo 1.258 C. c., a modo de una condición o cláusula *tácita*, inherente al propio negocio jurídico, por lo que parece improcedente el condenar a pagar pensiones devengadas *después* del acaecimiento de la condición, frente a lo establecido en los artículos 1.114 y 1.123 del C. c., En la petición subsidiaria del escrito de *contestación* a la demanda, interesaba el recurrente—para el caso de estimarse la demanda en todo o en parte—, que se declarase, «que la actora *carece* de derecho de alimentos por haber mejorado de fortuna, y en consecuencia, se le liberase del pago de las pensiones desde febrero de 1965», cuya fecha es *muy posterior* a aquélla en que se produjo tal acontecimiento en el patrimonio de la actora: por lo que, estimada tal circunstancia, la sentencia debía haber sido absolutoria.

*El Tribunal Supremo* acoge ambos recursos, fundándose en la doctrina siguiente: .

Visto siendo Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y De La Puerta...

Considerando: En cuanto al recurso interpuesto en representación de doña A. B. J. que *la sentencia recurrida declara que la renuncia del finado marido de la actora y padre del demandado a la pensión establecida para él y para su esposa, en la cláusula sexta del contrato de 25 de febrero de 1956, es ineficaz en razón a que tal renuncia la llevó a cabo sin mandato de su mujer y en fraude de ésta, y, ello, no obstante, desestima la demanda, aplicando al efecto la cláusula «rebus sic stantibus», con base, en que los términos de aquella estipulación evidencian el animus donandi, la concesión gratuita, el espíritu de liberalidad, y que la actora beneficiaria, merced a un caudal adquirido por herencia de su madre, goza de buena posición económica, que hace innecesario el auxilio monetario que se convino, para la cual Interpretación se atiene exclusivamente la Sala de instancia a los indiscutidos términos en que se ha producido la cláusula en cuestión, que son del siguiente tenor literal (2).*

Considerando: Que, en efecto, *el sentido gramatical de su texto sugiere dudas en orden a si la condición que fija el hijo allevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres, se refiere a la propia constitución de la pensión o sólo al aumento de su cuantía, aunque más bien parece referirse a esto último; y para desvanecer tales dudas ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código civil, con arreglo al cual la conexión de las distintas cláusulas de un contrato constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance, precepto cuya aplicación en este caso pone de relieve la evidente equivocación en que incurre el Tribunal sentenciador al interpretar la citada cláusula en el sentido de atribuir a la pensión que en ella se establece el carácter de pura liberalidad, de concesión gratuita del hijo para con sus padres, y no, por el contrario, el de una obligada contraprestación de aquél para con éstos, a modo de pensión o renta vitalicia, por la adquisición de la fábrica, como indudablemente es lo procedente, en atención a que: estando inserta dicha cláusula en un contrato de compraventa, el carácter oneroso del mismo excluye en principio toda idea de gratuidad de ninguna de sus estipulaciones, que tal onerosidad se refleja en el conjunto del contenido contractual, que en las*

(2) Véase antecedentes B), a).

cláusulas quinta, séptima, novena, décima y undécima prevén, respectivamente, los supuestos de que (3). . es decir, que, *en definitiva, lo que resulta claramente del conjunto del clausulado contractual, puesto en armónica relación, es la pactada continuidad en el percibo de la renta o pensión convenida como obligada contraprestación del hijo por la adquisición de la fábrica, con independencia y abstracción hecha de cualquier otra circunstancia que no sea el fallecimiento de los beneficiarios.*

Considerando: Que, *por lo expuesto, procede acoger el motivo quinto del recurso* que, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.281. párrafo 2.º, 1.282 y 1.285 del Código sustantivo, *pronunciamiento que acarrea la estimación de: motivo sexto y último, articulado por igual cauce procesal, pues tratándose de un contrato oneroso, cual lo es el de compraventa y, a mayor abundamiento, conteniendo la referenciada cláusula una estipulación de carácter aleatorio, al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los dos beneficiarios, es llano que la circunstancia de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de dicha renta o pensión, es intrascendente a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las reciprocas prestaciones, y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito, éste último, sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula "rebus sic stantibus", conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sin que, por otra parte, exista vicio en su formulación, pues al decirse en él que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pueda hablarse de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, claramente se está denunciando su aplicación indebida, estimación, la de los motivos examinados, que hace innecesario el estudio de los restantes.*

Considerando: En cuanto al recurso interpuesto en representación de R. S. B., que *en el primer motivo, amparado en el número 2.º del citado artículo 1.692, con invocación del 359 de la propia Ley procesal, se acusa a la sentencia recurrida de haber incidido en incongruencia al acoger una petición—reconvencción—instada tan sólo para el caso de estimación total o parcial de la demanda, motivo que debe ser aceptado* porque, en efecto, en el suplico del escrito de contestación se pidió por el demandado... (4), *es decir, que se formula por el demandado una petición principal, la de absolución de la demanda, y otra de carácter subsidiario, sólo para el caso de que aquélla fuera estimada total o parcialmente, y la resolución impugnada desestima la demanda, de la que absuelve al demandado, no obstante lo cual da lugar en parte a lo que califica de "reconvencción", resultando con ello ser en definitiva condenado el demandado a parte de lo que se le pedía en la propia demanda, de la que era absuelto, estimación, la del expresado motivo, que hace improcedente el estudio de los restantes, sin que en esta fase del recurso quepa enjuiciar el fondo de la cuestión planteada por vía que se dice reconvenccional, lo que habrá de hacerse en la segunda sentencia.*

Considerando: Que acogidos ambos recursos, no procede hacer especial declaración respecto a las costas de ninguno de ellos.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos, *haber lugar a los dos recursos casación por infracción de ley* interpuestos.

(3) Véase en antecedente B).

(4) Véase en antecedentes.

## — Segunda sentencia:

Por los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia de casación que antecede y

Considerando: Además, los razonamientos que se contienen en la sentencia de primer grado, los que se aceptan en su totalidad, *por todo lo cual se está en el caso de acceder a la demanda* formulada por doña A. B. I., *con lo que resulta desestimada la petición que, con carácter subsidiario, ha sido deducida, por el demandado don R. S. B., no siendo en su consecuencia preciso hacer declaración expresa sobre esa petición en la sentencia, como así lo ha entendido acertadamente el Juez «a quo», cuya resolución, por tanto, se ha de confirmar íntegramente sin que proceda hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta segunda instancia.*

Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, la sentencia dictada en estos autos por el *Juez de Primera Instancia*.

*LITIS EXPENSAS. Los requisitos exigidos para su procedencia. Cuestiones acerca de la pertenencia de bienes a la esposa y de la existencia de bienes gananciales:* DE LARA C ARTAL. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1969.)

*Doctrina de la sentencia.* Al no atacarse la apreciación de la Sala sentenciadora (que la esposa no es dueña, sino locataria, del piso), queda incólume esta calificación jurídica. No aparece probado que la mitad de los ingresos percibidos por el marido sean insuficientes para satisfacer el importe—tampoco muy cuantioso—de las *litis expensas* concedidas.

*Antecedentes:* 1. Ambos litigantes habían contraído matrimonio canónico y tras un período de tiempo (no aparece de la exposición de hechos) se produjo la separación conyugal, instada (no tenemos datos) ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico, cuya tramitación originó los consabidos gastos. 2. Posteriormente se iniciaron las diligencias de medidas provisionales de la mujer casada, *aunque no solicitadas en su totalidad las prevenidas en el artículo 1.886 y siguientes LEC*, dada la existencia de un *convenio* privado entre las partes (del que no sabemos nada más). 3. El *auto* resolutorio de tales diligencias, fechado el 24 de febrero de 1968, desestimaba la petición de la esposa de que el Juez acordase que el marido abonara a la mujer en concepto de *litis expensas* la cantidad de 35.000 pesetas, basándose la decisión del juzgador en que la esposa tenía bienes propios (propietaria de una vivienda en la que tenía su domicilio), en que las partes convinieron en que el «auxilio económico» sería «la mitad del sueldo y demás emolumentos» percibidos por el marido y en que la esposa no había solicitado todas las medidas provisionales prescritas en el artículo 1.886 y siguientes LEC.

La esposa, en su escrito de oposición al referido auto, argumentaba: 1.º Que la vivienda era de Protección Oficial, cedida a ella por el Instituto Nacional de la Vivienda en arrendamiento y amortización en el plazo de treinta años, por lo que hasta no haber transcurrido dicho tiempo no estaría perfeccionado el contrato de venta ni se otorgaría la escritura; 2.º Que su esposo no entregaba la mitad de lo que ganaba y no había declarado sus ingresos reales, siendo la

cantidad mensual que recibía la esposa insuficiente para hacer frente al propio mantenimiento y al de los hijos, además de la suma abonada al Tribunal Eclesiástico por costas judiciales que tuvo que pedir prestada; 3.º Que el no haber solicitado todas las medidas del 1.886 LEC no era motivo suficiente para la denegación de las *litis expensas*, ya que éstas sí se solicitaron y además la Ley no exige que se pidan todas añadiendo que la cantidad señalada como «auxilio económico» lo era solamente para la subsistencia de la esposa y de los hijos a ella confiados, por lo que no existía la imprecisión denunciada por el auto, ni tampoco podía imputarse tal auxilio a *litis expensas* o gastos judiciales ya que ello excede del concepto de subsistencia. Finalizaba con la súplica de que se tuviera por formulada oposición al Auto citado y se dictara resolución por la que se condenase al demandado a abonar a la actora en concepto de *litis expensas* la cantidad de 35 000 pesetas, en que se estimaban los gastos judiciales habidos, sin perjuicio de ulterior liquidación si procedía.

El demandado contestó la demanda incidental y alegaba: 1.º Que los bienes matrimoniales afectos a sobrellevar las cargas económicas del matrimonio—en principio y dentro de determinados requisitos—habían de atender a los gastos judiciales, lo que naturalmente no quería decir que recayeran sobre un cónyuge los gastos judiciales ocasionados por el otro, sino sobre la sociedad de gananciales conforme al artículo 1.408 del Código civil; 2.º Que al consagrar el legislador modernamente las *litis expensas*, proclamó que no se trata de un derecho automático o absoluto, ya que el artículo 68-6.º del Código civil prevé su abono si *procede* y en forma similar el artículo 1.890 LEC, y que debe tenerse en cuenta que esta obligación del marido es de interpretación siempre *restrictiva* y se limita a supuestos en que la mujer carezca de bienes propios, circunstancia ésta que la mujer debe probar, cuando lo cierto es que ha probado ser beneficiaria de un piso en régimen de acceso a la propiedad; 3.º Que en orden al problema de que los recursos de la sociedad de gananciales fueren insuficientes, era un problema económico y no grave que no implicara indefensión, y el mismo Código establece el beneficio de pobreza legal de no haber suficientes recursos, por lo que siendo su sueldo el único bien de la sociedad de gananciales ello permitía solicitar dicha pobreza legal. Terminaba con la súplica de que se dictase resolución confirmatoria del Auto recurrido.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda incidental y absolvió al demandado de la misma.

La Audiencia, revocando la sentencia apelada, fijó en concepto de *litis expensas* la cantidad de 27.250 pesetas a abonar a la esposa, sin perjuicio de ulterior liquidación y ampliación si procediere.

El esposo demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los siguientes motivos:

1.º Infracción, por violación, del artículo 68-6.º del Código civil y del 1.890-2.º LEC, que disponen que sólo deberá acordarse el abono de *litis expensas* cuando sea procedente; argumenta que la Reforma del Código civil de 1958 adolece del defecto de no señalar cuándo procede y cuándo no el beneficio de *litis expensas*, por lo cual—al igual que ocurre con los casos denominados de «leyes en blanco» o «comunicaciones supuestas» del orden penal—es preciso completar el precepto legal, insuficiente, con la doctrina jurisprudencial ya preexistentes (SS. de 19 de septiembre de 1890, 29 de noviembre de 1866 y 6 de abril de 1878), que establece que sólo procede el beneficio de *litis expensas* cuando se dan las circunstancias y requisitos siguientes: uno, que la esposa carezca

de bienes propios (cita numerosas sentencias), y otro, que existan bienes sobre los que hacer efectiva la obligación; y frente a ello la propia Sala reconoce que la esposa es titular del dominio de una finca urbana, lo que evidencia que no carece de bienes, y además el recurrente sólo dispone de su sueldo, cuya mitad cede a la esposa a título de alimentos, por lo que no hay bienes sobre los que hacer efectiva la obligación de *litis expensas*.

2.º Violación de la doctrina legal proclamada en numerosas Sentencias (26-I-1897, 9-X-1907, 9-III-1914, 24-V-1915, 11-XII-1916, 10-I-1925, 15-VI-1926, 9-XII-1927, 8-III-1933, 22-X-1951, 25-IX-1955 y 26-III-1958), en lo referente al requisito de carencia de bienes de la esposa, y en las de 9-III-1914 y 21-XI-1916 en lo que respecta a la existencia de bienes sobre qué hacer efectiva la obligación.

3.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.450 del C. c., al considerar la Sala que al no estar satisfecho el precio total del piso adquirido por la esposa y pesar sobre ella ciertas limitaciones y hasta conminaciones resolutorias está alejada de toda idea dominical: siendo la compraventa un contrato consensual y no real, la propiedad se transmite por el mismo contrato de compraventa, por lo que la recurrida es hoy propietaria a pesar de las limitaciones de sus derechos, infringiéndose así el artículo citado y el 68-6.º del C. c. y 1.090 LEC.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, rechaza el recurso sentando la doctrina siguiente:

Considerando: Que, en síntesis, *el recurrente impugna la concesión de "litis expensas" otorgada por la sentencia combatida, alegando, en primer término, que su mujer no carece de bienes propios, pues es dueña de un piso en esta capital, y, en segundo lugar, que no existen bienes sobre los que pueda hacerse efectiva la obligación, ya que, según dice, sólo dispone de la mitad de sus ingresos profesionales, toda vez que el importe de la otra mitad está asignada a su esposa en concepto de pensión alimenticia de ella y de sus hijos del matrimonio.*

Considerando: Que *ambas alegaciones, desarrolladas a lo largo de los tres motivos, son inconsistentes: la primera, porque al no atacarse, mediante la invocación de los preceptos legales referentes a la interpretación de los contratos y en la forma exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la apreciación de la Sala sentenciadora, según la cual la recurrida no es dueña, sino meramente locataria, del piso referido, queda incólume esta calificación jurídica y su subsistencia despoja de toda base a la alegación expresada; y la segunda, porque aparte de que el Tribunal "a quo" afirma, en el quinto Considerando de la resolución impugnada «que existen ingresos, aunque no sean muy cuantiosos, que nutren la sociedad de gananciales», no aparece declarado probado que la mitad de los percibidos por el marido sean insuficientes para satisfacer el importe—tampoco muy cuantioso—de las "litis expensas" concedidas, una vez cubiertos, naturalmente, los gastos personales del recurrente; por lo que procede declarar no haber lugar al recurso con la preceptiva condena en costas a que se refiere el artículo 1.748 de la Ley procesal.*

J. C. G.

*DERECHO ARAGONES (APENDICES DE 1925). Viudedad universal, omisión de inventario y comunidad conyugal continuada Adquisiciones a título oneroso por el viudo continuador.* ANGELA, V. S. c JUAN MANUEL, V. S. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970.)

#### LA SENTENCIA.

*Los hechos.*—A la muerte de don J., de vecindad civil aragonesa, su mujer doña C., a la que correspondía viudedad universal, omitió formar el inventario preceptivo. No obstante lo cual, a lo que parece poseía y administraba todos los bienes que fueron del matrimonio y adquirió en tal situación algunas fincas.

Falleció doña C., favoreciendo especialmente en el testamento a su hijo J. M., al que ya había hecho algunas donaciones. Doña A., hermana de éste formuló demanda contra el mismo pidiendo fundamentalmente se declarara: 1. Que la demandante y el demandado, junto con los descendientes de un hermano premuerto, eran herederos *ab intestato* de don J. 2. Que el matrimonio de don J. con doña C. se rigió por las normas que en el Apéndice regulan la sociedad conyugal tácita. 3. Que esta sociedad conyugal continuó a la muerte de don J. y hasta la de doña C. 4. Que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, así como todos los adquiridos por doña C. en estado de viudedad, forman parte de esta sociedad continuada. 5. Que en consecuencia se invalidarán ciertas donaciones y disposiciones testamentarias de doña C. a favor del demandado, por recaer sobre bienes de los que no podía disponer la causante.

Estimada la demanda en Primera Instancia (Juzgado de Alcañiz), y confirmada la sentencia por la Audiencia de Zaragoza, interpuso el demandado recurso de casación por los siguientes motivos:

#### *Motivos de casación:*

1.º Violación del artículo 64, párrafo 2.º del Apéndice, según el cual: «El disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente puede coexistir con la sociedad continuada entre éste y los herederos del finado; pero la viudedad universal, al contrario, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes»

2.º Interpretación errónea del artículo 68, párrafo último del Apéndice, según el cual: «Pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario».

3.º Y siguientes, dirigidos, subsidiariamente, a impugnar la declaración de ser comunes los bienes adquiridos a título oneroso por la viuda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, con los siguientes considerandos:

#### *Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo.*

1.º «El motivo segundo del recurso al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC denuncia la interpretación errónea del último párrafo del



artículo 68 del Apéndice Foral aragonés, a cuyo tenor... (*Vid. supra.*), que los recurrentes interpretan en el sentido de que el no otorgamiento de inventario sólo ocasiona que los disfrutes no se hacen efectivos en favor del viudo, sino que quedan incorporados al caudal usufructuable, motivo que es desestimable, ya que privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo universal sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquella desestimación del motivo examinado que acarrea la del primero en el que se denuncia la violación del artículo 64, párrafo 2.º, del mencionado Apéndice, ya que al perderse la viudedad universal, nace la sociedad continuada entre el sobreviviente y los herederos del finado».

2 «Que los restantes motivos formulados subsidiariamente para el caso de que quedase firme la declaración sobre existencia de la sociedad continuada, tampoco pueden prevalecer, ya que sentado por los Juzgadores de instancia que respecto a la adquisición de la torre de don D. o de C., aunque fuese en estado de viudedad de la madre, al existir comunidad conyugal continuada, ha de pasar al caudal de la misma para su reparto y división, siendo de recalcar una vez más que el dinero de su compra debió ser del caudal común, no sólo por las consecuencias de la no formalización de inventario, sino también porque han desaparecido más de 20.000 pesetas que eran comunes, y ello es de interpretar que con dicho dinero también fue adquirida la finca (considerando déclino del Juzgado) y que hay que comprender entre los bienes de que dispuso en forma ilegal la viuda, la llamada "Torre de Cascajares", adquirida a la Marquesa de Valdeguerrero, ya que el dinero de su compra necesariamente tiene que venir del caudal común al desaparecer el dinero existente con anterioridad a su compra (considerando cuarto de la Audiencia), ya que según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil, nada de lo cual se aprecia en el caso de autos, procediendo por todo lo expuesto, a la desestimación íntegra del recurso».

#### COMENTARIO.

##### A) Aplicación de las normas que regulan la sociedad conyugal continuada

Puesto que la muerte de don J. ocurrió con anterioridad a 1967, deben aplicarse los preceptos sobre sociedad conyugal, sociedad conyugal continuada y viudedad contenidos en el Apéndice de 1925 (*Vid. Disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Compilación de 8 de abril de 1967*)

En la normativa del Apéndice, siguiendo un precepto tradicional, el disfrute de la viudedad universal no puede coexistir con la sociedad continuada (art. 64-2.º). La razón parece ser que, dependiendo la viudedad universal del pacto entre los cónyuges o de la concesión del premuerto, su régimen, como basado en la voluntad privada, debe prevalecer—especialmente por lo que se refiere al destino de los frutos—sobre el que la Ley establece como supletorio de aquella viudedad, es decir, el de la comunidad continuada.

Con todo, tanto en el caso de disfrute de viudedad universal como en el de viudedad legal limitada a los sitios (que el Apéndice declara expresamente ser compatible con la comunidad conyugal continuada, art. 64-2.º), si no se ha

procedido a liquidar y dividir la masa de bienes comunes del matrimonio, ni, por tanto, la herencia del cónyuge premuerto, nos encontramos siempre con una comunidad cuyo objeto constituye esta masa de bienes, poseída y administrada por el viudo, y cuyos sujetos son el viudo y los herederos del premuerto. En este supuesto, especialmente si se da además el requisito del «trabajo en familia», debe verse una especie de comunidad familiar, cuyo régimen es sustancialmente el de la continuada en cuanto a la atribución de titularidades y de poderes de administración y disposición, variando únicamente según los casos el destino de los frutos producidos por los bienes comunes. Según parece más aceptable, los frutos de los inmuebles, o de todos los bienes, pertenecen al viudo que ejercita efectivamente su usufructo legal o universal, o a la masa común en otro caso por ser ésta la regla general de todo patrimonio (*res fructificat domino*, art. 353 C. c.). Esto es especialmente claro cuando la viudedad es la legal, dado el precepto del artículo 72, norma 4.<sup>a</sup> del Apéndice. (Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, 1963-64, págs. 222 y sigs.).

Como, digo, también cuando el viudo disfruta de viudedad universal puede y aun suele existir una comunidad entre el viudo y los herederos del premuerto sobre los bienes que fueron comunes del matrimonio y no han sido divididos, a la que se aplicarán algunas normas que el Apéndice dicta para la continuada (p. ej., el viudo está legitimado para hacer valer en juicio los derechos de la comunidad: S Audiencia de Zaragoza de 26 de enero de 1957. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA: *Ob. cit.*, pág. 229). En cuanto al régimen de los frutos, si el viudo está legalmente en el disfrute de su viudedad, el usufructo se antepone a los intereses de los herederos, aun en el caso de trabajo en familia. Pero esto no es así cuando el viudo no ejercita el derecho de usufructo, siendo el caso más importante aquél en que el viudo ha omitido el inventario. Este era precisamente el de la Sentencia comentada.

La obligación (*rectius*: carga, o *condicio turis*, en este caso atípica por la retroacción de los efectos) de formar inventario el viudo usufructuario la introdujo tardíamente en el Derecho aragonés el Fuero *Que los que tuvieron viudedad* de 1678, sólo en cuanto a los muebles, y de forma imprecisa, sin señalar plano ni sanción. Tanto los detalles de su aplicación como la mejor regulación *lege ferenda* eran muy discutidos. El Apéndice destina al inventario el largo artículo 68, estableciendo el plazo de cincuenta días y la sanción consistente en la pérdida de todos los disfrutes de la viudedad, «los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario» (art. 68, párr. último) (Vid. SANCHO REBULLA: *La viudedad aragonesa*, ADA, 1955-56, págs. 146 y sigs.; en cuanto a la sanción por incumplimiento, págs. 162 y sigs.; LORENTE SANZ: *La omisión del inventario en la viudedad* (Notas para su estudio), en el «Libro Homenaje a Moneva», páginas 493 y sigs.).

En la práctica, tal precepto estaba en desuso (Vid. LORENTE SANZ: *Ob. cit.*, página 514), de modo que no era extraño que el viudo usufructuara los bienes, sin que los herederos exigieran el inventario ni pretendieran la incorporación de los frutos al capital. Mientras los herederos del premuerto son hijos y herederos del viudo no suele haber problemas, ya que en cualquier caso heredarán el remanente de frutos a la muerte del viudo. El problema puede surgir, como en el caso de la Sentencia comentada, cuando el viudo ha dispuesto singularmente en el testamento de bienes adquiridos con los frutos que no pudo hacer suyos por la omisión del inventario.

Estoy de acuerdo con la Sentencia comentada en que aquellos frutos no pudo hacerlos suyos el viudo, ni por tanto disponer sobre ellos, sino que, siendo comunes los bienes que los producen, se incorporarán al patrimonio común. Pero no me parece exacto afirmar que «privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquélla». Ni es esto lo que dice la Ley, ni era necesaria su declaración para la finalidad pretendida. Por el contrario, el sistema del Apén-dice se basa en la distinción entre la titularidad del derecho de viudedad, que se adquiere en el momento de la muerte del cónyuge, y el ejercicio del mismo, sólo posible tras la formación del inventario (SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, páginas 133 y sigs. y 166). El viudo que nunca ejercitó legalmente su derecho no por ello perdió su titularidad, como demuestra la posibilidad de realizar el inventario en cualquier momento, incluso muchos años más tarde, y entrar desde luego en el disfrute de los bienes. Ahora bien, no basta la mera titularidad de la viudedad universal para excluir el régimen de comunidad continuada, sino que este efecto lo produce sólo el efectivo ejercicio, que es el que desvía los frutos de su destino ordinario—el patrimonio que los produce—y crea la incompatibilidad—sólo en cuanto a los frutos, como he dicho anteriormente—entre la viudedad universal y la comunidad conyugal continuada. El ejercicio de la viudedad es precisamente lo que resultaba impedido por la omisión del inventario.

La Audiencia de Zaragoza, en Sentencia de 6 de abril de 1961 (ADA, VI, página 272, con comentario de LORENTE SANZ) había llegado, sin incluir en el error de argumentación del Tribunal Supremo, a la misma conclusión: no habiéndose practicado inventario, el régimen familiar es el de sociedad continuada.

#### B) *La adquisición a título oneroso por el viudo continuador.*

Admitido que la normativa aplicable es la de la comunidad conyugal continuada, queda ahora considerar cuál sea, en ésta, el régimen de las adquisiciones hechas a título oneroso por el viudo. En abstracto, las posibilidades son por lo menos tres:

a) Considerar aplicable la norma de presunción del artículo 48 Ap., según el cual: «... tienen la consideración de comunes de la sociedad...», 3.º Por presunción legal, cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada». Con ello todos los bienes adquiridos por el viudo se presumirán comunes, recayendo en él la prueba en contrario consistente en la regular subrogación en su patrimonio privativo.

b) Considerar que el bien adquirido será común si la contraprestación procedía del patrimonio común, y propio si del patrimonio propio; abandonando la prueba a las reglas generales de ésta, de modo que quien pretenda, frente al viudo, que la adquisición se hizo con dinero común deberá probarlo.

c) Considerar que, en todo caso, quien es parte en el contrato adquisitivo deviene titular del bien adquirido, aun cuando el dinero entregado como precio fuera ajeno. Si dispuso indebidamente del dinero ajeno, responderá por ello, pero no dejará de hacer suyo lo adquirido con este dinero.

Esta última posibilidad, que refleja el criterio, quizá más común o general en nuestro Ordenamiento (*Id.*, p. ej., el artículo 1.682-2, del Código civil, sobre el socio que tomó para su beneficio particular ciertas sumas de la caja social) me parece sin embargo inaplicable en nuestro caso. El viudo no es propiamente «representante» de la sociedad continuada—como no lo es el cónyuge respecto

de la sociedad conyugal—, sino órgano ordinario de adquisición de la misma, que no tiene necesidad en sus actuaciones jurídicas de indicar en beneficio de quien actúa para que, esto, no obstante, pueda adquirir para la comunidad en lugar de para sí mismo. La discriminación entre una y otra alternativa no puede residir en la *contemplatio aomini*—propia del instituto de la representación—, sino que vendría dada por el mecanismo de la subrogación real. Por lo demás, el artículo 53 Ap. párr. 1.º, señala con suficiente claridad el criterio de la subrogación; por último, el contrario produciría funestas consecuencias en la práctica.

Más aún. En la doctrina y la jurisprudencia se ha partido siempre de la posición más rigurosa para el viudo, es decir, de la aplicación de la presunción de comunidad. Según ella, todos los bienes cuya propiedad privativa el viudo no pueda demostrar, se entenderán comunes, con lo que no sólo se acepta el principio de subrogación, sino que además, quien pretenda no haberse producido ésta a favor de la comunidad, deberá probarlo. En este sentido se pronuncian las Ss. de la Audiencia de Zaragoza, de 26 de mayo de 1944, 30 de diciembre de 1953 y 8 de julio de 1960.

Esta opinión, con todo, no ha prevalecido siempre. La rechaza la S. de la Audiencia de Zaragoza de 28 de mayo de 1948 (ADA, 1949-50, pág. 580, con comentario en contra de LORENTE SANZ). También CAMÓN AZNAR se muestra opuesto a la presunción de comunidad, e incluso al principio de subrogación, afirmando que las adquisiciones a nombre propio, aun con dinero de la sociedad, provocarán una adquisición propia, y no común. (*Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón*, en el «Libro Homenaje a Moneva», pág. 226).

Hay que reconocer que la aplicación de la presunción de comunidad del artículo 48 Ap., dictada para la sociedad conyugal, a la sociedad continuada, es por lo menos muy delicada. Esta norma, como en general todas las que establecen una presunción, representan una derogación excepcional a la regla general sobre la carga de la prueba, por lo que sólo con toda clase de precauciones podrá pretenderse una aplicación analógica a casos no previstos por el legislador. La analogía no debe excluirse absolutamente, pero resulta sobremanera delicada (Sobre esto, en general, HEDEMANN: *Las presunciones en el Derecho*, traducción de SANCHO SERAL, Madrid, 1931, págs. 344 y sigs.; con planteamiento distinto, pero conclusiones prácticas parcialmente coincidentes—imposibilidad de aplicación por analogía, pero posible formación imitativa de presunciones judiciales—, SERRA: *Normas de presunción*, Barcelona, 1963, pág. 82). En el caso que nos ocupa habrá que sopesar cuidadosamente la posible *ratio* de la norma de presunción del artículo 48 Ap. y dilucidar si la misma se presenta igualmente en la comunidad conyugal continuada. Como mera indicación puede observarse que el régimen de responsabilidad de los bienes comunes por las deudas del administrador es en ambos casos el mismo, los frutos de los patrimonios privativos tienen idéntico destino en el patrimonio común, con ligeras diferencias, y, en general, los poderes del administrador y su situación en la comunidad son muy similares todo lo cual nos movería a predicar la aplicación análoga de la norma de presunción. La conclusión, sin embargo, no es absolutamente segura.

(Rectifico en parte con las anteriores precisiones la opinión más radical que defendí en *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, 1963-64, pág. 209, donde pueden verse más por extenso las sentencias y opiniones citadas más arriba).

En la Sentencia que comentamos no se resuelve propiamente la cuestión,

sino que, partiendo implícita pero claramente de la admisión de la subrogación, se da en el caso concreto por probada la misma a base de una presunción judicial, la cual, se dice, reúne los requisitos del artículo 1.253 del Código civil. Es lástima que el Tribunal Supremo no haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la presunción legal de ser comunes los bienes. Es claro que no da lo mismo aceptar en general tal aplicación, que buscar caso por caso la prueba de la subrogación—aunque tal prueba se logre por *presumptiones hominis*—, pues la segunda alternativa parte del entendimiento de regir aquí la regla general sobre la carga de la prueba, por más que se facilite ésta en la práctica.

C) *Breves observaciones sobre el Derecho vigente.*

Para terminar, unas breves indicaciones relativas a la normativa aplicable a este mismo caso si se planteara bajo la vigencia de la Compilación de 8 de abril de 1967.

1. Según el artículo 60-2. Comp. «La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal», que es hoy la establecida por la Ley (art. 72. 1. Compilación). Esta declaración, que no deja de plantear difíciles problemas, significa sustancialmente que, dados los requisitos necesarios, tanto para la aplicación del régimen de la comunidad conyugal continuada, como del de la viudedad universal, prevalece sustancialmente aquél, y en consecuencia los frutos que en otro caso adquiriría el cónyuge como usufructuario pasan a ingresar en la comunidad.

En el caso resuelto por la sentencia comentada, si se daban, como parece, los requisitos necesarios para la comunidad conyugal continuada según la Compilación (arts 60 y 61, *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, en «RCDI», marzo-abril de 1968), se aplicarán las normas de la continuada.

2. En cuanto al problema de la presunción de comunidad de los bienes adquiridos por el viudo a título oneroso, la Compilación no es absolutamente clara. En gran parte los datos que se ofrecen al intérprete llevan a consideraciones similares a las que hemos hecho sobre el Apéndice derogado. El principio de subrogación se proclama expresamente (art. 63, 1, 2.º), pero sin norma expresa sobre la prueba. El interesante y discutible número 3 del artículo 63 puede inducir a pensar que, por lo que respecta a los interesados en la comunidad, la subrogación se abandona a las reglas generales sobre la carga de la prueba. Pero tampoco es seguro el argumento.

En definitiva, y a despecho de la novedad que, si bien algo exagerada por sus autores, indudablemente representa la nueva regulación de la comunidad conyugal continuada en la Compilación, el supuesto de hecho planteado en la Sentencia comentada recibiría probablemente idéntica solución.

J. D. E.

## 2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.

CON ARREGLO AL ARTICULO 503 NUMERO 2 Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE LO INTEPRETA, SOLAMENTE EN EL CASO DE QUE EL LITIGANTE ACTUE EN REPRESENTACION DE ALGUNA PERSONA O CORPORACION O DE QUE EL DERECHO QDE RECLAME PROVENGA DE HABERSELO TRANSMITIDO POR HERENCIA O POR CUALQUIER OTRO TITULO, HA DE ACOMPAÑARSE NECESARIAMENTE A LA DEMANDA O CONTESTACION EL DOCUMENTO O DOCUMENTOS QUE ACREDITEN EL CARACTER CON QUE SE PRESENTA EN JUICIO. Lo preceptuado en el artículo 506, prohibitivo de que se admita después de la demanda y contestación otros documentos que aquellos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, conforme previene el artículo 504, por concernir al fondo del pleito, y no alcanza, ni es por consiguiente aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en el juicio, a los que se refiere el artículo 503 número 2. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1970).

**Demanda:** El demandado se puso en contacto con la sociedad actora para la ejecución de determinadas obras en un piso y aceptó y firmó el presupuesto global de las obras a ejecutar.

**Suplico:** Sentencia condenando al pago de lo adeudado..., gastos e intereses y con expresa condena en costas.

**Contestación:** Excepción 2.ª del artículo 533 de la LEC, ya que el actor contrató con «Espacio» y resultaba sorprendente que le demandase «SAFI Sociedad Anónima» sin justificar su relación con «Espacio», ni probar el pago correspondiente de la contribución, deduciéndose de la documental aportada que son dos entidades completamente distintas y que no podrá ya ser corregido dicho defecto en atención a los artículos 503 y 506.

**Suplico:** «Se dicte sentencia por la que se estime la excepción de falta de personalidad de la parte actora invocada, o, de entrarse en el fondo del asunto, absolver totalmente al demandado de la demanda en base del incumplimiento de contrato imputable a la demandante, todo ello con los gastos y costas que se ocasionen y que preceptivamente se le impondrán a la parte actora».

En período probatorio a instancia de la parte demandante se admitió, entre la documental pública, librar mandamiento al Registro de la Propiedad Industrial, a fin de que certifique si por la entidad «SAFI. S. A.» se solicitó la concesión de la marca comercial «Espacio...», y si le fue concedida. El juzgado dictó providencia admitiendo los medios de prueba propuestos.

El demandado interpuso recurso de reposición contra dicha providencia y alegó que «dicha prueba no ha debido admitirse, porque con ello se infringe

abiertamente el artículo 306 de la Ley rítuaria civil, en relación con el 503 del mismo Cuerpo legal, al establecer que la demandante deberá acompañar el documento que acredite el carácter con que el litigante se presenta en juicio, y no habiéndose cumplido dicho requisito por la actora, dando lugar con ello a la correspondiente excepción de falta de personalidad, su admisión en este momento, quebranta la letra y el espíritu del mencionado artículo 506, puesto que se pretende subsanar en el período probatorio un defecto de forma denunciado al contestar la demanda.

El Juzgado resuelve no haber lugar a admitir el recurso de reposición.

Primera Instancia. Estima la demanda y condena al pago suplicado, sin excepción alegada.

Apelación. Confirma la sentencia apelada, sin hacer especial imposición de costas

Casación por quebrantamiento de forma «amparado en la causa segunda del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alegando sustancialmente, que se articula el presente recurso en base a que en el procedimiento de instancia se cometió una de las infracciones de forma esenciales del juicio, previstas en el artículo 1.693 de la Ley procesal civil, cual fue la de que, denunciada y exceptuada la falta de personalidad de la actora, al contestar la demanda, se permitió la subsanación de dicho precepto procesal en un momento inadecuado de la litis, como es el período probatorio, en el que se aportó el documento con el que se pretendía justificar la personalidad de la demandante»; «que con ello, se han transgredido abiertamente los artículos 503, 504 y 506 de la Ley de procedimiento civil».

Considerando: «Que al haberse encauzado el recurso exclusivamente por la vía del número 2.º del artículo 1.693, la única cuestión que cabe decidir es la relacionada con la falta de personalidad de la parte actora, por lo que ha de quedar al margen de esta resolución la concerniente a la pretendida infracción del artículo 504, invocada en el único motivo del recurso, ya que dicho precepto no se refiere a la documentación preclusiva de los presupuestos procesales, sino a la de los hechos en que la parte interesada funda su derecho».

Considerando: Que la tesis del recurrente no merece ser acogida por las razones siguientes: «Primera. Con arreglo al artículo 503 número 2, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, solamente en el caso de que el litigante actúe en representación de alguna persona o corporación o de que el derecho que reclame provenga de habérselo transmitido por herencia o por cualquier otro título, ha de acompañarse necesariamente a la demanda o contestación el documento o documentos que acrediten el carácter con que se presenta en juicio, supuesto que no es el de autos. Segundo. Según reiterada y más reciente doctrina de esta Sala, lo preceptuado en el artículo 506, prohibitivo de que se admita después de la demanda y contestación otros documentos que aquéllos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, conforme previene el artículo 504, por concernir al fondo del pleito, y no alcanza, ni es por consiguiente aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en el juicio, a los que se refiere el artículo 503, número 2.º, único precepto que, en relación con el 533, 2.º, sirvió de base a la excepción de falta de personalidad opuesta por el hoy recurrente al contestar la demanda. Tercera. Como afirma el Juzgado de instancia, en los

impresos utilizados (1) por el demandado con 'Espacio', se lee con una claridad que no deja lugar a dudas acerca de cual sea la correcta interpretación de su contenido; "Espacio Safisa", esto es, que se trata de una sociedad anónima propietaria del nombre comercial "Espacio", documento contractual acompañado por el actor a su demanda y del que se desentiende al formular la presente impugnación.

Fallo. No prospera el recurso y condena en costas.

**DESTRUCCION DE CIERTAS OBRAS E INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS.** *Con reiteración tiene declarado el Tribunal Supremo, que para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio no basta indicar el número del artículo de la LEC, en que se funde, sino que además precisa citar el precepto procesal vulnerado y determinar clara y concretamente la causa en que consiste la infracción.* (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1970.)

Demanda: El actor acciona contra el Ayuntamiento de A. en base de los siguientes hechos: Es dueño en pleno dominio de la finca que se describe; por acta notarial se requirió al Sr. Alcalde de A. para que «se abstuviera de realizar acto alguno de dominio, posesión o de otra naturaleza que fuera atentatorio o lesivo al derecho de propiedad que le corresponde al mismo sobre la parcela de tierra secoano de cabida nueve hanegadas y media aproximadamente, situada en término de A., partido de B., y que adquirió por herencia de sus padres, hallándose debidamente inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, sin que por la Corporación Municipal de A. se contestase a dicho requerimiento dentro del plazo legal»; el Sr. Alcalde dirigió una carta al actor manifestando «no haber realizado acto alguno de dominio sobre el terreno propiedad del actor y que únicamente había un proyecto para la travesía exterior de A., que suponía una gran mejora para la población, solicitando en nombre del Ayuntamiento que representa le autorizara para ejercitar la referida obra, efectuando los actos de dominio y posesión que sean necesarios, sin perjuicio de pagarle el terreno de su propiedad que no se precisó expropiar, rogándole últimamente que cediera el terreno al Ayuntamiento con el fin de llevar a buen término la obra»; se le respondió que «no autorizaba acto alguno de dominio»; a pesar de la claridad de esta comunicación el Ayuntamiento insistió en conseguir la autorización «sin perjuicio de que después se llegara a un acuerdo en el precio de la expropiación del terreno de su propiedad que se precisase para la obra», el hoy actor respondió «por medio de otra carta advirtiéndole que caso de llevarlas a cabo contra su voluntad expresa, se vería obligado a recurrir haciendo uso de los derechos que le asisten». No obstante la advertencia, el Ayuntamiento llevó a efecto «las obras que tenía proyectadas, consistentes en la construcción de un muro y transformación del terreno para condicionarlo en parte como cauce de un desagüe y el resto para camino o carretera efectuando para ello las obras y trabajos necesarios». A consecuencia de lo dicho se formuló la correspondiente protesta y reclamación ante el Ayuntamiento de A. «quien pretendió entonces iniciar el expediente de expropiación forzosa del terreno al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la

(1) Para documentar el contrato concertado.



Ley del Suelo y 108 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales, para intentar legalizar los actos arbitrarios o ilegalidades que ya había cometido, lo que motivó el que por su mandante se recurriese contra tal acuerdo municipal en reposición y luego al ser desestimada ésta en la vía contencioso-administrativa, tramitándose el correspondiente recurso ante la Sala de dicha jurisdicción en la Audiencia de esta Capital, que terminó por sentencia, en la que entre otros pronunciamientos que no afectan al caso, se declaró la inadmisión del recurso respecto de la pretensión que se declare el derecho del recurrente sobre la parcela ocupada por el Ayuntamiento y que se proceda a destruir las obras llevadas a cabo por la Administración, dejándolo en su estado anterior, y a la completa disposición de su dueño, por estimar que esta cuestión debe ser ventilada por la jurisdicción ordinaria, al constituir una ocupación del terreno por la Administración, sin la previa declaración de la expropiación forzosa del mismo». Después, y con el fin de ejercitar la acción civil a que se refiere esta demanda, se formuló en el Ayuntamiento de A. la reclamación previa en vía gubernativa, sin que se accediera a tales peticiones por el Ayuntamiento demandado, habiéndose limitado a contestar «en el sentido de que las obras habían sido realizadas en terreno propiedad del Ayuntamiento, ignorando si realmente con motivo de las mismas se hubiese invadido terreno perteneciente al reclamante, demostrando con tal proceder una mala fe manifiesta en su actuación».

Suplico. Sentencia condenando al Ayuntamiento de A. a que dentro del término de un mes destruya todas las obras dejando la finca en igual estado y condición en que se encontraba con anterioridad y a la completa disposición de su legítimo dueño y poseedor, indemnizando los daños y perjuicios causados, cuya cuantía líquida se determinará en ejecución de sentencia y con expresa imposición de costas.

Contestación: Se alegó incompetencia de jurisdicción, «Queda probado a través de la sentencia pronunciada por la Sala, de lo Contencioso Administrativo la existencia de un proyecto aprobado y de un expediente de expropiación forzosa que afecta a la supuesta parcela sobre la que el actor se atribuye el derecho de propiedad». «La jurisdicción contencioso-administrativa, remitió al recurrente a la Ordinaria para que ante ella instase la declaración de su derecho de propiedad y concretar a través de la misma la finca donde estaban ubicadas las obras». «De lo expuesto se colige la siguiente conclusión: El actor no ejercita una acción meramente declarativa; ejercita única y exclusivamente, una acción de condena, la destrucción que no se le puede conceder porque las obras tuteladas por unos actos administrativos ajenos a esta jurisdicción. Tampoco se le puede declarar su derecho de propiedad porque no lo pide; no pide la declaración de que las obras estén dentro de su propiedad». «Alegó también la excepción de falta de legitimación pasiva». «Se trata, pues, de una carretera provincial, sobre la que el Ayuntamiento no tiene en absoluto ninguna facultad para actuar sobre ella, haciéndola o deshaciéndola. La propiedad, su reparación, conservación y cuidado son de la Diputación Provincial. El Ayuntamiento ofreció a la Diputación Provincial unos terrenos para llevar a cabo la travesía de la carretera por las afueras de la localidad. En concepto de ayuda satisfizo el cincuenta por ciento del coste, a través de una subvención del Estado. La Diputación llevó a cabo las obras y pasó a ser dueña de la carretera. Ni la carretera es del Ayuntamiento ni tiene éste ninguna facultad para hacer o deshacer en el cauce. El actor a quien debe demandar es a los titulares de los derechos cuya destrucción pretende».

Suplico, Sentencia aceptando las excepciones formuladas o desestimando la demanda en todas sus partes y con expresa condena al actor.

Primera Instancia, Estimó la demanda en todas sus partes.

Apelación, Confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Casación por quebrantamiento de forma al amparo «del número sexto del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil». «No se ha formulado reclamación alguna para la subsanación de la falta, porque viene propuesta como excepción de incompetencia de jurisdicción desde la contestación a la demanda, afectando, en consecuencia a la sentencia y no al procedimiento».

Considerando que el presente recurso debe ser desestimado: Primero, porque con reiteración tiene declarado este Alto Tribunal, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio, no basta indicar el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil en que se funde, sino que además precisa citar el precepto procesal vulnerado y determinar clara y concretamente la causa en que consiste la infracción, exigencias incumplidas en el escrito de interposición del recurso. Segundo, Porque, según el número sexto del citado artículo 1.693, a cuya amparo se formula la impugnación, solamente ha lugar el recurso indicado por incompetencia de jurisdicción cuando el supuesto alegado no se halle comprendido en el número sexto del artículo 1.692, negativa que aquí no se da, puesto que el único motivo parece referirse a que, por razón de la materia, ha habido exceso o abuso en el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, por haber conocido de un asunto que a sentir de la Corporación recurrente, se hallaba excluido del ámbito e incluido en el de la contencioso-administrativa».

Fallo. No admite el recurso interpuesto y condena en costas.

**EXCEPCIONES DILATATORIAS DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION Y DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA.** *El proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los Tribunales de las acciones derivadas de una Ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera.* (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1970)

Demanda: La actora contrajo matrimonio con el demandado el 15 de junio de 1962 y después de consignar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando se dictase sentencia en los siguientes términos. «Primero, Declarando que procede acceder al divorcio de la demandante y el demandado, con disolución del vínculo matrimonial que les une.—Segundo, Declarando que al disolverse el vínculo matrimonial entre los litigantes, están obligados a dividir entre ellos por mitad, todos los bienes de todas clases que hayan adquirido cualquiera de ellos durante el matrimonio.—Tercero, Declarando que el demandado viene obligado a dar alimentos a su esposa y a su hijo en cuantía de cincuenta mil pesetas mensuales.—Cuarto, Declarando que

como consecuencia del divorcio de los litigantes y de la disolución del vínculo matrimonial los cónyuges vienen obligados a dividirse por mitad entre ellos, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, adjudicándoles en igual proporción.—Quinto, Declarando que el demandado es el cónyuge culpable de este divorcio y que el menor hijo antes mencionado debe quedar definitivamente hasta su mayor edad bajo la custodia y potestad de la madre.—Sexto, Declarando que el demandado viene obligado a soportar cuantos gastos y costas por todos conceptos se irroguen a su persona por virtud de este litigio. Séptimo, Condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y a la ejecución de cuanto de sus pronunciamientos resulte y condenándole también al pago de las costas del juicio».

Contestación: Formuló las excepciones 1.ª y 6.ª del artículo 533 de la LEC, exponiendo que la actora es de nacionalidad ceilandesa y su esposo y demandado de la India, que el matrimonio se celebró en Bombay y bajo la legislación de dicho país, los litigantes no son católicos ni están casados canónicamente «que se solicita de contrario en la demanda la nulidad de un matrimonio entre extranjeros, celebrado en el extranjero y se dice que la Ley aplicable es la personal de los litigantes, y no la legislación española, debiendo aplicarse, por tanto, las del país de su nacionalidad; que se alega, además, que no obstante ostenta la actora la nacionalidad del Estado de Ceylán, y el demandado la inglesa o la indostánica, es lo cierto que dicho problema se resuelve fácilmente, por cuanto en todas y cada una de las legislaciones citadas está regulado el divorcio concediéndolo las mismas por las causas que se han invocado en la demanda; concluyendo, que cualquiera que sea la legislación aplicable, el divorcio deberá ser decretado; pese a ello, no se citan en los fundamentos de derecho invocados de contrario, las disposiciones de dichos países que regulan el divorcio vincular, ni el contenido y vigencia de sus preceptos; todo ello consta del fundamento de derecho tercero de la demanda, de donde si bien se afirma que el contenido de las leyes referidas ha de ser probado por la parte que las invoca, ni tan siquiera se citan, dejando señalados en cambio los Consulados y Embajadas de los distintos países en España, para en período probatorio aportar los particulares procedentes; que tanto las leyes extranjeras aplicables al caso como el contenido y vigencia de los preceptos han debido citarse, sin perjuicio de acreditar de modo auténtico su existencia, para que tanto los funcionarios españoles encargados de aplicarlas como la parte demandada las conozcan, y además, para que la parte a quien perjudican pueda impugnarlas con el debido conocimiento de causa, del cual se ha visto privado al desconocer su contenido y vigencia de sus preceptos. Consigna los fundamentos de derecho que estima de aplicación y termina suplicando se declare que el demandado no viene obligado a contestar la demanda interpuesta, por ser incompetente el Juzgado y estar mal propuesta la misma, con imposición de los costas a la actora».

Auto: Estima la excepción, sin expresa condena en costas.

Apelación: El auto de Sala confirma la resolución del Juzgado

## CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.

Motivo único: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (infracción de Ley) por violación de los artículos 51 y 70 de la citada Ley, en relación con el 62 de la misma y artículo 27 del Código civil; y de la doctrina legal contenida entre otras, en las sentencias de 10 de julio de 1934 y 30 de mayo de 1961. Que el Ordenamiento jurídico español ha adoptado como principio general en cuanto a los derechos civiles o privados, el de igualdad entre los nacionales y los extranjeros. La más aparente manifestación de este criterio igualitario se encuentra en el artículo 27 del primer Cuerpo legal, según el cual «los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados». Que una de las aplicaciones del citado principio general se encuentra en la posibilidad que tienen los extranjeros de impetrar el amparo de los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria para dirimir las contiendas que se plantean, bien con los españoles, bien con otros extranjeros. Tal posibilidad se encuentra plenamente consagrada en la Ley ritaria en sus artículos 51 y 70. Que afirman de manera categórica y sin ningún género de dudas que los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria tienen competencia para conocer las cuestiones de índole civil que se plantean en España entre extranjeros y no pueden declarar su competencia salvo cuando exista Ley o Tratado que otra cosa establezca. Cuestión diferente es la de la legislación aplicable (nacional o extranjera) para resolver el negocio jurídico de que se trate, pero la competencia de los Tribunales de nuestra Nación se impone en forma de lo establecido en los citados preceptos de la Ley adjetiva. Que ello es así lo ha declarado paladinamente la jurisprudencia de esta Sala en las sentencias de 10 de julio de 1934 y 30 de mayo de 1961. Que en el presente caso la simple lectura del suplico de la demanda es suficiente para poner de manifiesto el carácter civil de la cuestión, pues se pide la disolución de un vínculo matrimonial que al no tener carácter canónico no pasa a la categoría de mero contrato de carácter civil, como asimismo son civiles las consecuencias que se derivan de la disolución de dicho vínculo y que también son objeto del *petitum* de la citada demanda».

«Considerando: Que el proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los Tribunales de las acciones derivadas de una ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral y al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera, supuesto que ya fue contemplado y resuelto, por este Tribunal en su sentencia de 23 de febrero de 1944, en la que se afirmó que si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las leyes del país de origen—criterio reflejado en el artículo 9 de nuestro Código civil—ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según se expresa por el artículo 11 del mismo Código, y si se tiene en cuenta la discutible trascendencia que en materia de buenas

costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras leyes y la sentencia de 10 de octubre de 1960 añade que es reiterada y conocidísima mediante la cual este Tribunal ha puesto como a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones y actos realizados en el extranjero; criterio que se ha mantenido asimismo por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 10 de agosto de 1961 que se negó a reconocer eficacia a un divorcio decretado en país extranjero que lo autoriza entre súbditos suyos casados civilmente con arreglo a sus leyes que no reconocían la indisolubilidad del vínculo; y en su virtud no se ha violado el artículo 27 del Código civil ni ha podido por tanto derivarse del mismo en este caso potestad jurisdiccional para conocer de la pretensión intentada, si es pertinente la invocación de los artículos de la Ley procesal citados en el único motivo del recurso que ha de ser desestimado».

**Fallo:** No admite el recurso de casación y condena en costas.

**CONSIDERANDO QUE NO FORMALIZADO EL RECURSO DE QUEBRANTAMIENTO DE FORMA CON LA NECESARIA CLARIDAD Y PRECISION EXIGIDAS PARA SU PROPOSICION POR LA LEY DE ENJUICIAR, ESTE DEFECTO LE HACE INADMISIBLE, APARTE DE QUE FUNDADO EL EJECUTIVO EN UNAS CAMBIALES, LA INVOCADA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA JURISDICCIONAL NO ESTA COMPRENDIDA EN NINGUNO DE LOS CINCO PRIMEROS NUMEROS DEL ARTICULO 1464 DE LA LEY PROCESAL, POR LO QUE SEGUN EL ARTICULO 1465 PROCEDE SU DESESTIMACION.** (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1970).

**Demanda:** Se dedujo demanda ejecutiva y se dictó auto despachando ejecución y «ordenando se librase mandamiento para requerimiento de pago a la entidad deudora, y para que si en el acto no lo hacía efectivo, se procediera al embargo y depósito de sus bienes y en cantidad bastante a cubrir las sumas expresadas»

Diligencia de embargo. Constituida la Comisión judicial en el domicilio designado como de la entidad deudora y no hallando a su representante legal, a pesar de la diligencia en su busca previamente practicada se requirió a un empleado de dicha entidad... y que además esta Sociedad no estaba domiciliada actualmente en el lugar donde se estaba realizando la diligencia; el Procurador del actor insistió en realizar la diligencia en dicho lugar «todavía que las cambiales se hallaban domiciliadas en el mismo y además en el portal del edificio existía un anuncio de la sociedad demandada...».

**Oposición a la ejecución** y con carácter previo «promovió demanda incidental de incompetencia de jurisdicción alegando que la demanda se había planteado para la ejecución de dos cambiales libradas a cargo de la demandada; que se reclaman tales cambiales en un domicilio donde se ha practicado el requerimiento, que no es el de la Sociedad demandada». El Juzgado de Primera Instancia dictó providencia «teniendo por opuesta a la Sociedad demanda a la ejecución contra ella despachada, declarando no haber lugar a tramitar la incidencia formularia por no permitirlo el cauce del juicio ejecutivo, y concediendo a la representación de la ejecutada el oportuno plazo para formalizar la oposición anunciada».

Recurso de reposición. Contra la providencia anterior se alegó que el cauce del juicio ejecutivo no admite trámite alguno de incidencias, pero ello no es de carácter absoluto, en virtud del artículo 1.480 de la LEC., que es el que se considera infringido y que la incompetencia que en el presente recurso se denuncia es la territorial por imperativo legal del artículo 66 de la LEC.; que «el momento adecuado para tramitarse esta incidencia era el presente, ya que posteriormente sería antiprocesal, en virtud del artículo 1.480, párrafo segundo de la Ley rituarial»; «se llamaba la atención del juzgador sobre la diligencia de emplazamiento, embargo y citación de remate, toda vez que la misma no se ha practicado conforme a las ortodoxas reglas del procedimiento, en sus artículos 1.442 y 1.447, así como con los concordantes, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Auto. No admite la reposición y condena en costas.

Apelación. El auto de alzada desestima la apelación, salvo «en el particular relacionado con la condena en costas decretada en el mismo, que revocó por no estimar temeridad jurídica en la parte recurrente, así como tampoco en el recurso».

Casación por quebrantamiento de forma. Fundado «en las causas primera y sexta del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando en síntesis que la recurrente había sido condenada en un procedimiento donde se cometieron las dos infracciones previstas en los mencionados números primero y sexto del artículo 1.693 de la Ley procesal civil, pues en la primera instancia no se practicó la citación de remate ordenada por el artículo 1.459, que según reiterada jurisprudencia equivale al emplazamiento en el domicilio de la Sociedad demandada, conforme establece el artículo 66 de la Ley rituarial; «y así bien, tampoco se siguió en el embargo de bienes, el orden previsto por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que el ejecutante trabó unos bienes que la recurrente tenía y que obraban en su poder, con grave daño para los intereses...».

Considerando: «Que no formalizado el recurso de quebrantamiento de forma con la necesaria claridad y precisión exigidas para su proposición por la Ley de Enjuiciar, este defecto le hace inadmisibile, aparte de que fundado el ejecutivo en unas cambiales, la invocada excepción de incompetencia jurisdiccional no está comprendida en ninguno de los cinco primeros números del artículo 1.464 de la Ley Procesal, por lo que según el artículo 1.465 procede su desestimación»

Fallo: No admite el recurso y condena en costas

E. I. M.

### 3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

#### COMPETENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA CONDICIONAR LA APROBACION DE LA ORDENACION URBANISTICA DE UNA MANZANA

SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1970.

##### I. INTRODUCCIÓN.

Esta importante sentencia de 5 de noviembre de 1970, de la que fue ponente don Juan Becerril y Antón Miralles, en sus considerandos sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que este recurso contencioso-administrativo se ejercita contra los siguientes actos, según puede precisarse, tanto del escrito de interposición como de la expresión concreta que, respecto a ello, confirma la demanda: 1.º Acto administrativo de 12 de abril de 1967, por el que la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana (ratificando una aprobación provisional del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 27 de febrero de 1967) aprobó definitivamente el proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de la manzana matritense comprendida entre las calles de Barquillo, San Marcos, Libertad y Augusto Figueroa condicionando la aprobación a que 'el promotor de la reforma, solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas, que comprende esta Ordenación'; 2.º Contra la desestimación presunta por el Ministerio de la Vivienda del recurso de alzada contra el acto anteriormente fijado, bien entendido, siempre, que, por el recurrente no se impugna la rectificación de alineaciones, sino, tan sólo, la segunda parte de la disposición resolutive referente al condicionamiento de acomodo de vecinos e industriales.

Considerando: Que previo al estudio de la cuestión de fondo ha de examinarse la causa de inadmisibilidad alegada por la representación de la Administración, por entender ésta que el plazo para ejercitar el recurso contencioso-administrativo, en los casos de desestimación por la tácita silente del recurso de alzada ha de computarse sumando a los tres meses del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, más los dos meses que señala el artículo 58 de la Ley Jurisdiccional, más tal interpretación no es viable, ante la presencia, repetida y ampliamente expuesta, de la Jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso y más concretamente, de ésta, que tienen pluralmente declarado que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, cuando interpuesta la alzada contra el acto administrativo primario contra el que aquél se insta, se confirma por virtud de la doctrina general del silencio administrativo, es el de un año, a partir de la fecha de la presentación, del recurso de alzada, siempre que éste, como es lógico, haya sido a su vez presentado dentro del plazo que le es propio, pues así corresponde entender la conexión del artículo 125 de la Ley de Procedimiento y el 58 de la Ley Jurisdic-

cional tal y como tienen definidos, las sentencias de 7 de noviembre y 7 de diciembre de 1969, 14 de marzo de 1970 (recurso 8.081 de 1966) y 16 de marzo de 1970 (recurso 1.023) en que se hace sucinta exposición de este mismo punto procesal y a cuya doctrina es pertinente atenerse, lo que supone, en este caso que se falla, la desestimación de la causa de inadmisibilidad propuesta.

Considerando: Que en cuanto al tema de fondo, éste se refiere a un punto muy concreto, ya que lo que se trata de impugnar, no es la decisión fundamental, constituida por la aprobación del proyecto de rectificación de alineaciones exteriores de la manzana de casas a que este recurso afecta y que, por consiguiente, queda firme en cuanto a tal extremo, sino el aditamento o segundo punto de la parte resolutoria de los actos administrativos impugnados que incluye como condición para la aprobación que el promotor de la reforma solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas que comprende la Ordenación; disposición que forzosamente ha de valorarse como inadecuada a la materia del expediente tanto en el aspecto subjetivo y aleatorio de las personas a quienes se encomienda, como en el orden de la materia a que se refiere, absolutamente impropia de una declaración administrativa, nula, por consiguiente, con arreglo al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (sin que nada tenga que ver con la aplicación de la doctrina de la desviación de poder), y que sólo puede contemplarse desde el punto de vista de la aplicación del derecho material, en cuanto a sustantividad apoyada en el derecho administrativo, como una mera sugerencia filantrópica, inspirada en conceptos sociológicos para evitar problemas de, sin duda, alta consideración individual, pero que, en realidad, no pueden formar parte del acto administrativo, como creación de derecho de este orden, en expresión de la actividad jurídica de la Administración pública, y que, por consiguiente, carece de fuerza vinculante para el administrado; más como quiera que los términos de la declaración contenida en la parte activa, o decisoria, de la resolución administrativa, que se impugna, pudiera inducir a error y suspender, o que se entendiera como una condición suspensiva de la actividad de la administración, la efectividad del acto genérico, por la inclusión de este específico aditamento, es procedente, en términos de derecho, declarar nula y sin efecto, como no ajustada a él, la condición supradicha contenida en la segunda parte del acto administrativo a que se ciñe la impugnación contenciosa.»

Dos son, por tanto, los problemas que la sentencia plantea y resuelve: uno procesal, sobre el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada; otro, de fondo, sobre legalidad para imponer condiciones no previstas legalmente al aprobar el proyecto de ordenación urbana.

## II PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA DENEGACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Al problema nos hemos referido en alguna ocasión desde las páginas de esta REVISTA. Las oscilaciones de la jurisprudencia, así lo imponen.

En principio, cabían tres posibles soluciones (1).

(1) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1969, páginas 278-283.



Se ha planteado el problema del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada por silencio administrativo. La cuestión ha surgido como consecuencia del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al establecer para el recurso de alzada un plazo de tres meses para que se produjera automáticamente la denegación presunta por silencio. Antes de la Ley de Procedimiento Administrativo únicamente se admitían en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dos supuestos de silencio administrativo y correlativamente, dos plazos para deducir el «recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio administrativo»: uno, el general del artículo 38, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (en denegación presunta) y otro, el especial para el recurso de reposición del artículo 54, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en cuyo caso el plazo para el contencioso era de un año desde la interposición del recurso).

No existía un supuesto especial de silencio administrativo para el recurso de alzada. Por tanto, antes de la Ley de Procedimiento Administrativo no ofrecía duda que en el supuesto de recurso de alzada no se producía automáticamente la denegación presunta por el transcurso de un plazo de tres meses, sino que transcurrido éste era necesaria la denuncia de mora, según el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y en cuanto al plazo para el contencioso se aplicaba la regla general del artículo 58, párrafo 4.º, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por tanto, producida la denegación presunta—denegación que se operaba según lo dispuesto en el artículo 38, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—, el recurrente tenía el plazo de un año para incoar el proceso administrativo.

La Ley de Procedimiento Administrativo, como es de sobra sabido, modificó el régimen del silencio administrativo y en su artículo 125 dispone que en los casos de recurso de alzada se produce la denegación presunta por el simple transcurso de tres meses, sin necesidad de denuncia de la mora.

Ahora bien, una vez que se presume denegando el recurso de alzada por el transcurso del plazo de tres meses ¿qué plazo es el que rige para la interposición del recurso contencioso-administrativo? ¿El de un año contado desde la interposición del recurso de alzada, aplicando por analogía el precepto que por el recurso de reposición contiene el artículo 58, párrafo 2.º? ¿O el de un año, contado desde la denegación presunta?

La doctrina, al ocuparse del tema del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, solía distinguir dos supuestos:

— Uno, plazo de dos meses para la impugnación de resolución expresa.

— Otro, plazo de un año para recurrir frente a las denegaciones presuntas (2), sin distinguir los distintos casos en que se produce el silencio administrativo.

Interpuesto el recurso de alzada, pues, si se resuelve expresamente se aplica la regla primera del plazo de dos meses; si se presume denegado por silencio administrativo, la regla segunda del plazo de un año.

---

(2) ALVAREZ GENDÍN, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, páginas 149-160; y PERA VERDAGUER, *Comentario a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, págs. 220-221.

Pero, además, existe otro importante y decisivo argumento para justificar la aplicación del plazo de un año. Puede resumirse así (3):

Después de entrar en vigor la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa fue la de procedimiento administrativo, según se ha dicho, la que también prevé el silencio automático—sin necesidad de denuncia de la mora—para el recurso de alzada. Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso sin que se notifique su resolución, se entenderá desestimado (art. 125 de la Ley de procedimiento administrativo).

Por la razón apuntada, la Ley de la jurisdicción no aplica al recurso de alzada las reglas especiales que para el recurso de reposición contenía el artículo 58, párrafo segundo, al no existir entonces silencio automático, cuando se tratase de recurso de alzada se aplicaba el mismo párrafo cuarto del art. 58.

Una vez en vigor el artículo 125 de la Ley de procedimiento administrativo se ha operado, respecto del recurso de alzada, una *modificación legislativa en orden al momento en que se produzca la denegación presunta; pero no en orden al plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa*, que la Ley de procedimiento administrativo no pretendió modificar. Según su art. 125, no hace falta denuncia de la mora para que se entienda desestimado un recurso de alzada. Esta es la modificación introducida en el régimen general del silencio administrativo que preveía el art. 38 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. A partir de la Ley de procedimiento administrativo, en los supuestos de alzada no hace falta denuncia de la mora; la denegación se produce automáticamente por el transcurso de tres meses sin notificar resolución expresa. Pero, producida la denegación presunta por silencio administrativo, el plazo para acudir a la vía contencioso-administrativa será el de un año, a que se refiere el artículo 58, párrafo cuarto, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contando desde el momento en que se entiende desestimado el recurso; pues este plazo no ha sido modificado—ni pudo serlo—por la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo ámbito era distinto.

Al enfrentarse con el problema, la jurisprudencia no dudó en aceptar la doctrina que acabamos de expresar. Por ejemplo, la Sentencia de 16 de noviembre de 1961 (ponente: Bermúdez Acero) y la de 29 de noviembre de 1961 (ponente: Suárez Vence), que en su primer Considerando establece: 'que con arreglo al inciso cuarto del artículo 58 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, en el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53, será el de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, y de consiguiente, formulado por Don... su recurso de alzada el 30 de junio de 1960 quedó por silencio administrativo, denegado, conforme al artículo 125 de la Ley de procedimiento-administrativa, al no recaer acuerdo expreso transcurridos los tres meses el 30 de septiembre de 1960; e interpuesto, el 18 de febrero de 1961, el presente recurso contencioso-administrativo contra dicha desestimación, estaba corriendo el plazo de un año señalado en el inciso cuarto del artículo 58 mencionado, por lo cual no es acogible al motivo de inadmisibilidad alegado por la Administración al amparo del apartado f) del artículo 82 de la Ley citada'

En el mismo sentido, una sentencia de 25 de enero de 1964.

No obstante, esta doctrina correcta va a sufrir alguna desviación. Y en al-

---

(3) GONZÁLEZ PÉREZ, *El cómputo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 33, págs. 111-117, y en «El Consultor de los Ayuntamientos», núm. 52, de 1964, págs. 1.575-1.580.

guna concreta ocasión, el Tribunal Supremo va a apartarse de ella para seguir algunas de estas direcciones:

a) Que se aplica el plazo general de dos meses. Así, las sentencias de 6 y 17 de marzo de 1965, cuya doctrina se reitera en la de 7 de junio de 1965, que declara: «.. Es preciso tener en cuenta el precepto del artículo 125 de la Ley de procedimiento-administrativo, según el cual transcurridos tres meses desde la interposición de la alzada sin que se notifique su resolución, se entenderá desestimada y quedará expedita la vía procedente, que por quedar con ello agotada la administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, número cuatro, en relación con el artículo 17 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al tratarse de Director General y de materia relativa a personal no es otra que la jurisdicción contencioso-administrativa, y el plazo para acudir a ésta es, según el número tres del artículo 58 de la Ley jurisdiccional, en concordancia con la indicada norma del 125 de la de procedimiento-administrativo, el de dos meses a partir del transcurso de los tres meses de la alzada sin que se notifique su resolución, o sea desde el 4 de agosto de 1962, quedando, por tanto, cumplido el 2 de octubre de 1962; pues no se trata, según antes hemos puntualizado, del supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53 de la Ley reguladora de la jurisdicción, toda vez que no es impugnación de un acto presunto en virtud de silencio administrativo, regulado en el artículo 38 de esta última Ley y por ello de aplicación al cómputo del plazo de la regla contenida en el número cuatro del 58, o sea, de un año desde el día siguiente al en que se entiende desestimada la petición como señal el representante de la Administración, sino de impugnar no la desestimación de la petición, sino la resolución tácita desestimatoria de la alzada: y como quiera que al presentar el actor el recurso contencioso-administrativo en 7 de agosto de 1963, había transcurrido con notorio exceso el indicado plazo de dos meses, de aplicación al presente caso; estando, asimismo, expirado el de un año, a que se refiere en su alegación la defensa de la Administración, es obligado apreciar por el primer fundamento la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del apartado f) del artículo 28 de la Ley jurisdiccional, según el cual la sentencia declarará aquélla cuando el escrito inicial se hubiese presentado fuera del plazo establecido, conclusión que impide examinar y resolver el problema de fondo suscitado en el recurso (4).

En el mismo sentido, la de 5 de diciembre de 1968.

b) Que se aplica el plazo para el recurso de reposición y en consecuencia, deberá incoarse el contencioso-administrativo dentro del año siguiente a la presentación del recurso de alzada. Esta posición inicialmente no obtuvo la sanción jurisprudencial (5); sin embargo, pese a su falta de fundamento fue acogida en una de las más prestigiosas obras sobre nuestro proceso administrativo (6). Y, sin duda por influencia de la misma, ha llegado a ser aceptada, recientemente, en numerosas sentencias. Así, en sentencias de 7 de noviembre y 12 de diciembre de 1969. La sentencia de 21 de enero de 1970, dice: «...si en

(4) Al problema me referí en *El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada*, «El Consultor de los Ayuntamientos», 1965, págs. 983 y siga., así como en *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966, II, págs. 638-643.

(5) Las sentencias dictadas a raíz de la Ley de Procedimiento Administrativo se inclinaron a favor de la posición correcta.

(6) TRUJILLO, QUINTANA Y BOLA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1966, II, págs. 104-106.

verdad, no ha dejado de producirse cierta vacilación en la doctrina legal, cuando del recurso de alzada desestimado por silencio administrativo se trataba, por la concreta referencia, que el antes indicado apartado 2.º del artículo 58, hace el de reposición y lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre procedimiento-administrativo, últimamente, una vez aclarado el sentido con el que había de entenderse el precitado artículo, de no tener otro alcance que el de dar por suprimido, concretamente para el recurso de alzada, el sistema general de la necesidad de acusar la mora, para poder inferir producida la denegación por silencio administrativo, se viene manteniendo con unanimidad respondiendo, así al criterio del legislador, de establecer un régimen general, la equiparación de ambos recursos; reposición y alzada, a los efectos del plazo, en las denegaciones presuntas, de interposición del correspondiente recurso por esta vía jurisdiccional, que lo es, como ya ha quedado expresado el de un año a contar de la fecha de interposición del recurso sea de reposición o alzada, de tal modo acogido en sentencia *inter alia* como más recientes de 7 de noviembre y 17 de diciembre de 1969 y Auto de 18 de este último mes y año de esta propia Sala».

De estas tres soluciones ha prevalecido, al menos en la jurisprudencia de la Sala Cuarta, aquella que aplica por analogía el precepto sobre el plazo para recurrir contra la denegación presunta del recurso de reposición, y consigna que el plazo es de un año contado desde la interposición del recurso de alzada. Así lo hace la sentencia comentada.

### III. CONDICIONAMIENTO DE LOS ACTOS DE APROBACIÓN DE ORDENACIONES URBANÍSTICAS.

#### 1. *El problema de la licitud de los elementos accidentales del acto administrativo.*

Uno de los temas más debatidos de la teoría del acto administrativo ha sido el de la admisibilidad de que el contenido natural del acto se someta a condiciones accidentales o secundarias no previstas en el Ordenamiento aplicable.

Hay que partir de un principio elemental: la tipicidad del acto administrativo (7). El Ordenamiento jurídico recoge las formas típicas a través de las que se desarrolla la actividad administrativa. De este modo cada institución, cada acto, ofrece un régimen jurídico peculiar y propio. A él se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al hablar de «la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones» (8).

¿Puede el órgano administrativo competente someter ese contenido natural del acto a condición, término o modo?

Cada día es más frecuente en nuestra práctica administrativa que el órgano competente para dictar un acto introduzca en su contenido una serie de cláusulas accesorias que llegan a desnaturalizar su régimen propio.

Por el procedimiento recusable de introducir condiciones que desnaturalizan el régimen del acto, se ha escapado—o intentado escapar—de la aplicación de principios tan esenciales como el de la responsabilidad de la Administración. Tal es el caso de buen número de licencias, autorizaciones o permisos otorgados por determinados Departamentos ministeriales. Con arreglo a la nueva

(7) MARTÍN RETORTILLO (S.), *La desviación de poder en Derecho español*. «Revista de Administración pública», núm. 22, págs. 140-141.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 325-328.

legislación es indudable que una vez dictados aquellos actos, si razones de interés público exigen su revocación, habrá que indemnizar a su titular de los daños ocasionados por la revocación. Pues bien, la Administración ha escapado de esta aplicación del principio añadiendo a la licencia, autorización o permiso una cláusula en virtud de la cual se otorgan en precario, reservándose expresamente la facultad de revocar sin indemnización. Con ello se infringe principio tan elemental de Derecho administrativo como el que prohíbe en todo acto administrativo incluir elementos accidentales o accesorios que vayan en contra de su contenido esencial (9).

Es evidente que estas cláusulas accesorias son legalmente improcedentes.

¿Hasta qué punto son admisibles las cláusulas accesorias?

Pueden sentarse los siguientes principios:

a) Que así como en los actos de contenido reglado, es improcedente cualquier condicionamiento no previsto en la normativa reguladora, en los de contenido discrecional resultan admisibles aquellas cláusulas o condiciones que no resulten contrarias al Ordenamiento o desvirtúen el régimen propio del acto (10)

b) Que cuando la cláusula accesoria incurra en alguna de estas infracciones, la misma será inválida, sin que ello determine la invalidez del acto principal. Esta distinción es fundamental.

2. *La condición impuesta en el acto objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia de 5 de noviembre de 1970.*

El acuerdo fue dictado en expediente de aprobación de un proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de una manzana. Pero no se limitó a la aprobación de esa rectificación de alineaciones, sino que condicionó la aprobación a que «el promotor de la reforma solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas que comprende esta ordenación».

El acuerdo principal era correcto. Cuando ante el órgano administrativo competente se somete a aprobación un plan, ordenanza o proyecto de alineación o urbanización, su competencia se extiende a la homologación de si los mismos se ajustan o no a las normas urbanísticas y planes de rango superior de ineludible cumplimiento.

El Ayuntamiento de Madrid, al aprobar el proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de la manzana, se ajustó a la ordenación vigente.

Pero no lo fue al imponer una condición improcedente, que pugnaba abiertamente con la reglamentación vigente. En efecto:

Es principio general del Derecho público el de la competencia. Cada órgano debe actuar dentro de su esfera de atribuciones, ya que la competencia es —como dice la sentencia de 22 de noviembre de 1954— «el llamamiento que hace la Ley a determinada autoridad o corporación para entender perfectamente a toda otra en un asunto que a la Administración incumbe». Con anterioridad, otra de 11 de enero de 1936 había declarado que «la competencia de todo órgano del Estado representa un conjunto de poderes concedidos por un acto

(9) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., pág. 327.

(10) ROYO-VILLANOVA (S.), *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944; BOQUERA, *El condicionamiento de las licencias*, «Revista de Administración pública», número 87, págs. 173-203.

creador a un órgano creado o delimitado dentro del ámbito de cada uno, mediante normas reguladoras del Derecho público en plena eficacia de vigencia».

Como principio fundamental de organización, las normas en que se concreta son irrenunciables. De aquí que la competencia deba ejercerse por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las Leyes (art. 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo) Y cuando un órgano administrativo invade la esfera de atribuciones de otro, la sanción es la anulabilidad, y hasta la nulidad de pleno Derecho, según el artículo 47, párrafo 1, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando es manifiesta. En este sentido, por ejemplo, las sentencias de 25 y 31 de marzo, 10 y 14 de diciembre de 1966. Como exponente de esta doctrina, recordaremos la sentencia de 30 de noviembre de 1966, que afirma: «Es misión principalísima de esta especial jurisdicción, velar por la correcta aplicación de las normas procesales, que, por ser de orden público, obligan por igual a la Administración y a los administrados que integran todo un sistema de garantías jurídicas y marcan caminos por los que el Derecho se realiza en la vida e imperativamente procede imponerse por la autoridad una de las más importantes garantías del proceso administrativo, es, precisamente, la de que el órgano de la Administración actúe y se produzca dentro de su esfera competencial, y ello con la ineludible consecuencia de nulidad impuesta por el legislador en el artículo 47, apartado a), de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, precepto que estatuye la nulidad de pleno Derecho para el acto dictado por órgano manifiestamente incompetente».

Este supuesto, es incuestionable que aquella cláusula accesoría impuesta por el Ayuntamiento en su acuerdo de aprobación del proyecto de rectificación de alineaciones era inválida, por invadir la esfera de atribuciones de otro órgano del Estado. En efecto:

a) Es incuestionable que el Ayuntamiento, dentro de su esfera de atribuciones, al ejercer sus potestades discrecionales, puede imponer a los administrados las condiciones que considere convenientes, siempre con el límite del interés público, ya que el apartamiento del mismo incurriría en desviación de poder. Pero lo que en modo alguno pueden hacer los órganos municipales es imponer condiciones que supongan una infracción del Ordenamiento jurídico o invadir la esfera de atribuciones de otra entidad.

b) Por lo que respecta a la extinción de las relaciones arrendaticias sobre un inmueble urbano y posibles derechos de los arrendatarios en orden a un posible retorno, el Ayuntamiento podrá pronunciarse en la forma que considere más oportuna, *siempre y cuando no exista norma expresa que regule en determinado sentido aquellas situaciones*. Si no existe normativa aplicable, reconocemos potestad plena al Ayuntamiento. Pero no cuando la norma existe.

c) Uno de los supuestos en que el Ordenamiento jurídico prevé y regula detalladamente los efectos sobre la relación arrendaticia de una decisión administrativa es, precisamente, el de demolición de inmuebles para edificar una nueva finca que cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas, respetando al propio tiempo, el número de locales de negocio. La regulación se contiene en los artículos 78 y siguientes de la Ley de arrendamientos Urbanos, preceptos sobre los que ha recaído una reiteradísima jurisprudencia. Con arreglo a esta regulación, resulta:

a') Que dictado por el Gobernador civil el acuerdo autorizando el derribo,

se produce una excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento, y, por tanto, la resolución de éste en el proceso civil correspondiente.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 29 de diciembre de 1964, dice: «La resolución del Gobernador autorizando el derribo tiene eficacia en sí para que pueda entablarse la acción ante los Tribunales, pues la Ley lo considera no susceptible de recurso, firme a estos efectos, a diferencia del caso regulado por el artículo 114-10, declaración de ruina».

En análogo sentido, las sentencias de la misma Sala primera de 26 de mayo de 1958, 27 de febrero, 4 de marzo y 11 de junio de 1959, 13 de abril de 1962, 23 de diciembre de 1963 y 22 de junio de 1964.

b') Que se reconoce al arrendatario el derecho de retorno, con el cumplimiento estricto de los requisitos que enumera el artículo 81 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos. En caso de incumplimiento de estos requisitos, se extingue el derecho de retorno.

Así lo ha venido exigiendo la jurisprudencia contencioso-administrativa y la civil. Entre la primera, una sentencia de 1 de marzo de 1965, dice: «El derecho de retorno está subordinado al cumplimiento por el arrendatario del desalojo dentro del tiempo de requerimiento, y de no hacerlo incurrirá en la sanción de pérdida del mismo».

Entre las sentencias civiles, entre las más recientes, cabe citar las siguientes:

— Sentencia de 30 de octubre de 1963: «Por ser doctrina reconocida por esta Sala—sentencia de 28 de junio de 1961—que cuando el arrendatario continúa en la posesión del piso, transcurrido el plazo señalado, convierte él mismo, por su resistencia a dejarlo, en causa de resolución, el contrato que le ligaba con el propietario, que es lo que aquí ha acontecido y no procede su prórroga ulterior, debido a no ser admisible el dejar sin efecto un plazo por la sola voluntad del arrendatario».

— Sentencia de 23 de diciembre de 1963: «El plazo para el ejercicio de la facultad que al arrendatario confiere el artículo 81 ha de producirse dentro del año de la notificación del propósito de derribo que señala el 78 de la Ley, hasta tal punto que el arrendatario que no desaloja el local en ese plazo pierde su derecho de opción, por todo lo cual y habiendo transcurrido con exceso el año de preaviso, sin que el demandado haya desalojado en ese plazo pierde su derecho de opción, por todo lo cual habiendo transcurrido el año de preaviso sin que haya desalojado el local origen de la presente contienda judicial procede estimar la acción de denegación de prórroga del arrendamiento concertado, perdiendo en su consecuencia todo derecho de retorno al inmueble reedificado, y ello, de conformidad con la causa 11 del artículo 114 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos».

— Sentencia de 7 de abril de 1964: «El arrendador notificará de forma fehaciente al usuario con un año de antelación la autorización de demolición concedida y tiempo de comienzo de las obras, quedando sin efecto si transcurriere el plazo sin principiarlas, de donde se desprende que el edificio ha de estar desalojado dentro del tiempo de iniciación de las obras, y como este requisito ha quedado incumplido por parte del arrendatario, es indudable que se ha extinguido su derecho de opción de retorno porque todos los derechos nacen y crecen ante un supuesto o situación de la Ley fija y como en el presente caso el arrendatario no ha cumplido las obligaciones que la Ley señala, queda fuera de toda duda que no le asiste el derecho de retorno, sin que se pueda entender, como sostiene el primer motivo del recurso, que no hay plazo

para suscribir el documento a que se refiere el artículo 81 siempre que se haga antes del desalojo, pues este artículo se ha de interpretar coordinándolo con los demás, pues de no ser así quedaría al arbitrio del arrendatario el comienzo de las obras que, como antes se dice, se fija por la autoridad gubernativa».

Desde el momento que la competencia municipal se limita a verificar si el proyecto se ajusta o no a las Ordenanzas vigentes, no puede extenderse a cuestiones cuyo conocimiento se atribuyen por Ley a órganos distintos.

Desde el momento que existe un acuerdo del Gobernador civil autorizando el derribo, las consecuencias de este acuerdo, la decisión acerca de la resolución de los contratos de arrendamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

El Ayuntamiento no puede interferir la competencia de la jurisdicción ordinaria, ni hacer pronunciamientos sobre cuestiones civiles ya prejuzgadas. Pues ello supondría la más grave de las incompetencias: no la de invadir un órgano administrativo la esfera de atribuciones de otro; sino la invasión por parte de la Administración como un todo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios (sentencias de 19 de diciembre de 1962, 18 de junio de 1964, 28 de mayo, 18 de noviembre y 14 de diciembre de 1966).

### 3. *Conclusión.*

La sentencia comentada antes transcrita, manejando con la más depurada técnica conceptos elementales del Derecho administrativo, nos ofrece una correcta doctrina sobre la eficacia de las cláusulas accesorias.

Su valor es extraordinario ante el manifiesto abuso de nuestros órganos administrativos—estatales y locales—en el empleo de este tipo de cláusulas: unas veces, para escapar del régimen propio al tiempo de acto principal; otras, invadiendo la esfera sagrada de los Tribunales.

Sólo con sentencias como la que hoy comentamos, puede el administrado encontrar defensa y garantía ante las arbitrariedades cada día más frecuentes de nuestros administradores, en su obstinada actitud de realizar su personalísima interpretación del interés público, con olvido del Ordenamiento.

J. G. P.



### III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

19. *VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: Gozan de exención las escrituras de préstamo otorgadas incluso cuando el edificio se halla en avanzado estado de construcción y el crédito obtenido, se destina a realizar pagos pendientes o a consolidar en una operación a largo plazo, obligaciones ya contratadas* (RESOLUCIÓN DE 30 DE OCTUBRE DE 1969)

A) *Hechos*—Del expediente de gestión, se desprendían como probados los siguientes: a) Que los recurrentes obtuvieron la calificación provisional de viviendas de renta limitada, para la venta de las que proyectaban construir en un solar propio, sito en la ciudad de Vigo, cuyo presupuesto total ascendía según la cédula a 13 741.864 pesetas; b) Que en 1962 otorgaron escritura de declaración de obra nueva que no comprendía la totalidad del edificio sino únicamente los cinco primeros pisos de los diez proyectados, por un valor de 800.000 pesetas ya satisfechas, quedando pendiente de pago 12.941.864 pesetas, importe del resto de la estructura del edificio e instalaciones; c) Que en 1964 otorgaron escritura de préstamo hipotecario por plazo de diez años e interés del 5,50 por 100 anual, por un capital de 10.000.000 de pesetas, inferior al 80 por 100 de la cantidad que restaba del presupuesto de las obras, sin contar la obra nueva satisfecha; d) Que al otorgarse tal escritura de préstamo, no estaba aún terminada la construcción del edificio, según acreditaba la correspondiente certificación del arquitecto director; e) Que el préstamo se concedió precisamente para la construcción y remate del edificio en cuestión.

La reclamación se fundaba en que la Abogacía del Estado no aplicó al contrato de préstamo hipotecario los beneficios establecidos en la legislación de viviendas de renta limitada, por entender que el inmueble estaba ya totalmente construido al otorgarse la escritura de declaración de obra nueva, previa a la de hipoteca. El Tribunal Provincial de Vigo, aún dando, por supuesto, que

la edificación no estaba terminada rechazó asimismo el recurso porque el otorgamiento de la escritura de préstamo no acreditaba el ulterior y exclusivo destino del dinero que era sufragar la construcción del edificio, circunstancia que los reclamantes no habían acreditado.

El Tribunal Central revoca la Resolución del órgano inferior, en base a la siguiente doctrina:

B) *Doctrina.*—Que a tenor del epígrafe c) del número 59 del artículo 34 de la Ley del Impuesto de Derechos reales de 21 de marzo de 1958, que era la aplicable, gozarán de exención de dicho impuesto los «contratos de préstamo hipotecario que se destinen exclusivamente a la construcción de viviendas de renta limitada, siempre que el interés concertado no exceda del 5,50 por 100 y su plazo de amortización no sea inferior a diez años», circunstancias que concurren en el caso del recurso, ya que las viviendas se hallaban calificadas provisionalmente como de renta limitada, la cuantía del préstamo se ajustaba a lo previsto en el artículo 15 de la Ley de 15 de julio de 1954, y se obtuvo, según el mismo precepto exige, de una entidad de crédito.

Que al reconocimiento de la exención no se opone el hecho de que cuando el crédito fue otorgado, se hallase el edificio en avanzado estado de construcción, pues en la escritura se estipula expresamente que la totalidad del préstamo o la parte que sea precisa se destinará a la terminación de la obra, y no existe incompatibilidad sustancial entre el hecho de estar la edificación ya avanzada al constituirse la hipoteca, y la circunstancia de poder recibirse en tal momento parte del préstamo, o aún su totalidad, lo que bien puede efectuarse para realizar pagos pendientes por el importe de materiales y honorarios profesionales aún no satisfechos, o consolidar en una operación a largo plazo las obligaciones pendientes contraídas para satisfacer otros gastos, pues lo único que resulta acreditado como satisfecho es la cantidad de 800.000 pesetas, cuya liberación se confesó en la escritura de declaración de obra nueva.

20. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: La interpretación del artículo 65, número 55, del vigente texto refundido, no puede ser otra que la de estimar que al hablar de construcción, promoción o explotación en arrendamiento, se comprenden tres actividades distintas e independientes, gozando cada una de ellas por separado del beneficio de exención que tal precepto concede* (RESOLUCIÓN DE 30 DE OCTUBRE DE 1969).

A) *Hechos.*—Se constituyó una Sociedad mercantil cuyo objeto, según Estatutos, era «la construcción de inmuebles de renta limitada, la adquisición de terrenos para este fin, agrupaciones, segregaciones, hipotecas, la posterior venta o explotación de los referidos inmuebles o de sus partes *in divisas* correspondientes y los demás negocios jurídicos o actos previstos por la legislación vigente en esta materia, Ley de 15 de julio de 1954 y disposiciones complementarias, u otras construcciones o negocios que en lo sucesivo por leyes posteriores a la indicada pudieran ser objeto de protección estatal».

Se otorgó posteriormente una escritura de ampliación de capital que presentada en la Abogacía del Estado correspondiente, fue liquidada por el número 6 de la Tarifa aplicable al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

El Tribunal Provincial confirmó el criterio seguido por la oficina de gestión por entender que el artículo 65, número 55 del texto refundido de 6 de abril de 1967 (reproducción literal del artículo 146, número 78 de la Ley de 11 de junio de 1964), ha de estimarse referido a las sociedades inmobiliarias que construyan viviendas de protección oficial para cederlas en régimen de arrendamiento, negocio jurídico que cualifica a las tres actividades que el precepto enuncia, o sea, la construcción, la promoción y la explotación, y en el caso cuestionado la ampliación de capital se refería a una sociedad con objeto de mayor amplitud, al permitir además el régimen de venta.

El Tribunal Central reconoce la aplicación al caso, de la exención invocada por los recurrentes, en base a la siguiente interpretación del precepto cuestionado.

B) *Doctrina*.—Que en su acepción gramatical, si la norma quisiera exigir la concurrencia inexcusable de la finalidad de explotación en arrendamiento, llanamente diría «construcción, promoción y explotación», pero la conjunción «o» que emplea es disyuntiva y no copulativa, como el Tribunal Provincial entiende implícitamente. Y si la interpretación es teleológica, el fin de la Ley no es otro que el de promover la construcción de viviendas que no sean de lujo, con objeto de atender la creciente y constante demanda de ellas que producen de consuno, nuestro aumento demográfico y de nivel de vida, lo que no se lograría en las proporciones ordenadas si se obligase a las sociedades constructoras, para gozar del beneficio fiscal que se cuestiona, a retener la propiedad de los edificios construidos, en lugar de amortizar lo invertido en ellos para aplicarlo a nuevos proyectos de construcción.

21. *PRESCRIPCION: Forma de computar el plazo para la exigencia del Impuesto. Determinación de la disposición aplicable al caso concreto debido* (RESOLUCIÓN DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1969).

A) *Hechos*.—La Sociedad «Empresa Constructora Onubense, S. A.» suscribió con un Grupo Sindical de Colonización, un contrato de obras con suministro de materiales, mediante documento privado fechado en 1957. Presentado el documento en cuestión en la Oficina liquidadora competente, transcurridos ocho años desde su fecha, es decir, en 1965, dio lugar a una liquidación por el concepto de contrato mixto, número 22 de la Tarifa al tipo del 2,25 por 100. La representación de la Sociedad apoyó su reclamación en que no existiendo ocultación del hecho, pues en el mencionado contrato, firmó para dar el visto bueno el Delegado Provincial de Sindicatos y se remitieron copias a distintos organismos públicos, entre ellos el Instituto Nacional de Colonización, tal contrato tenía el carácter de público desde la misma fecha de haberse suscrito, debiendo, por tanto, entrar en juego la prescripción, de conformidad con los artículos 64, apartado a), 67 y Disposición final cuarta de la Ley General Tributaria.

El Tribunal Central, desestima la reclamación y confirma el fallo del Provincial respectivo utilizando argumentos análogos a éste, que en síntesis son, los siguientes:

B) *Doctrina*.—Que en orden al juego de la fecha de los documentos, a efectos de la prescripción, tanto el Reglamento de 1959, como la Ley General Tributaria de 1963 y el texto refundido de 1967 disponen que se considerará como tal, la de su presentación a liquidación, salvo que con anterioridad se justifique y pruebe cumplidamente que tales documentos habían sido incorporados o inscritos en un registro público o entregados a un funcionario público por razón de su oficio, en cuyos supuestos se estimará como fecha a tales efectos prescriptivos, la de tal incorporación o entrega.

Que el simple examen de las actuaciones, pone de manifiesto la falta de concurrencia de la salvedad antedicha, ya que ni el jefe de un Grupo de Colonización tiene el carácter de funcionario público, ni en forma alguna ha resultado probada la incorporación o inscripción del documento en un registro público, ni su entrega a funcionario de esta naturaleza, por razón de su oficio, por lo que en conclusión cabe afirmar que la fecha del contrato para la prescripción del Impuesto, no es la alegada por la Sociedad, sino la de 1965 en que se presentó a liquidación.

Que en orden a si el plazo de prescripción que debe tomarse en cuenta en este caso ha de ser el de cinco años (conforme a la Ley de 11 de junio de 1964 y texto refundido de 1967), o el de diez (conforme a la legislación de 1958) es de aplicación el artículo 18 de la Ley General Tributaria que se refiere a la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias, teniendo tal carácter la Orden de 24 de junio de 1964 dictada para aclarar las dudas que suscita la aplicación del artículo 64 de dicha Ley, en orden a la forma de computar los plazos de la prescripción iniciada antes de la entrada en vigor de aquélla. Con arreglo a dicha Orden, el plazo de prescripción es el de diez años, a contar de la fecha del documento, que al no estar vencidos en el presente caso, justifican igualmente la procedencia de la liquidación y la desestimación del recurso.

22. *VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: No gozan de exención los contratos de préstamo hipotecario, cuando el interés pactado es superior al 5,50 por 100 anual. Tampoco procede aplicar al caso concreto cuestionado, la bonificación del 75 por 100 en la base, prevista para los polígonos de nueva urbanización o reforma interior (RESOLUCIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1969)*

A) *Hechos*.—Mediante escritura pública, fechada en 1966, la Caja de Ahorros de Valencia, concedió a determinadas personas un préstamo hipotecario de siete millones de pesetas, por término de diez años e interés del 7 por 100 anual, haciéndose constar que aquel capital se destinaba a la construcción de viviendas de renta limitada. Presentada copia en la Abogacía del Estado, se giró liquidación aplicando el tipo del 1,90 por 100, correspondiente al número 12 de la Tarifa, que fue impugnada con base en los siguientes motivos. 1.º No haberse tenido en cuenta la exención establecida en el número 62 del artículo 146 de la Ley de 11 de junio de 1964, cuyo último párrafo, al remitirse a la limitación establecida en el número 29, no puede referirse sino a los requisitos legales que de oficio exige el Ministerio de la Vivienda para conceder la calificación definitiva de viviendas de protección oficial; 2.º La redacción del expresado número 62, implica un nuevo criterio legislativo, abandonando el anterior que exigía para la exención de estos préstamos, un plazo mínimo

de diez años y un interés máximo del 5,50 por 100 anual; 3.º Subsidiariamente, el referido préstamo debe gozar de bonificación del 90 por 100, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193 de la Ley del Suelo, al tener por destino, la construcción de dos edificios situados en una manzana de reforma interior. A este efecto se solicitó recibimiento a prueba y se aportó una certificación del Ayuntamiento de Valencia, que con referencia al solar descrito por los reclamantes, decía literalmente: «el Plano parcial de alineaciones número 10 se refiere a sector urbano comprendido en el casco de la población, y su objeto ha sido resolver problemas de circulación, estética, mejora de servicios públicos y otros fines semejantes...», ni durante su trámite, ni en la Orden de aprobación, figura calificación alguna del mismo en el sentido de que se trate de «proyecto de reforma interior» o de «plan de extensión».

Sin entrar a conocer de la petición subsidiaria, el Tribunal Provincial denegó la exención invocada por entender que la remisión del número 62 al 29 párrafo último, del artículo 146, establece entre ambos preceptos una rigurosa conexión y confirma unos condicionamientos ya existentes al promulgarse la Ley de 11 de junio de 1964, no procediendo conceder el beneficio en el caso cuestionado, al ser el interés del préstamo, superior al 5,50 por 100 anual.

El Tribunal Central aborda las dos cuestiones planteadas, del siguiente modo:

B) *Doctrina.*—En primer lugar, y en cuanto a la solicitud de exención, declarando que no puede prevalecer la interpretación del recurrente en el sentido de que el condicionamiento contenido en el número 29 citado, se refiere únicamente a los requisitos que en cada caso exigen las disposiciones vigentes para la calificación definitiva, entre los cuales no debe comprenderse el relativo a la cuantía del interés del préstamo, pues nada tiene que ver con la obtención de dicha calificación. En efecto, dicha interpretación es errónea porque la Ley de 15 de julio de 1954 sobre viviendas de renta limitada, sólo concedía exención a los contratos de préstamo hipotecario con destino a la construcción de dichas viviendas, si el interés del préstamo no excedía del 4,50 por 100 (posteriormente elevado al 5,50 por 100), lo que significa que el beneficio fiscal está condicionado al cumplimiento de los requisitos que para cada negocio jurídico exigen las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas y uno de tales requisitos es el de la cuantía del interés.

En cuanto a la bonificación solicitada con carácter subsidiario, estimando improcedente la invocación del artículo 193 de la Ley del Suelo, pues en el momento de la concesión del préstamo, regían en cuanto a exenciones y reducciones en la base liquidable, los artículos 146 y 147 de la Ley de 11 de junio de 1964, y si bien este último concede una reducción del 75 por 100, tal beneficio es aplicable solamente a polígonos de nueva urbanización o reforma interior, circunstancia que no concurre en este caso, pues en la certificación municipal aportada se dice únicamente que el solar a edificar está afectado por un plan parcial de alineaciones de un sector comprendido en el casco urbano.

23. *NATURALEZA DEL ACTO: Es contrato perfecto y no sujeto a condición suspensiva, el de compraventa en documento privado en que, si bien se dice que los vendedores conservarán en todo momento el dominio de los inmuebles, se concede de otra parte una clara facultad dominical a los compradores y se establece un efecto resolutorio automático para caso de impago* (RESOLUCIÓN DE 4 DE DICIEMBRE DE 1969)

A) *Hechos*.—A requerimiento de la Oficina correspondiente, fue presentado a liquidación, un documento privado de compraventa en el que se decía entre otras cosas, que el precio de trece millones de pesetas sería satisfecho en la siguiente forma: 200.000 pesetas al momento de la firma del documento, de las que los vendedores daban total carta de pago; un millón de pesetas, el 1 de octubre de 1965; 800.000 pesetas el 31 de diciembre siguiente, y once millones de pesetas dentro del año 1966, estableciéndose un posible aplazamiento de esta última cantidad. Se añadía además que el otorgamiento de escritura no tendría lugar hasta el pago total del precio, pero los compradores podrían enajenar parcelas de a lo menos un millón de metros cuadrados de extensión, participándolo a los vendedores, que vendrían obligados a otorgar la correspondiente escritura de segregación a los adquirentes, siempre que los citados vendedores percibieran al menos el 90 por 100 del precio de la enajenación que no podría ser nunca inferior a seis pesetas por metro cuadrado. Se disponía asimismo que el incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas traería aparejada la rescisión de pleno derecho del contrato, y en tal caso, los vendedores «que conservarán en todo momento el dominio de los inmuebles, se harán cargo de estos, en el estado en que se encuentren sin necesidad de previo requerimiento a los compradores, y guardarán para sí, en concepto de pena o indemnización de daños y perjuicios, las cantidades que hubieran percibido por cualquier concepto. No obstante, quedan autorizados los adquirentes a verificar, por su cuenta y riesgo, las obras y mejoras que estimen convenientes en las fincas, las que quedarán en beneficio de los vendedores, en caso de rescisión, sin derecho alguno a indemnización».

El contrato se liquidó por el número 1 de la Tarifa al 7,40 por 100 sobre la base comprobada.

Formalizada reclamación económico-administrativa se alegó que el acto objeto de la reclamación era una compraventa con reserva de dominio, sin que los actos de los contratantes posteriores al otorgamiento del contrato hubiesen variado en nada las condiciones estipuladas, pues si bien se habían pagado dos millones de pesetas del precio, faltaban por pagar los once restantes, sin que se hubiese otorgado escritura pública de venta, manteniéndose invariables en el Registro de la Propiedad las inscripciones a favor de los vendedores, concluyendo que el pacto de reserva de dominio es siempre una condición suspensiva típica. En base a todo ello se invocó la aplicación del artículo 173, 3 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1965, con la consiguiente anulación de la liquidación practicada hasta que, pagado el total precio, tuviera realidad fáctica legal la transmisión de bienes de que se trataba.

La cuestión se concretaba, pues en decidir si el contrato implicaba una transmisión sujeta a condición suspensiva y, por tanto, no consumada, o simplemente, como garantía de pago del precio, se pactó una condición resolutoria

en un contrato de compraventa perfecto; todo ello con el fin de determinar el momento de nacimiento del hecho imponible conforme al artículo 7.º del texto refundido vigente.

El Tribunal Central sienta la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Invoca en primer lugar los artículos 1.281 y 1.450 del Código civil. El primero por cuanto la interpretación literal del contrato pone de manifiesto la calificación de éste como compraventa, en cuanto las partes hablan de comprar y vender. El segundo para invalidar la argumentación del aplazamiento de pago, dado que en nuestro sistema, la venta se perfecciona simplemente con que comprador y vendedor convengan sobre cosa y precio «aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».

Precisa asimismo el Central, que si bien el contrato contiene la estipulación de que no se otorgará escritura hasta el pago total, autoriza de otra parte a los compradores para disponer de las fincas, lo que implica la posibilidad de ejercitar una clara facultad dominical; y que si bien atribuye a los vendedores en todo momento el dominio de los inmuebles, sanciona de otra parte con la resolución el posible incumplimiento de las condiciones de pago establecidas «lo que, sin duda alguna, lleva aparejada la existencia de una condición resolutoria con pacto comisorio expreso, de una transmisión evidentemente llevada a cabo» que permitiría en su caso a los vendedores, hacer uso del artículo 1.504 del Código civil.

De todo ello se deriva que el contrato «no es por sí mismo condicional, sino que fue puro y perfecto desde el principio, si bien está amenazado de rescisión si se verifica el hecho previsto por las partes» (transcribimos literalmente); y añade en el Considerando final, «que a la misma conclusión se llega mediante la observación de la cláusula contenida en el contrato referente a la estipulación de que *hasta tanto no se haya satisfecho totalmente el precio, no se otorgará la escritura de venta de las fincas*, pues para que tal cláusula tuviera la interpretación que los contribuyentes pretenden sería necesario que de la misma resultara clara la intención de no vincularse más que mediante un documento auténtico público, de tal forma que su consentimiento quedara en suspenso hasta que tal requisito fuera cumplido, y que cada una de las partes pudiera separarse de la convención, lo que evidentemente no se deriva del resto de sus estipulaciones».

- 24 *COMPROBACION DE VALORES: Aplicación del atribuido a bienes de naturaleza y circunstancias análogas, situados en la misma zona o distrito (artículo 117, 1.º del texto refundido). No procede cuando los volúmenes de edificación aprobados por Ordenanzas municipales son distintos (RESOLUCIÓN DE 4 DE DICIEMBRE DE 1969)*

A) *Hechos*.—Una Compañía religiosa vendió a dos Sociedades mercantiles sendos solares colindantes, con una cabida de 3.624 y 2.460 metros cuadrados respectivamente, por precios de 1.500.000 y 14.000.000 de pesetas.

La Oficina gestora, señaló al primero de ellos un valor comprobado de 5.475.600 pesetas, obtenido por el medio ordinario consistente en el precio que, según la última enajenación, fueron vendidos bienes de naturaleza y circuns-

tancias análogas, en la misma zona o distrito, (el segundo solar a que se ha hecho referencia).

Interpuesta reclamación se alegó que el valor de las superficies adquiridas por una y otra sociedad era muy diverso, dado que el solar de la recurrente sólo era edificable en un 10 por 100 y en volumen de un metro cúbico por metro cuadrado, mientras que el utilizado como elemento comparativo, era edificable en un 50 por 100 y en volumen equivalente a una altura de 14 metros, debido a que, aún siendo colindantes, estaban regulados por distinta Ordenanza municipal, lo que determinaba el diferente destino urbanístico que en realidad tenían ambas fincas.

El Tribunal Provincial entendió correcta la comprobación «puesto que la valoración se había hecho en función del precio satisfecho por la venta en la propia escritura y que las argumentaciones del reclamante no demostraban otra cosa que la no absoluta identidad de valores entre unos y otros bienes, pero no que no fuesen análogos en su naturaleza y circunstancias».

B) *Doctrina*.—El Tribunal Central, distingue entre la situación de las fincas y su naturaleza, y nos dice en concreto:

Que de las actuaciones se desprende que efectivamente las fincas estaban situadas en la misma zona o distrito por cuanto el hecho de que una vez enajenadas hubieran de ser atravesadas por una calle, en nada modificaba aquella realidad, dado que el término «zona o distrito» es lo suficientemente amplio para que se entiendan comprendidos en el mismo los inmuebles situados dentro de una área determinada, aún cuando materialmente estén separados por vías públicas.

Que no ocurre otro tanto en relación con la naturaleza y circunstancias de las fincas, pues dado su diferente volumen de edificabilidad, no cabe establecer entre ellas la analogía que el precepto fiscal exige, siendo improcedente el argumento del Tribunal inferior cuando señala que la referida norma no exige que las fincas sean de la misma naturaleza y circunstancias, sino simplemente «análogas», olvidando que no podía establecer cosa distinta de lo que dispone, pues dos cosas perfectamente iguales situadas en distinto lugar, no es fácil que existan, y únicamente para comparar ha de partirse de la base de que sean «análogas» o «diferentes» en cuanto al uso de que son susceptibles.

25 *NATURALEZA DEL ACTO. DISOLUCION DE COMUNIDAD: Admite a efectos fiscales dos hipótesis: la que se realiza por división material de los bienes poseídos «pro indiviso», y la que tiene lugar cuando constituida para la explotación de un negocio, se cesa en él. En la primera, la liquidación se girará sobre el valor de las adjudicaciones «in natura»; la segunda se asimila a todos los efectos a la extinción de sociedades (Resolución de 11 DE DICIEMBRE DE 1969).*

A) *Hechos*.—La Abogacía del Estado de Segovia liquidó por el concepto «Sociedades» núm. 8 de la Tarifa al 1,70 por 100 varias escrituras de venta de pisos integrantes de un edificio de protección oficial, cuya propiedad indivisa pertenecía a los dos constructores recurrentes, que impugnaron la liquidación en base, entre otras, a las siguientes alegaciones: 1.º Que la venta de



los pisos no podía entenderse como extinción de una comunidad de bienes adquiridos a título oneroso porque la Ley exige la división material, que en este caso no se había producido; 2.º Que tampoco podía subsumirse en el supuesto fiscal del núm. 20 del artículo 155 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario (hoy artículo 57 del Texto Refundido), que verifica una cierta equiparación entre comunidad y sociedad, pues aun en la hipótesis de que la copropiedad de los reclamantes sobre los pisos tuviera la dinámica mercantil o industrial que la citada norma exige, la comunidad no se extingue porque se enajene un bien de su pertenencia, pues ello es simplemente una operación del giro o tráfico de la comunidad, que no puede entrañar su perecimiento.

El Tribunal Provincial estimó que la comunidad constituida por los reclamantes debía considerarse como sociedad a efectos del tributo, y la enajenación de un bien de su patrimonio como disolución de la misma en la cuantía que representa aquélla, por lo que confirmó el acto impugnado.

El Tribunal Central resuelve la alzada del modo siguiente:

B) *Doctrina*.—Constituye antecedente fáctico de la cuestión planteada, que los recurrentes, albañiles de profesión, habían construido un edificio de viviendas de renta limitada subvencionadas, para, previa su división horizontal, enajenarlas a terceros, sin haber constituido para el ejercicio de tal actividad, incluida en las Tarifas de licencia industrial, Compañía mercantil o Sociedad civil de clase alguna.

Sobre esta base y a la luz de los textos legales antes citados, la cuestión planteada se centraba en decidir si entre los recurrentes existía una comunidad de bienes, constituida por acto «inter vivos» para la explotación de negocios mercantiles o industriales, y en caso afirmativo, si la enajenación de un bien común suponía una disolución parcial, por el importe del precio obtenido.

La exégesis de la norma fiscal contenida en el artículo 57 del Texto Refundido, conduce a la conclusión de que en ella deben incluirse los siguientes supuestos: a) Cuando bienes poseídos en el condominio del artículo 392 del Código civil, se dedican por un acto «inter vivos» a la explotación de los negocios a que se refiere la Ley; b) Si los bienes de una comunidad hereditaria, también por acto «inter vivos», se destinan a la indicada explotación, habida cuenta de que si se explota el negocio del causante, tendría idéntica consideración de Sociedad, pero por aplicación del número 3, párrafo 1.º del artículo 57 citado; c) Cuando las Sociedades, por permanecer secretos sus pactos, carezcan de personalidad jurídica, y según el artículo 1.669 del Código civil, hayan de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

El caso de los recurrentes puede incluirse en el tercer supuesto, pues pusieron en común dinero, bienes o industria para la erección de un edificio y la enajenación de sus viviendas, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Obtenida esta conclusión, lo que resta es determinar si tal enajenación implica necesariamente la disolución total o parcial de la sociedad para efectos fiscales es la comunidad de bienes. Y sobre esta cuestión, dice textualmente el Central: «Si una comunidad de bienes o una sociedad se constituye para la explotación de negocios mercantiles o industriales no puede afirmarse que la realización de cada uno de los actos de su tráfico, dé lugar a la finalización del hecho comunitario o del ente social, porque la sociedad vivirá interin no se extinga conforme al artículo 1.700 del Código civil y 218 del de Comercio, y la comunidad de bienes para la explotación de negocios, hasta que no cese

en esta actividad, por la baja en la matrícula del Impuesto Industrial o por el efectivo abandono de los mismos; y por ello si se trata de comunidad de bienes para la construcción de viviendas, si se persiste en la explotación del negocio, el precio obtenido para la enajenación de un edificio, servirá para iniciar la erección de otros, por lo que será necesario partir del supuesto de la cesación, para que proceda considerar finalmente su disolución».

Por añadidura, en la disolución de una comunidad es preciso distinguir dos hipótesis, conforme a la mecánica general del Impuesto de Transmisiones: una cuando se realiza por la división material de los bienes poseídos «pro indiviso» y en la que la liquidación se girará sobre el valor de su adjudicación *in natura* a tenor del artículo 61 del Reglamento; y otra, cuando la comunidad se constituyó para la explotación de un negocio y se extingue por la cesación de éste, supuesto análogo al de la sociedad, porque no existiendo adjudicación de bienes, lo que realmente adquieren los comuneros es su participación en el haber social líquido, o en el capital nominal en su caso, comprobados por el medio ordinario del número 15, o en su defecto por el número 12, ambos del artículo 117 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto.

F. M. C.

LIBROS



AZÈMA JAKUES: *La durée des contrats succesifs*, Paris, 1969, 301 páginas.

JAKUES AZÈMA lleva a cabo en su monografía *Le durée des contracts succesifs*, el estudio de los contratos de duración o de ejecución sucesiva. No hay en el Derecho francés (como no lo hay en el nuestro) un texto legal que con carácter general establezca una distinción de los contratos fundada en la duración de los mismos. Es la doctrina moderna la que se encargó de delimitar esta categoría de contratos, pero todavía no se ha llegado a una noción de contrato de ejecución sucesiva con carácter definitivo, no se ha precisado el concepto. Es interesante destacar que algunos autores distinguen en el seno de los contratos de duración entre aquellos que crean entre las partes una verdadera relación permanente de obligación, como el arrendamiento, el contrato de trabajo o el seguro, y aquellos en los que «simplemente» se suceden en el tiempo prestaciones que podrían racionalmente constituir otros tantos contratos diferentes, pero que forman un todo en razón de la unidad del acto originador». (CARBONNIER). Ejemplo de estos contratos de ejecución escalonada, el suministro de gas o electricidad, la cesión del derecho a extraer material de una mina, la suscripción a un periódico, etcétera. AZÈMA recoge la distinción a efectos de dar en primer término un concepto de contrato de duración sucesiva que comprenda las dos subcategorías. Y los define a los contratos de duración como contratos en los que las obligaciones deben ejecutarse durante un periodo de tiempo. Es, dice, este periodo de tiempo lo que va a ser objeto de su estudio, y no el estudio total de unos contratos que tienen una problemática erizada de dificultades.

Y todavía el estudio se concreta más, es el intento de responder a una cuestión: ¿cuál es la duración del contrato que AZÈMA califica de «sucesivo»?

Parte de la distinción entre contrato de duración determinada y contrato de duración indeterminada, poniendo de relieve que si la distinción entre contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva no está prevista en el Código civil francés, la de contratos sucesivos de duración determinada y de duración indeterminada se ignora. Sólo algunos textos legales aluden de pasada a la posibilidad de prever o no un término a la duración del contrato, así el 1.780, 2.º en tema de arrendamiento de servicios, el 1.737 en el de arrendamiento, el 1.865 y 1.869 en el de sociedad, distinguiendo si se ha fijado o no el término del contrato. Y en algunos preceptos de determinadas Leyes especiales. Una vez más, es la doctrina la que se ha encargado de elaborar la distinción de estas subcategorías del contrato de duración. Y una doctrina bien escasa, ya que la mayoría de los autores no hace más referencia al tema que la de poner de relieve la existencia de una facultad de ruptura unilateral del contrato de duración indeterminada, siempre que esta facultad no se ejercite intempestivamente o con perjuicio excesivo para el contratante. Únicamente CARBONNIER recoge y

estudia las categorías de contratos sucesivos de duración determinada e indeterminada.

AZÈMA intenta un estudio que recoja lo que de común hay en las dos figuras, ya que, como concluye en su análisis, la distinción no se manifiesta nada más que en dos momentos del contrato entre los cuales permanece únicamente latente: aparece en el momento de la conclusión del contrato bajo la forma de una opción que se ofrece a las partes que eligen una u otra de la doble posibilidad, deja de tener interés durante la ejecución del contrato y aparece nuevamente con carácter fundamental en el momento de la extinción. Estos dos momentos son los que son objeto del análisis de AZÈMA.

Así, pues dedica la primera parte de la obra a la duración del contrato y la formación de la relación contractual.

En primer lugar, la decisión por una u otra forma de contrato sucesivo es debida a la elección de las partes contratantes; la elección de un término está determinada por móviles extrajurídicos, pero da lugar a un triple orden de problemas jurídicos: libertad de elección, ejercicio del derecho de elección y consecuencias de la elección sobre la naturaleza jurídica del contrato.

Destaca cómo cabe formular el principio de libertad de elección de la duración del contrato como uno de los aspectos de la libertad de contratación que se mantienen. Ahora bien la libertad de fijar el término de duración del contrato tiene sus límites, derivados del juego de dos principios contradictorios: restringir la libertad individual, para favorecer la seguridad. El Derecho liberal fijó un límite máximo en favor de la libertad, el Derecho contemporáneo ha instituido un mínimo en favor de la seguridad. Es necesario examinar la duración máxima y mínima de un contrato sucesivo.

Los límites a la duración máxima del contrato se establecen para la protección de la libertad individual; el Derecho positivo prohíbe que las partes se vinculen por demasiado tiempo. Pero modernamente aparecerá otro argumento a favor de la limitación de la duración máxima de un contrato: la inestabilidad económica característica de nuestra época. En atención a que el Derecho francés desconoce la revisión del contrato por imprevisión, para evitar las consecuencias dañosas, siempre posibles en los contratos de duración sucesiva.

Examina la prohibición de la vinculación obligacional perpetua en Derecho francés, en la que no existe un texto que con carácter general la prohíba, es a través del examen de los supuestos particulares que se inducirá el carácter general de la prohibición. El análisis que lleva a cabo de los distintos supuestos de la prohibición a vincularse perpetuamente tienen en ocasiones interés para nosotros, puesto que en especial los contenidos en el Código civil recogen supuestos análogos a los de nuestro Derecho.

Los supuestos de prohibiciones de vincularse perpetuamente en el Código civil francés vienen consagrados en seis artículos, los 530, 613, 1.709, 1.869 y 1.911. De estos supuestos particulares la doctrina se cuestiona si puede inferirse el principio general de la prohibición a vincularse perpetuamente. Para algunos autores no hay duda. Pero en cambio otros como Lalou, niegan que pueda traducirse en un principio general. AZÈMA sostiene la existencia del principio de prohibición de vincularse perpetuamente en el Derecho francés. Y señala además una serie de supuestos en los que la limitación de la duración del contrato viene impuesta por la Ley, estudiando las razones que llevaron al legislador a establecer estas limitaciones, para lo cual las sistematiza como limitaciones de interés general, limitaciones previstas en interés exclusivamente de las partes y limitaciones protectoras de una sola de las partes. Entre las limitaciones impuestas en favor del interés general

señala la limitación de la duración de la cláusula de retroventa (artículo 1660), a cinco años; la de diez años en el contrato de aprovisionamiento en exclusiva (Ley de 14 de octubre de 1943, art. 1.º); la de cinco años del contrato de representación en exclusiva de una obra del espíritu, artículo 44 de la Ley de 11 de marzo de 1957.

Hay otras limitaciones que parecen justificadas por el solo interés de las partes contratantes. Algunas veces para permitir la adaptación del contrato a las variaciones de la conjuntura económica. Otras para proteger la libertad contractual. Señala a este respecto cómo paradójicamente el éxito de la estabilidad permite aplicar tal limitación. Y cita la duración máxima de los contratos colectivos de trabajo, la de los acuerdos de indivisión, artículo 815, 2.º del Código civil y las tendencias a limitar la duración del período de aprendizaje en el contrato de trabajo. Y, finalmente, entre los supuestos de limitaciones de la duración de los contratos para la protección de una de las partes contratantes destaca dos casos que juzga de especial interés: el del contrato verbal del obrero en el contrato de trabajo y el arrendamiento del bien de otro.

En este último supuesto incluye una serie de hipótesis que presentan una característica común, la de que el arrendador no tiene la plena propiedad del bien arrendado y hay necesidad de prohibir los arrendamientos excesivamente largos. Así en los casos del usufructuario, los contratos concluidos por el representante del menor o del interdicto y los concluidos por el marido en cuanto a los bienes comunes.

El capítulo II lo dedica al examen de la duración mínima del contrato. En la actualidad el deseo de estabilidad eclipsó al deseo de libertad. Y este deseo de estabilidad se manifiesta principalmente en dos necesidades del hombre: el alquiler y las rentas. También en cuanto al arrendamiento y al contrato de trabajo múltiples instituciones buscan asegurar la perenidad del arrendamiento del contrato de trabajo. Apaziga el problema del arrendamiento rústico y el artículo 811 del Código rural que impone la duración mínima de nueve años.

Y a continuación estudia la problemática del ejercicio del Derecho de elección en tema de duración del contrato, deteniéndose primero en el supuesto de determinación expresa de la duración del contrato y después en el de la duración tácita del contrato. Hay determinación expresa cuando las partes han manifestado su voluntad de limitar en el tiempo sus relaciones contractuales. En algunos casos los contratantes estipulan formalmente un término, es la que puede denominarse en términos del autor «determinación directa» de la duración del contrato. Pero en otros, los contratantes llevan a cabo la determinación por referencia más o menos precisa a un elemento propio para limitar la duración del contrato. Es la «determinación mediata», operada por referencia a un elemento determinador, «determinación indirecta». La determinación directa no ofrece dudas para la calificación del contrato como de duración determinada. Pero, contrariamente, la determinación indirecta suscita controversias en cuanto a la calificación del contrato, ¿es un contrato de duración determinada? Una respuesta afirmativa depende de la realización de dos condiciones: la referencia debe de ser elegida de suerte que la duración del contrato no aparezca abandonada al arbitrio de una de las partes y debe de tener una cierta precisión.

En cuanto a la determinación tácita de la duración del contrato puede conducir, a pensar si estamos ante un supuesto de contrato de duración indeterminada. Y mientras que en la determinación tácita expresa de la duración del contrato no se plantea el problema de la prueba, en este caso sí, cuestionándose cuáles serán los medios de prueba admisibles.

Todavía cabe hablar de una determinación intrínseca de la dura-

ción del contrato, que es la que resulta de ciertos elementos del contrato mismo, de ciertas piezas del mecanismo contractual, como escribiera ROLAND. Examina AZÈMA algunos interesantes supuestos en los que cabe hablar de determinación intrínseca y de su prueba. Así como de la determinación extrínseca procurada por elementos extraños al contrato que sirven para decidir su duración.

Hay un estudio de las consecuencias de la elección de la duración en la naturaleza jurídica del contrato. La determinación de la duración de un contrato puede permitir al jurista y, principalmente, al juez, bien por sí sola, bien unida a otros elementos, calificar al acto jurídico considerado.

Y pone como ejemplo cómo la sola determinación por las partes de la duración del «arrendamiento» permite calificarle o no de acto de administración. No hay una concepción unitaria de acto de administración, sin embargo, es una de las nociones más importantes y más difíciles de precisar del Derecho. Algunos autores hablan de una concepción única del mismo, mientras que para otros presenta tantas formas como aplicaciones concretas. VERDOT sostiene una concepción dualista. Hay, a juicio de VERDOT, una noción extensiva de acto de administración que se aplica al dominio de la administración del patrimonio de las personas capaces y otra restringida que únicamente comprende la del de las personas incapaces. El Derecho antiguo hacía derivar de la determinación de la duración del arrendamiento consecuencias sobre la naturaleza misma del derecho del arrendatario.

Así los arrendamientos de menos de nueve años no crean en provecho del arrendatario nada más que un derecho personal, los de más de nueve años le confieren un verdadero derecho real. Los redactores del Código civil francés, pone de relieve AZÈMA, han convertido la distinción aparentemente arbitraria, puesto que por una parte, han hecho del arrendamiento, cualquiera que sea su duración, en un acto exclusivamente generador de obligaciones, pero por otra han continuado calificándolo de acto de administración o de disposición según su duración sea de más o de menos de nueve años.

La segunda parte de la obra está dedicada al contrato de duración indeterminada, a su validez y a sus límites.

No existiendo dentro del Derecho positivo francés ningún principio general acerca de la validez o no del contrato de duración indeterminada, es preciso, y así lo lleva a cabo el autor de la Monografía comentada, el análisis de los principales contratos para decidir en qué medida cabe la vinculación indeterminada: cuándo es posible y lícita. Y así examina en primer término los casos en que un texto legal permite expresamente la celebración de un contrato de duración indeterminada, por ejemplo, el artículo 23 del Código de trabajo. También el Código civil permite el arrendamiento de duración indeterminada (excepción de arrendamiento rústico y del arrendamiento comercial). El contrato de sociedad suscita controversias, ya que si bien no hay duda de la validez del contrato de sociedad civil de duración indeterminada, artículos 1.865, 5.º y 1.869, en cambio la duda se plantea respecto de la sociedad comercial, especialmente después de la Ley de 24 de julio de 1966 de Sociedades mercantiles. Para AZÈMA del silencio del legislador en cuanto a la validez de los demás contratos pactados con duración indeterminada debe de llegarse a concluir su validez, y no a negarla.

Sin embargo, hay excepciones al principio de validez del contrato con duración indeterminada. Puede existir una prohibición y puede existir una imposibilidad de hablar de contrato con duración indeterminada. La prohibición viene impuesta normalmente por el legislador; el contrato de seguro, el pacto de indivisión y el contrato de representación de una obra intelectual, son ejemplos típicos.



Por su parte la jurisprudencia ha formulado otras prohibiciones de contratos de duración indeterminada: el mandato en exclusiva, la cláusula de no concurrencia, por ejemplo.

En cuanto a la imposibilidad de hablar de contrato de duración indeterminada en algunos casos, éstos lo son por razón del objeto, por ejemplo, el secuestro convencional del artículo 1.956 del Código civil y el arrendamiento rural no sometido a legislación especial. Otras veces tiene lugar esta imposibilidad porque el término del contrato viene imperativamente establecido por la Ley, así el arrendamiento rural sometió a la Ley de 13 de abril de 1946 y el arrendamiento mercantil.

En la segunda parte de este título segundo de la obra se expone la problemática de la duración del contrato y la extinción de la relación contractual. Como se dijo al comienzo de la obra, el interés de la distinción entre contratos de duración determinada y de duración indeterminada, que surge en el momento de la conclusión del contrato, no tiene ningún influjo durante la vida de los contratos y resurge el interés en el momento de la extinción de la relación contractual cuando tienen lugar todas las consecuencias de la determinación o no de la duración del contrato.

El régimen jurídico de la extinción es, en efecto, distinto para cada una de las categorías. Y así en el caso del contrato de duración determinada, no podrá romperse unilateralmente la relación contractual antes de la llegada del término, en cambio se entenderá *ipso facto* terminada en este momento. En la hipótesis de contrato estipulado con duración indeterminada, las partes pueden en todo momento poner fin a la relación contractual con la condición de prevenir, dentro de un plazo determinado, a la otra parte. Estos principios constituyen reglas propias de cada categoría de contratos y justifican esta distinción que AzEMA recoge. Pero AzEMA, parece venir a quebrar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos y a arruinar la seguridad contractual. Su ejercicio además da lugar en el terreno técnico a numerosos problemas.

AzEMA estudia, en primer lugar el derecho de denuncia unilateral de los contratos de duración indeterminada como principio. Como tal supone una atenuación y está unánimemente considerado como el corolario de la prohibición de vincularse perpetuamente, constituyendo una protección indispensable de la libertad individual. Si las partes son libres de no fijar una duración al contrato, deben de serlo también de poder poner término al mismo abandonándolo unilateralmente. Exigir el mutuo consentimiento sería dejar a una de las partes a merced de la otra. Pues bien, en primer lugar nos cuestionamos cuál es el dominio de esta facultad de denuncia unilateral. Y del carácter del principio que acabamos de enunciar se infiere su dominio: si es un principio protector de la libertad individual contra la vinculación perpetua, no se dará sino en aquellos contratos susceptibles de sufrir aquel vicio.

Por lo que respecta a los contratos estipulados a perpetuidad, señala que la sanción es la nulidad. Sólo hay un ejemplo de los mismos en el que se sanciona con el reconocimiento de un derecho de denuncia unilateral: en la sociedad de duración ilimitada.

Ahora bien, las características de este derecho de denuncia llevan a la conclusión de que no debe de reconocerse cuándo hay otro medio de remediar la situación de la vinculación perpetua que sea menos peligroso para la seguridad contractual.

La facultad de denuncia aparece como Derecho común en los contratos de duración indeterminada. En numerosos textos del Derecho positivo francés viene reconocida, así en los artículos 1.780, arrendamiento de servicios; 1.736, arrendamiento de duración indeterminada; 1.869, contrato de sociedad. Para AzEMA estos casos que contiene el Có

digo civil, o las leyes especiales, son manifestación de un principio general, y no simples excepciones. La jurisprudencia por su parte, ha extendido este derecho a contratos en los que no se expresaba formalmente la facultad, por ejemplo, en cuanto a la cuenta corriente. La doctrina es partidaria del reconocimiento del principio. Esto no quiere decir el desconocimiento de los peligros de una tal facultad, que significa la inestabilidad de la relación contractual. Lo que ha llevado a la doctrina a buscar otras soluciones, una de las cuales es el reconocimiento de un derecho de sustitución, derecho de sustitución que funcionaria por voluntad unilateral de uno de los contratantes y que no es sino un supuesto de cesión de contrato.

El derecho de denuncia unilateral aparece no solamente como Derecho común de los contratos de duración indeterminada, sino que, además, tiene carácter imperativo. La regla es incuestionablemente de orden público y tiene una doble consecuencia: la nulidad de la renuncia anticipada al mismo, y, en el plano procesal, se duda de la eficacia de una cláusula compromisoria en esta materia. La doctrina es unánime en este punto, aunque admite contrariamente la posibilidad de una renuncia posterior. La jurisprudencia se ha mostrado, por otra parte, contraria a las limitaciones al ejercicio del derecho de denuncia unilateral.

En cuanto al ejercicio de esta facultad de denuncia, es una denuncia extrajudicial que opera por la sola manifestación de voluntad del contratante. Tiene carácter unilateral y no es necesario que se produzca la aceptación de la otra parte. Examina el régimen del ejercicio del derecho de denuncia unilateral, deteniéndose en los problemas que plantea, por ejemplo, cuando hay una pluralidad de contratantes. Es interesante la doctrina de la exigencia del plazo de preaviso para proteger a la parte que sufre la ruptura de la relación contractual, exigencia que explícitamente aparece en algunos preceptos del Derecho positivo francés, por ejemplo, el artículo 1736 del Código civil. En cuanto a la duración de este plazo de preaviso, puede venir determinado por los usos o por un texto legal, pero puede carecer de una determinación normativa. Pueden las partes establecer en el contrato el preaviso para el ejercicio de la denuncia unilateral del contrato.

Analiza a continuación el régimen propio del contrato con duración determinada, que confiere paradójicamente a la relación a la vez estabilidad y precariedad. Estabilidad porque las partes, pactado el término, están vinculadas por él; toda ruptura prematura es, en principio, sancionada. Pero correlativamente este vencimiento debe de entrañar la desaparición automática de la relación contractual. En cuanto a la precariedad del contrato de duración determinada, el vencimiento del término concluye el contrato de pleno derecho.

Finalmente, AZEMA se cuestiona si cabe el acercamiento de ambos cual parte del análisis de la ineficacia relativa del término y de la decadencia del derecho de denuncia unilateral del contrato de duración indeterminada. En cuanto al primer tema, las partes buscan al establecer el término un doble objetivo: asegurar la estabilidad de la convención hasta la llegada del término y recobrar automáticamente su libertad, sin embargo, pone de relieve, actualmente ambas esperanzas pueden truncarse como consecuencia de ciertas reglas legislativas y jurisprudenciales. El contrato de duración determinada aparece doblemente peligroso: la elección de un término excesivamente amplio perjudica a la estabilidad de las relaciones. Con el fin de paliar este doble inconveniente existe en nuestro Derecho positivo (francés) dos series de instituciones. En algunos casos los contratantes pueden romper el vínculo antes de la llegada del término. En otros, más numerosos, su conservación está impuesta más allá de esta fecha. Cabe, pues, la rup-

tura unilateral del contrato antes de la llegada del término. Las hipótesis pueden sistematizarse, en supuestos en los que existe una cláusula de denuncia unilateral del contrato, casos legales de denuncia unilateral del contrato de duración determinada y, finalmente, cabe hablar de una negativa abusiva a la denuncia unilateral de este tipo de contratos.

AZÈMA dedica un cuidadoso análisis a los distintos supuestos típicos de estas tres series de hipótesis. En cuanto a la posibilidad de pactar una cláusula de denuncia en un contrato de duración determinada pone de relieve lo que tiene de paradójico, su fundamento y el sentir de la jurisprudencia que a veces se ha pronunciado decidiendo que la cláusula significa una transformación del contrato de duración determinada en uno de duración indeterminada, en contra de lo que se pronuncia AZÈMA, para el que lo que hay es un contrato híbrido, que participa de la naturaleza de ambas categorías. Más grave es la segunda serie de supuestos, los casos legales de denuncia unilateral del contrato de duración determinada. Ya que su carácter legal confiere a esta facultad un dominio más amplio. En algunos casos la facultad de denuncia aparece por razones contingentes, que desaparecidas, desaparece también la facultad. Otras veces tiene carácter permanente. Estudia una serie de supuestos de ruptura legal del contrato por denuncia anticipada del mismo y los límites que simultáneamente impone el legislador a esta facultad. Unas veces en interés general, otras en interés privado. Ejemplos, el reembolso anticipado del préstamo, artículo 1.187 del Código civil, la restitución del depósito, el artículo 1.944, la denuncia unilateral del mandato, 2.007, etc.

En cuanto a la prolongación de las relaciones jurídicas más allá del término pactado, atenta también al efecto extintivo del término.

Es para AZÈMA un nuevo aspecto del acercamiento de los regímenes de las dos categorías de contratos de duración determinada e indeterminada. Es una nueva manifestación de la ineficacia de la estipulación del término. Las partes pueden antes de la terminación de contrato prolongar su duración expresamente. Hipótesis clásica, en el contrato de sociedad. Fuera de esta hipótesis nunca se prolonga el contrato inicial más allá del término, lo que hay es una renovación del contrato o un mantenimiento legal de la relación jurídica. De lo que cabe hablar es de prolongación de la relación jurídica más allá del término contractual. Cabe hablar de prolongación voluntaria tácita de las relaciones jurídicas y de prolongación forzada de las relaciones jurídicas. A la primera situación se la designa como tácita reconducción. Hay que tener en cuenta que mientras que en un concepto estricto la tácita reconducción tiene un campo concreto, parece ser una institución propia del contrato de arrendamiento, algunos autores aplicando un principio de analogía, la consideran como institución general del derecho contractual (BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL, etc.).

AZÈMA lleva a cabo un detenido análisis de todos los supuestos de prórroga voluntaria tácita de las relaciones jurídicas, especialmente cuando las condiciones de la prolongación voluntaria tácita dan lugar a la alteración del régimen del contrato de duración determinada. Atendiendo especialmente al supuesto de la transformación del contrato tácitamente prorrogado en un contrato de duración indeterminada.

Estudia a continuación la prolongación forzada de las relaciones jurídicas, por ejemplo, en tema de arrendamiento o de contrato de trabajo.

Analiza finalmente la decadencia del derecho de denuncia unilateral de los contratos de duración indeterminada como consecuencia de la institución de la ruptura abusiva, que no es si no un aspecto del con-

una enumeración final de los derechos. Y en el orden de la serie de conclusiones que hemos ido exponiendo al comienzo y a lo largo de nuestro análisis de la obra de AZÉMA, y que pueden resumirse diciendo que la distinción entre contratos de duración determinada y duración indeterminada, no tiene para todos los tipos de contratos el mismo interés, en algunos se ha perdido, en otros se mantiene en todo su valor. Como dice en varios lugares de la obra, puede sostenerse que ha habido un verdadero acercamiento del régimen de ambas categorías de contratos, como consecuencia de la debilitación de los regímenes típicos de las mismas.

TERESA PUENTE MUÑOZ.  
Doctor en Derecho,

*Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas.*  
tomo III, ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

Afrontamos en esta recensión el tercer tomo de estas publicaciones que se ofrecen al público en tamaño cuarto mayor y con una extensión de páginas que llega hasta las seiscientas veinticinco. Este tomo sigue las mismas directrices que los anteriores, y reúne para su formación a un grupo de notables juristas de diversas nacionalidades. Se nota, sin embargo, el predominio de los autores hispanos como en otros tomos.

A fin de poder proporcionar al lector una idea general del contenido de la publicación, me sujeto a una previa división entre las materias que incluyo en el «Derecho civil», y las que reservo para otro epígrafe genérico que tratará de «otras Materias». Predomina en este tomo la materia sobre Derecho civil, y podemos adelantar que sus clásicas cinco partes están representadas por trabajos encajables en las mismas.

En general, y referido a las materias o temas tratados, puede decirse que son de actualidad y en la línea de las preocupaciones doctrinales de los tiempos actuales. Existen, cómo no, viejos y eternos temas que al ser traídos de nuevo a la luz por prestigiosos autores, renuevan las preocupaciones del jurista y le hacen descubrir nuevos matices en los viejos moldes.

En la llamada «Parte General», incluimos seis estudios sobre puntos tan interesantes como el error sobre la causa (ALONSO PÉREZ); el tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens* (DÍEZ-PICAZO); el poder de representación (ORLANDO GOMES); protección jurídico-política de los derechos humanos (JIMÉNEZ ASENJO); la enseñanza del Derecho civil (D. MOLINARIO), y, por último, el Derecho, la Justicia y el bien común (RODRÍGUEZ-ARIAS).

La contribución en Derechos Reales y la parte, de obligaciones y contratos se reduce a tres trabajos. El primero referido a la posesión de muebles y apropiación indebida (DÍAZ PALOS), el segundo al tema «más cerca del concepto y naturaleza del *Standum est chartae*» (MARTÍN-BALLESTERO), y el tercero trata de la mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos y del que es autor SANCHEZ REBULLIDA.

El Derecho de Familia lo tratan tres juristas (EGEA IBÁÑEZ, CASTRO LUCINI y TAPIA ARQUEROS), sobre temas de bienes parafernales, aspectos sucesorios de la adopción el matrimonio en Chile. También debemos

incluir aquí al autor alemán DIETER HENRICH sobre un punto relacionado con el sistema económico-matrimonial.

En materia de Sucesiones Pío CABANILLAS y LUIS PUIG abordan problemas sobre este punto. El primero estudiando la institución de la evicción y el saneamiento en la partición y el segundo exponiendo lo referente a la sustitución ejemplar en Cataluña.

En el apartado que hemos denominado «Otros Derechos» incluimos un trabajo de MARIO ROTONDI sobre temas de la propiedad industrial, otro de A. PRÍLO en torno al Código civil holandés y, el último, de RUIZ VADILLO sobre principios de publicidad que creo haber recensionado en alguna otra Revista.

## A) DERECHO CIVIL

### 1. Parte general

La contribución de esta parte es, como dijimos, la más numerosa y en su exposición respetamos el orden de aparición de los trabajos tal y como están en el libro.

a) *El error sobre la causa.* (ALONSO PÉREZ, MARIANO). El autor de este trabajo, Profesor de la Universidad de Salamanca en la materia de Derecho civil, plantea el problema de si puede hablarse con propiedad de error de los motivos causalizados. La enunciación del problema la hemos hecho simple, pues el mismo tiene más amplias dimensiones. Se piensa, dice el autor, que el error sobre la causa implica falta de causa, lo cual significa que el contrato sea nulo. Su punto de vista es contrario: es el error en su función de vicio intelectual sobre elementos objetivos el que hace innecesaria la configuración de la causa errónea, no la ausencia de causa.

Partiendo de esta idea examina si dentro del Código civil español el error sobre la causa está o no recogido. Conforme al artículo 1.262 el consentimiento debe recaer sobre la causa y, por consiguiente, el artículo 1.265 del Código civil enumera como posible vicio del consentimiento el error. El autor, sin embargo, considera que el error sobre la causa (la causa del artículo 1.262, 1.º del Código civil, está unida al concepto que de ella da el artículo 1.274), no ha originado un consentimiento viciado como era de presumir por la anterior conexión entre los artículos 1.262 y 1.265, sino lo que ha sucedido es que no ha surgido acuerdo y no existe contrato. También examina el artículo 1.236 del Código civil, y concluye que no puede hablarse de error que vicia el consentimiento, quedando englobado en el *disensio*, en el error en la naturaleza del contrato o bien en el error en la sustancia.

Como el trabajo se divide en seis partes hemos de exponer las que corresponden a la segunda y siguientes. En la parte segunda se trata del tema de la falsedad de la causa en los contratos con la exégesis específica de los artículos 1.276 y 1.301 del Código civil, que respectivamente hablan de "causa falsa" y "falsedad de la causa". Precisa conceptos *colindantes* como son el de simulación al que parece referirse el artículo 1.276 y rechaza la tesis de DE CASTRO, de que en el artículo 1.301 se pueda aludir a la llamada causa errónea. La tercera parte aborda el tema del error y su eficacia invalidante en el negocio jurídico, distinguiendo el error de hecho y el de derecho, el error motivo y el error en la declaración. La cuarta parte está destinada al estudio del error en los motivos causalizados. En la parte quinta se enfoca el problema de la trascendencia irrelevante del error sobre la causa y las posibles excepciones (base negocial, ciertos supuestos de negocios *inter*

vivos, y otros *mortis causa*). La última parte sirve al autor para llegar a la conclusión de que el error no puede ser considerado como un vicio de la causa. El error vicia la voluntad y, por ello, puede repercutir o afectar a la causa.

b) *El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de "conditio pendens"* (DÍEZ-PICAZO, LUIS). Es notoria la personalidad del Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia, que estudia el problema del momento o el tiempo en el que debe cumplirse la condición.

Para ello el autor hace un encuadre inicial de la condición considerando como evento de condicionante o suceso al cual se liga la producción o la falta de producción de efectos jurídicos queridos por la voluntad. Aceptando la tesis de DR CASTRO habla de una situación «interina» para plantear por último el problema de cuál es la duración «máxima» de la misma y cuál debe ser el tiempo en el que la condición debe cumplirse.

En el campo del derecho de obligaciones parece que el problema está resuelto a través de los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil, en los que se contemplan los supuestos de una fijación de un espacio temporal y ausencia del mismo. El autor examina los dos supuestos, deteniéndose en el segundo cuya regla solucionatoria de tipo histórico residía en la «espera indefinida» cosa que en el derecho español se salva a través de esa frase legal «La condición deberá señalar atendida la naturaleza de la obligación». Dicha afirmación legal es aplicable a las obligaciones negativas, pero el problema se plantea con relación a las positivas, aunque el autor se inclina por considerarlo aplicable a ambas.

Los tres últimos puntos que se abordan en el trabajo—no muy extenso—, son los de la precisión de la idea del «tiempo verosímil», que, en términos generales debe ser el plazo dentro del cual la condición debe ocurrir o acontecer y que deberá ser el más conforme con la finalidad objetiva perseguida por el negocio, lo cual lleva al jurista a una labor de interpretación de la voluntad, de la prestación y del criterio *favor debitoris*. El otro punto se refiere a los posibles criterios legales supletorios para la fijación integradora del negocio: el libre arbitrio judicial, la voluntad unilateral denunciadora y los posibles límites que establecen los artículos 785,2 y 781 del Código civil. Se concluye con la distinción entre obligaciones positivas y negativas.

c) *O poder de representação* (ORLANDO GOMES). Brasil viene representando en este homenaje a nuestro sin par jurista D. JOSÉ CASTÁN, por el Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía ORLANDO GOMES.

ORLANDO GOMES se hace eco de una doctrina ya muy precisa sobre la distinción entre mandato y poder. Doctrina que, como sabemos, en nuestra patria expuso con singular maestría el Notario ya fallecido CAMPOS PORRATA, pero que tiene antecedentes doctrinales en HUPKA. El estudio del profesor brasileño se centra en la exposición del código de dicho país, en el que, heredero de vicios históricos, se engloba, el estudio de la representación a través del estudio del contrato de mandato. A la representación se la denomina con la acepción de «procuración» y se señalan los caracteres de ser un acto unilateral, abstracto, y puede tener las dos vertientes, activa y pasiva. La conclusión a la que se llega es que la representación no es esencial al mandato, debiendo eliminarse la contradicción entre los artículos 1.288 y 1.307 del Código civil brasileño.

d) *Protección jurídico-policial de los derechos humanos* (JIMÉNEZ ASEÑO, ENRIQUE). Dentro del grupo de juristas contribuyentes al homenaje a CASTÁN se suma el autor de este trabajo que ostenta el título de Magistrado del Tribunal Supremo. Todos los focos del ejercicio vivo del Derecho contribuyen con su aportación a este homenaje. No podía faltar, por ello, una nueva representación del Tribunal Supremo.

Centra su tema iniciándolo con la importancia y la visión de los derechos humanos, que protegen esa esfera concreta de todo posible ataque arbitrario. Perfil su evolución que divide en cuatro fases o etapas. La primera corresponde al mundo antiguo y la Edad Media. La segunda la hace arrancar del año 1774, con la primera promulgación de derechos en Filadelfia y la completa con la Revolución Francesa de 1879. La tercera la denomina como la de racionalización de los derechos y destaca en ella la progresión nacional y la declaración universal de los mismos. Dos problemas siguen a estas fases: el de cuántos y cuáles son los derechos y el de su naturaleza y caracteres. Para resolver el primero de ellos arranca de la Revolución Francesa y del texto adoptado por la Asamblea Constituyente en agosto de 1789, para luego examinar la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII y el Fuero de los españoles. En torno al segundo, apunta las tesis que los estructuran como verdaderos derechos dotados de un poder jurídico de protección y las de los que simplemente los consideran como reflejos del derecho objetivo. Precisa los caracteres (naturales e innatos, subjetivamente públicos, personales, intransmisibles, personalísimos, irrenunciabiles e imprescriptibles) y estudia el problema de la política educativa de los mismos.

Da nombre al trabajo la parte destinada al examen de la protección jurídica y política. Encabeza el estudio con la cita de JEZE, que consideraba «la clave del problema jurídico de regulación de las libertades individuales, no está en la proclamación de los principios, sino en las garantías de esas libertades». Examina la protección internacional, la jurídica y las limitaciones al ejercicio de los derechos.

e) *La enseñanza del Derecho civil* (D. MOLINARIO, ALBERTO). El autor del estudio que comentamos es Profesor de Derecho civil de la Universidad de Buenos Aires y comienza su exposición con una sentida dedicatoria a CASTÁN. Aclara que el tema elegido es de carácter didáctico, precisamente por el respeto que le merece la gran preocupación por la enseñanza que tenía el ya fallecido Presidente del Tribunal Supremo.

El trabajo es una exposición de las diversas orientaciones que se registran en la enseñanza del Derecho civil en los países latinos integrantes de la civilización occidental y cristiana. Realmente quedan reducidos a cuatro los caminos o soluciones que nos ofrece: el itálico, el gálico, el ibérico y el argentino. Rechaza el criterio anglosajón, pues se basa en la obtención de un título que luego no legitima para el ejercicio de la profesión.

Las variantes que se ofrecen en esas soluciones hacen referencia al estudio previo de la llamada «parte general, a la extensión de los estudios y la cabida que se da en ellos al Derecho Comparado, así como al número y especies de estudios de disciplinas coadyuvantes para la mejor aprehensión del Derecho civil.

El trabajo tiene una segunda parte, donde el autor, con veintiséis años de experiencia, brinda al lector su posición en orden a la enseñanza del Derecho, no se limita a la simple distribución de materias, sino que es fundamental la orientación con que debe procederse al estudio de cada uno de los sectores del Derecho civil. Precisamente el estudio se centra en este último punto.

d) *El derecho, la justicia y el bien común* (RODRÍGUEZ-ARIAS BUS TAMANTE, LINO). El Catedrático de la Universidad de Panamá, LINO RODRÍGUEZ-ARIAS contribuye al homenaje del Profesor CASTÁN con un trabajo que especialmente dedica y que constituye una parte de otro más extenso que el autor tiene en vías de publicación.

El contenido del trabajo se divide en dos partes. La primera reterida a los conceptos de Justicia y Derecho y la segunda a la precisión del concepto del Bien Común. En la primera parte se examina el fenómeno actual del surgimiento de un hombre nuevo que trata de apartarse del individualista y del colectivista u hombre masa. Es un hombre que trata de encarnar las exigencias comunitarias poniendo su bien privado al servicio de la sociedad. Frente a este hombre ya no es suficiente la moral, imponiéndose cada vez la presencia del Derecho. Pero un Derecho que tenga como base o fundamento el bien común, pues sólo de esa forma puede llegarse a equilibrar las fuerzas que presionan en el seno de los grupos sociales, mediante la subordinación, la cooperación y la armonía.

El bien común es el que imprime un contenido sociológico a la justicia. El fin del Derecho no se agota en la Justicia en su sentido abstracto, sino que da paso a lo que se ha denominado justicia social. La justicia pasa de ser formal a material o de contenido, cuando interviene el bien común como algo real y objetivo que proporciona bienestar y felicidad. El Derecho, la justicia y el bien común, son tres principios fundamentales para la construcción de la sociedad comunitaria.

Después de hacer en la primera parte el estudio sobre las directrices apuntadas, llega en la segunda a la delimitación del bien común que define como «el conjunto de valores, bienes y experiencias que contribuyen a la conservación y al progreso de la comunidad y al bienestar material, moral e intelectual de las personas que viven en ella».

## 2. *Derechos reales.*

Sobre el tema, "Posesión de muebles y apropiación indebida" escribe FERNANDO DÍAZ PALOS, Doctor en Derecho y perteneciente a las carreras Judicial y Fiscal.

La razón de ser de este trabajo y su contenido se refiere al intento de aportación del Derecho penal al campo del Derecho Privado en orden al problema interpretativo del artículo 464 del Código civil español. La justificación de esta aportación viene dada por el autor al decir que el Derecho forma un todo, y para conocer el significado de una disposición hay que valorarla en la totalidad del ordenamiento. Es idea de CASTRO, pero que el autor utiliza en esta oportuna ocasión. Todo el problema reside en la interpretación que se adopte en torno al concepto de «privación ilegal», básico en la misma medida la restitución de la cosa decretada por el Código Penal. En esta interpretación ocupa lugar preferente el artículo 535 del Código Penal.

El trabajo, después de reconocer que han sido los civilistas los que han señalado los puntos de contacto del artículo 464 del Código civil, con el Código Penal, contiene tres partes. La primera dedicada al aspecto interpretativo civilístico que reúne tres diversas direcciones: la romanista, la progresiva o germanista y la interpretación jurisprudencial. La segunda está destinada a la aportación penal que toca unos puntos concretos muy interesantes, como son el del concepto legal de restitución, las relaciones entre los derechos civil y penal, el concepto unitario o autónomo de la posesión en Derecho Penal y el problema de la cuestión posesoria en el delito de apropiación indebida. La tercera es la destinada a los conclusiones en las cuales el aspecto más desta-



cado es la progresiva interpretación del artículo 102 del Código Penal y su remisión al Código civil, que representa un verdadero circuito interpretativo entre ambos Códigos.

### 3. Obligaciones y contratos.

a) *Más acerca del concepto y naturaleza del "Standum est chartae"* (MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, LUIS). Sobre el viejo axioma del *Standum est chartae* escribe el catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, MARTÍN-BALLESTERO. Era inevitable una aportación foral en este volumen, sobre todo contrato con que el Profesor CASTÁN lo fue de aquella Universidad.

Me da un miedo enorme recensionar este trabajo, pues creo siempre ver detrás del axioma a un Notario «inquisidor» que creyó oírme en un Tribunal de oposiciones decir en vez de esa frase típicamente aragonesa, la castellana *pacta sunt servanda*. El «riguroso» Notario no sabe que le bendigo diariamente porque con esa confusión me cerró las puertas de una oposición y Dios me brindó las de otra.

La frase, axioma, o principio *Standum est chartae*, viene a ser algo así como la jota bravia de un pueblo que está acostumbrado a hacerlo que quiere. Es la representación más característica de la llamada autonomía individual. Para llegar a su perfil dimensional el autor recorre el concepto del contrato desde Roma hasta las Observancias aragonesas, pasando por el derecho germánico y el medieval; no olvida el autor reflejar el clima anterior a la formación del Apéndice aragonés y el recuerdo a aquellas frases inevitables del «pactos rompen fueros» y «Hablen cartas y callen barbas», que valoraban con extraordinaria fuerza expresiva la voluntad de los aragoneses frente al poder público, frente a la Ley. El principio se recoge en el Apéndice Foral al hablar de las estipulaciones en el contrato matrimonial (art. 59), aunque con la restricción de que no se infrinja prohibición expresa del Apéndice. La reciente Compilación de 8 de abril de 1967 no habla más que de «pactos o disposiciones» en el artículo 3, pero el autor considera latente el principio en los artículos 23, 29, 72 y 99. Termina el artículo examinando la proyección del principio sobre los testamentos, las donaciones y las capitulaciones matrimoniales.

b) *La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos* (SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO). El autor, Profesor Ordinario de Derecho civil de la Universidad de Navarra, rinde homenaje a Castán con el problema de la mancomunidad como regla general.

Para situar el problema deslinda limpiamente las posibilidades de la obligación en la que concurren varios sujetos. Arranca del estudio de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de los que la doctrina extrae el principio o regla general de la no presunción de la solidaridad, que el autor critica ya que el único camino de acercamiento al terreno de las presunciones es el de referir los citados preceptos a las obligaciones contractuales, pues la ley en muchos casos impone la solidaridad (arts. 145,2, 1.084, 1.890, 1.731 y 1.748, C. c.); critica igualmente la posición doctrinal que no ha sabido descubrir la verdadera naturaleza de la presunción; la moderna tendencia es contraria al principio de mancomunidad.

La exégesis de los artículos 1.137 y 1.138 dan pie al autor para exponer las atenuaciones doctrinales y jurisprudenciales de dichos artículos (naturaleza de la presunción, significado del término «expresamente» y en cuanto a la posibilidad de deducir de la voluntad de las

partes el criterio de la solidaridad). El problema se examina, por último, en relación con las obligaciones nacidas de la culpa extracontractual y la postura doctrinal del autor que alega tres razones para que el principio sea el de la solidaridad (analogía con el artículo 107 del Código penal, conveniencia de asegurar el resarcimiento y naturaleza misma de las obligaciones), criterios no sustentados por ALBALADEJO, que opone otros argumentos diferentes.

#### 4: *Derecho de Familia.*

1. *La administración por la mujer casada en los bienes parafernales* (EGEA IBÁÑEZ, RICARDO). De un tema eminentemente tradicional se ocupa el Notario y Registrador excedente, RICARDO EGEA. Antes de la aparición del tomo que comento, el autor había tenido la amabilidad de enviarme una separata debidamente dedicada. Nuestra amistad exigía ese obsequio y esa dedicatoria. Precisamente por ello ahora tiembla el pulso cuando se trata de ofrecer críticamente el contenido del artículo. Procuraré que no se note.

En el trabajo hay cuatro partes plenamente diferenciadas, aunque relacionadas entre sí. En la primera parte se aborda el problema de los actos de administración y de disposición, problema que doctrinalmente es difícil de resolver y peligroso para pronunciarse. Lo salva el autor exponiendo las principales teorías que sobre este punto existen y concluyendo con una triple distinción: actos de conservación (conservación y defensa); actos de administración (que tratan de obtener de una cosa o de un patrimonio los rendimientos normales) y actos de extraordinaria administración (en los que incluye los actos dispositivos).

La segunda parte se refiere al contenido de la administración por la mujer de sus bienes parafernales. Para el autor el acto de administración se realiza a través de actos jurídicos obligatorios y de disposición, pues lo importante es el contenido económico de los mismos. La tercera parte está destinada al estudio de los derechos de la sociedad conyugal sobre los bienes parafernales al amparo de los artículos 1.385 y 1.401,3 del Código civil. Inevitablemente trata de los derechos de usufructo, siguiendo a la doctrina francesa, del concepto de fruto y de los actos que como administradora puede realizar la mujer en orden a esos frutos que pertenecen a la sociedad conyugal. La última parte se refiere al problema concreto del establecimiento mercantil de carácter parafernial y del problema de su administración, que el autor resuelve diciendo que si bien la mujer tiene la propiedad del establecimiento y los poderes de administración del artículo 1.384, no puede explotarlo ni convertirse en comerciante si no cuenta con la autorización del marido.

2. *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales "mortis causa" establecidas en la escritura de adopción* (CASTRO LUCINI, FRANCISCO). Uno de los autores que en España ha tratado con más detenimiento y cariño el problema de la adopción es CASTRO LUCINI, que ha llenado páginas enteras del Anuario de Derecho civil con acertadas sugerencias sobre la institución, muchas de las cuales han sido recogidas en la actual reforma legislativa del año 1970. Para contribuir al homenaje a CASTÁN, el autor citado, Notario y buen amigo, nos ofrece un artículo sobre un problema sucesorio del pacto de adopción.

La reforma legislativa del sistema sobre la adopción hace inactual el problema que el autor plantea, pero ello no libera al recensionista de exponerlo aunque sólo sea como posible solución a problemas de

derecho transitorio. En las conclusiones el autor considera que los párrafos 3 y 4 del artículo 174 del Código civil, en su redacción anterior, permite entender que el pacto dispositivo contenido en la escritura de adopción puede configurarse como una «donación *mortis causa*» o como un pacto sucesorio, no exigiéndose en el primer caso la aceptación simultánea del adoptado o su representante, pudiendo beneficiar a otras personas y sin que sea precisa una aprobación judicial previa. Por lo que se refiere a la limitación del pacto sucesorio, no cabe aplicarlo al supuesto de «donación *mortis causa*», pero sí actúa la limitación del respeto a la legítima.

3. *Betrachtungen zum Güterstand der sogenannten Zugewinnsgemeinschaft* (DIETER HENRICH). Alemania viene representada en el homenaje y en este volumen por el Profesor de la Universidad de Regensburg antes citado. El problema que plantea es el sistema de comunidad de ganancias que supone un previo sistema de separación con un compromiso relativo a los provechos ulteriores. Pero este esquema doctrinal no tiene un pleno reflejo en la vida práctica en la que el sistema de comunidad patrimonial se parece plenamente al sistema de ganancias que hace comunes las adquisiciones y limita, sin previos consentimientos, las disposiciones.

Estos y otros avances legislativos—como el de que no responde cada cónyuge con su patrimonio exclusivo frente a sus acreedores, sino que responde con los bienes comunes—provocan la igualdad jurídica de la mujer y la participación a ésta en los gananciales del marido.

4. *Aspectos del matrimonio en el Derecho civil de Chile referidos especialmente a su disolución* (TAPIA ARQUEROS, HUGO). El autor del estudio que recensamos es Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Concepción y ex-Profesor de Derecho civil de la Universidad de Concepción.

El tema que afronta en el estudio que ofrece como homenaje al profesor CASTÁN se refiere al estudio del derecho matrimonial a través del artículo 102 del Código civil chileno con su clásica y hermosa definición del matrimonio y las sucesivas reformas que han alterado en parte los efectos vinculantes del mismo. Ello lleva al autor a precisar ciertas reformas en la organización de la patria potestad, adopción, abandono de familia, organización de la familia, secularización del matrimonio, etcétera. Especialmente se trata de las causas de disolución o nulidad del matrimonio (muerte natural), muerte presunta, nulidad, ausencia de requisitos, inexistencia, impedimentos, incompetencias y el divorcio). El estudio es muy completo y creo que es un elemento de trabajo interesantísimo para todo aquel que quiera profundizar en el derecho comparado.

## 5. *Derecho de sucesiones*

a) *Evicción y saneamiento en la partición* (CABANILLAS GALLAS, PÍO). PÍO CABANILLAS llega al homenaje de CASTÁN con tres títulos profesionales muy importantes: Notario, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Registrador de la Propiedad. Aporta al mismo un trabajo totalmente distinto de los que él suele realizar. Es un trabajo sobre un tema tradicionalmente tratado y que llega a rozar casos eminentemente prácticos. No lleva notas y apenas se recogen opiniones doctrinales.

El trabajo es breve, pero comprende los principales problemas que la partición plantea en orden a la evicción y el saneamiento. Partiendo

de la regla general de que la evicción se da en todo caso de partición, examina, sin embargo, los cuatro casos en que la misma no surge y dentro del primero—esto es, la partición hecha por el testador—el problema interpretativo de la voluntad del testador (aparezca o raramente se presume) y la lesión legitimaria.

Fija los requisitos que deben concurrir para que tengan lugar la evicción, determina el contenido de la obligación de saneamiento y estudia el problema de la mancomunidad o solidaridad de los herederos ante la misma, inclinándose por la solución primera, pues dice: «lo que ocurre seguramente es que una hipótesis típica de mancomunidad se ha injertado una consecuencia clásica de la solidaridad—el deber de suplir la insolvencia—que nos conduce en el caso concreto a una mancomunidad de tipo especial». El último punto que estudia es el del cálculo de la proporción de las deudas mancomunadas.

b) *La sustitución ejemplar en Cataluña* (PUIG Y FERRIOL, LUIS). El Derecho Foral en su vertiente catalana viene tratado por el Abogado PUIG Y FERRIOL escogiendo un tema concreto poco tratado por la doctrina: la sustitución ejemplar. Se trata de un trabajo de lectura fácil, bien sistematizado y que resuelve una serie de problemas planteados por la normativa creada en la Compilación sobre este punto concreto.

El estudio consta de seis partes bien diferenciadas. En la primera, después de reconocerse que la Compilación del derecho catalán ha resuelto numerosos problemas en orden a la institución, afirma la existencia de algunos otros sobre los que pesa la incertidumbre. El primero de ellos es si la sustitución ejemplar es una variante de la pupilar. A pesar de la remisión que hace el artículo 161,2, el autor ofrece seis destacadas diferencias. La segunda parte está destinada a la naturaleza en la que se concluye calificando a la sustitución ejemplar como un supuesto de «mera sustitución en la facultad de testar que tiene su origen en la ley, la cual faculta al sustituyente para que en nombre propio y en interés del sustituido, disponga *mortis causa* de su patrimonio». Al estudiar en la tercera parte el problema de la estructura, afirma que existe unidad de testamento, pero dualidad de herencias, recogiendo sus posibles consecuencias. Los requisitos de la sustitución se exponen en la cuarta parte, ofreciendo un cuadro completo de las personas que pueden ordenarla, los sustituidos y los sustitutos. Las dos últimas partes se destinan a las modalidades y a la extinción.

## B) OTROS DERECHOS

1. *Het ontwerp voor een nieuw Nederlands burgerlijk wetboek* (A. PIJLO). El autor del trabajo es profesor de la Universidad de Amsterdam y trae al homenaje un relato histórico de la reforma del Código civil holandés, que data del año 1838.

El Proyecto de reforma surge en el año 1947, y se encarga por el Gobierno al profesor de la Universidad, MEIJERS, que aceptó la tarea condicionándola en dos puntos: publicaría el proyecto una vez acabado y que esta publicación pudiera conocerla el pueblo holandés antes de que el Gobierno la remitiera al Parlamento. Ambos condicionamientos tuvieron que ser abandonados por el Profesor. En 1954 se publica el proyecto de los cuatro primeros libros, y MEIJERS muere poco más tarde. El Gobierno encarga a un grupo de tres juristas la continuación de la labor que ha aportado numerosos cambios. El Parlamento ha aprobado ya el primer libro que entra en vigor en 1970. El segundo puede también entrar a regir con independencia, pero el resto de los libros al formar una unidad es preciso esperar al último para que comiencen a regir los demás. En total van a ser nueve libros.

2. *Per una legge uniforme sui brevetti, i disegni e modelli ed i marchi* (MARIO ROTONDI). La autoridad y personalidad del Profesor de la Universidad de Milán, Director del Instituto de Derecho Comparado y Corresponsiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, no vamos a descubrirla en estas líneas. Su aportación al homenaje se reduce a presentar al lector la labor realizada por el Instituto de Derecho Comercial e Industrial Comparado de Milán en orden a la protección de la obra de ingenio en el campo de la industria y de los signos distintivos de los productos en el campo internacional.

La idea que guía a ROTONDI es la posibilidad de crear una ley-tipo que, regulando de una manera uniforme los problemas fundamentales de la materia, esté abierta a la libre adopción de todos aquellos países que vean en el texto propuesto soluciones técnicas satisfactorias, y que no pretendan incidir en el campo de la reglamentación administrativa y judicial propia de cada país.

3. *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964* (RUIZ VADILLO, ENRIQUE). Al comienzo hemos apuntado que la recensión de este trabajo debido a la pluma del conocido publicista, Abogado Fiscal y Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, habíamos tenido la ocasión y el honor de recensionar en alguna otra Revista. Y, en efecto, en la Revista de Derecho Notarial, número 67, correspondiente a enero-marzo del año 1970, firmó una recensión del trabajo que cierra, conforme a mi sistemática, el tomo III de este libro homenaje al Profesor CASTÁN.

El contenido sustancial del trabajo—y repito aquí lo dicho en el otro lugar—versa sobre dos puntos concretos: la publicidad y su concepto y los principios generales que la informan. Ni qué decir tiene que el examen de la publicidad se centra fundamentalmente en lo que se ha dado en llamar actividad publicitaria como instrumento esencial para la difusión de los productos y la multiplicación de las ventas. Por o que se refiere a los principios se estudian específicamente el de legalidad, la veracidad, la autenticidad y la libre competencia. Debemos señalar que el trabajo está documentado debidamente, llevando citas al pie de página y siendo precedido de una especie de sumario orientador para el que leyere.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

GUGLIELMETTI, G.: *I contratti normativi*, Padova, 1969, 301 págs.

Profesor adjunto de Derecho civil.

Como bien dice GUGLIELMETTI, la producción industrial en masa da lugar a una serie de fenómenos nuevos no sólo económicos sino también jurídicos, uno de ellos es la standardización de las relaciones negociales. Los sujetos se ven impulsados a regular sus relaciones de modo uniforme, estableciendo *una tantum* las reglas idóneas que sirven para una pluralidad de relaciones. En la mayor parte de los casos estas reglas no pueden ser disciplinadas por el derecho positivo, que va más lento que la mudable realidad de nuestros días, no puede acudir a la costumbre, ha de ser en definitiva la autonomía privada la encargada de regular sus intereses por medio de pactos privados.

Entre los nuevos fenómenos contractuales nos encontramos con aquellas figuras mediante las que se busca eliminar los tratos y discusiones

previas a la conclusión de todo contrato, por una parte los denominados formularios o condiciones generales de la contratación, que, normalmente, aunque no necesariamente, vienen impuestas unilateralmente por uno de los contratantes y por otra por aquéllos que son obra de una pluralidad de sujetos. En este último caso las reglas que se establecen para ser aplicadas a una serie hipotética de negocios jurídicos, se establecen de común acuerdo por las partes contratantes y reciben el calificativo de "contratos normativos".

Esta categoría de contratos busca no sólo disciplinar uniformemente el contenido de una pluralidad de relaciones entre las partes, sino también pretende vincular a las partes reciprocamente a no evadirse de la disciplina acordada por ellas cada vez que estipulen cada una de las singulares negociaciones particulares. Estas dos distintas finalidades pueden o no concurrir simultáneamente.

La calificación de "contrato normativo" impone dos aclaraciones: "normativo" no significa referencia a una fuente de derecho, sino a que el acuerdo entre las partes se traduce en "normas" (reglas, cláusulas), que tienen validez en el supuesto de que se concluyan los particulares contratos que vienen a regular.

Y es nota característica el que no es indispensable que los contratos para los que se establece la regulación a través del contrato normativo hayan de ser estipulados precisamente entre las partes que concluyen el contrato normativo, sino que puede venir acordada esta normativa para los contratos que una de las partes celebre con terceros. Nota especialmente interesante, puesto que en ella se basa la distinción entre contratos normativos bilaterales y unilaterales.

Recuerda GUGLIELMETTI que el contenido de un contrato puede venir impuesto por la ley por una norma administrativa, pero lo más frecuente es que sean las partes las que decidan el contenido del contrato.

En su Introducción a la obra que analizamos, enumera su autor una serie de contratos que vienen siendo calificados de normativos, o que pueden merecer este calificativo. Así, los contratos colectivos de trabajo, los cárteles, la cuenta corriente, la cuenta corriente bancaria, la compensación privada, etc. Se discute si el denominado "pacto mediante el cual se determina la obligación de adoptar una determinada forma para un contrato", será también contrato normativo. Y llama la atención sobre esquemas o cláusulas contractuales en contratos singulares, pueden tener el carácter de normativos, por ejemplo, la predeterminación del precio, de las modalidades del pago, de las condiciones del negocio en materia de compraventa; la fijación de las tarifas y descuentos del transporte; las limitaciones a la concurrencia, etc.

No hay posibilidad de señalar el momento concreto de la aparición de esta categoría de contratos, aunque se sostiene que es en la mitad del siglo XIX, señalándose precisamente a los contratos colectivos de trabajo como una de sus primeras manifestaciones. Y destaca la poca preocupación de los privatistas, civilistas y mercantilistas, por la figura. Cuando es para éstos tan interesante decidir si la autonomía privada permite o no esta limitación al principio de libertad contractual. Y si la permite, si el acuerdo preparatorio es desde el principio obligatorio. Estos son los problemas que se abordan en el trabajo de GUGLIELMETTI. Se suele atribuir a HUECK la "creación" del concepto de contrato normativo, lo que, a juicio del autor de la monografía, no se corresponde con la realidad. Pero es innegable que fue HUECK el primero que sistematizó y definió al "Normenvertrag" como un contrato en el que se acuerdan reglas (*normen*) que se observarán (*massegebend sei sollen*) en los contratos singulares. La doctrina italiana y alemana se inspiraron en HUECK ampliamente. En la doctrina italiana serán BARBERO y

CARIOTA FERRARA los que por primera vez dediquen estudios monográficos al tema de los contratos normativos. En la doctrina francesa la institución contrato normativo es poco conocida. GUGLIELMETTI no conoce una doctrina anglosajona acerca del contrato normativo.

GUGLIELMETTI en su estudio se aparta de la sistemática que pudiera parecer, en atención a su evolución histórica, más racional, para atender a su visión de los contratos normativos en la clasificación de bilaterales y unilaterales, individuales.

Dedica el capítulo primero a la categoría "contrato normativo", en términos genéricos, para delimitarla y singularizarla frente a figuras con la que puede confundirse, dado que la doctrina utiliza el término en ocasiones sin la debida precisión. Y pone una serie de ejemplos de los que infiere las notas esenciales de la categoría contratos normativos, así, las reglas contenido del contrato normativo son el resultado del acuerdo entre dos o más sujetos, y esto las distingue de las condiciones generales de la contratación. Las partes quieren fijar, a través del contrato normativo, de una vez y para siempre las bases de una contratación futura.

El hecho de que las normas contenido del contrato normativo se originen de un acuerdo entre las partes tiene también otra importante consecuencia, este acuerdo, siquiera sea psicológicamente dé lugar a una vinculación entre las mismas. En el trabajo de GUGLIELMETTI se analiza si este vínculo tiene relevancia jurídica y dentro de qué límites. En cuanto al alcance del acuerdo, éste puede referirse no sólo a elementos accidentales de los negocios jurídicos singulares futuros, sino también a sus elementos esenciales.

También destaca como nota característica que a través del acuerdo del contrato normativo ninguna de las partes se obliga a concluir uno o más contratos futuros, sino únicamente a establecer las bases de una eventual contratación. Las normas del contrato normativo se acuerdan para el supuesto de su eventual utilización en los contratos individuales, particulares, en tanto que éstos no se concluyen, el contrato normativo permanece inoperante. Es pues su función preparatoria de los futuros contratos y es, en este sentido, complementario de los mismos. De aquí que pueda predicarse que la operatividad de los contratos normativos está subordinada a la existencia de los contratos individuales o particulares, aunque, como habremos de ver, la visión es distinta si se trata de un contrato normativo unilateral que si es bilateral.

El decidir si las partes se obligan a través del contrato normativo desde el comienzo a seguir o no las cláusulas en él acordadas, cuando nace tal vinculación, es resultado del análisis de la temática tratada en esta obra. GUGLIELMETTI expone en este primer capítulo I las líneas generales de la sistemática que utiliza para resolver esos y otros problemas que esta categoría de contratos plantea.

Todavía distingue entre contrato normativo y contrato preparatorio, puesto que en ocasiones cabe la confusión entre ambos: la función económica del contrato normativo no es la previsión del contenido de un único contrato individual o particular, sino la de una pluralidad de negocios jurídicos. El contrato preliminar hace, por el contrario, referencia a un solo contrato, futuro. Se cuestiona si las reglas acordadas en los contratos normativos pueden ser aplicadas no sólo a los contratos, sino que también a los actos jurídicos en sentido estricto. Una corriente doctrinal moderna, acepta que se apliquen a "situaciones" o "relaciones" jurídicas.

En esta línea de pensamiento, SALANDRA, COVIELLO, BONETTI. Frente a la tesis clásica que entiende que sólo cabe que se estipulen en previsión de futuros contratos. GUGLIELMETTI acepta que se refieran no sólo a

contratos, sino también a negocios jurídicos unilaterales. Pero estima más dudoso que puedan hacer referencia a actos jurídicos en sentido estricto. Y, finalmente, rechaza que pueda admitirse la tesis que sostiene la posibilidad de hablar de contratos normativos aplicables a relaciones jurídicas existentes.

Como consecuencia de todas estas notas construye un concepto o definición de contrato normativo como "acuerdo mediante el cual las partes convienen cláusulas que eventualmente serán aplicables a una serie de relaciones futuras (denominadas contratos particulares o singulares), entre las partes mismas (contratos normativos bilaterales) o entre una de las partes y un tercero (contratos normativos unilaterales), en el caso de que una o más de tales relaciones fueren concluidas".

Lo que significa que las partes no se obligan a la conclusión de los contratos particulares, sino que se reservan la facultad de llevarlos a cabo cuando convenga a sus intereses.

Niega que el contrato normativo sea fuente de producción de normas jurídicas ni siquiera de usos generales ni negociales. Los contratos normativos entran dentro del campo de la autonomía privada, es decir, a través de los mismos, los sujetos pueden regular sus propios intereses. Existe una contraposición entre la autonomía privada frente a la autonomía pública. Las normas de los "schuldrechtliche Normenverträge" no constituyen normas del Ordenamiento jurídico general.

Y, finalmente, delimita las categorías de contratos normativos individuales y bilaterales: y unilaterales, en atención a que las partes del contrato normativo acuerden aplicar las reglas convenidas en las relaciones recíprocas o en los negocios que cada uno de los contratantes estipulará con uno o más sujetos. Sintetizando: en los contratos normativos bilaterales individuales, las partes son las mismas que las de los contratos particulares o singulares.

En los contratos normativos unilaterales las partes pueden ser más de dos. Pero lo que califica a esta subespecie de contrato normativo no es que las partes sean dos o más, sino que de los negocios jurídicos singulares sea parte un sujeto no vinculado por el contrato normativo. Y destaca la diferente función de cada uno de estos tipos de contratos normativos. Los contratos normativos bilaterales individuales buscan acelerar los tratos preliminares de las futuras relaciones entre los contratantes. A través de la estipulación de contrato normativo unilateral, cada parte se asegura que la otra estipulará sus contratos singulares con los terceros, de acuerdo con la normativa, convenida en el contrato normativo. Estudiando GUGLIELMETTI separadamente ambos supuestos de contrato normativos.

Así, pues, dedica el II capítulo de la obra al análisis particular de los denominados "contratos normativos bilaterales individuales", para lo cual parte de una afirmación: la manifestación de voluntad emitida con ocasión de la estipulación de un contrato normativo bilateral individual no es vinculante para las partes, en cuanto que es solamente en el momento de la conclusión de cada uno de los negocios particulares que cada parte elige la reserva implícita de la predisposición de una disciplina general y abstracta y se vincula definitivamente. Cuando los sujetos concluyen el contrato singular, se concreta lo que previamente se pactó en forma abstracta. Señala GUGLIELMETTI que podría hablarse de que la voluntad emitida con ocasión del contrato normativo bilateral individual es una manifestación de voluntad "incompleta". Y esto en el sentido de que será necesaria la emisión de una nueva manifestación de voluntad, que supone la facultad de reconsiderar la oportunidad para las partes de servirse de las cláusulas fijadas en el contrato pre-



paratorio, cada vez que decidan estipular un negocio jurídico singular. Es la voluntad de las partes la que decide la vinculación en términos del contrato normativo. Se cuestiona cuál es la relación entre el contrato normativo bilateral y los contratos singulares.

Es innegable que existe entre ambos una relación, lo que importa es determinar la naturaleza de la misma, ¿se trata de una conexión negocial (*collegamento negoziale*) o de una fase diversa de un único negocio jurídico. Es ciertamente interesante el estudio que lleva a cabo del fenómeno económico que la doctrina italiana viene calificando de *collegamento negoziale*, bien poco estudiado entre nosotros, y que responde a un fin práctico: realizar un interés económico único a través de diversos negocios jurídicos conexos entre sí. Y la crítica que lleva a cabo de la tesis que considera al contrato normativo bilateral como un supuesto de conexión negocial. GUGLIELMETTI niega la naturaleza negocial del contrato normativo bilateral, con lo cual no se da el presupuesto necesario para la existencia de la conexión negocial: la pluralidad de negocios jurídicos. Hay, en el contrato normativo bilateral una regulación abstracta, no un "negocio" todavía; éste no surge sino cuando las partes concretan el interés, vinculándose jurídicamente. Para GUGLIELMETTI el contrato normativo bilateral no es sino una fase del procedimiento de formación de cada uno de los negocios jurídicos singulares. Del contrato normativo bilateral sostiene, no nacen "obligaciones"; sólo en el momento de la conclusión de los singulares negocios particulares cada una de las partes pierde la libertad de determinar el contenido de tales negocios. En ningún caso se ha sostenido que del contrato normativo se derive la obligación de estipular uno o más negocios jurídicos concretos, ni que del mismo surja la obligación de introducir en los negocios jurídicos particulares las reglas precedentemente pactadas. Tal obligación surge del negocio singular y no del normativo. Puede, pues, sostenerse que el haber estipulado un contrato normativo bilateral no sólo no priva a las partes, como incuestionablemente se ha reconocido, de su "Abschlussfreiheit", esto es, de la libertad de concluir o no los contratos singulares, sino tampoco de su "Gestaltungsfreiheit", esto es, de la libertad de determinar el contenido de tales contratos. El momento en cada una de las partes pierde su "Gestaltungsfreiheit" es aquél de la conclusión de cada uno de los contratos singulares. Critica también la tesis según la cual el contrato normativo bilateral se construiría como un contrato sometido a condición suspensiva potestativa, la construcción del mismo como obligaciones subordinadas a una *condictio iuris*, así como rechaza otras construcciones que analiza con detenimiento.

Como hemos adelantado GUGLIELMETTI niega la naturaleza contractual de los contratos normativos bilaterales individuales, a los que no se adaptan los términos "negocio", "convención" o "acuerdo". Son solamente pactos preparatorios privados de eficacia vinculante. Recuerda cómo la noción de contrato supone un acuerdo entre las partes relativas a relaciones jurídicas bilaterales de contenido patrimonial. Que negocio jurídico significa que surge para las partes un vínculo del que nace una obligación de no rechazar unilateralmente la observancia de las cláusulas estipuladas. De donde no puede calificarse como tales al contrato bilateral normativo. Refuta también el que pueda calificarse de "convención". E incluso de "acuerdo", noción no delimitada en el Derecho positivo italiano. Es para GUGLIELMETTI un pacto preparatorio dirigido a predisponer el contenido o parte del contenido de los singulares negocios particulares, entendido que "hasta el momento de la conclusión de cada uno de estos últimos no es vinculante para las partes, las cuales no se vinculan, sino sólo si conjuntamente lo quieren. Estudia a continuación cómo se integra el contenido de los contratos

particulares y cómo se justifica. Para el autor la relevancia jurídica de los contratos normativos bilaterales reside en que son un instrumento que sirve, cuando las partes concordantes lo quieren, para integrar el contenido de los negocios jurídicos particulares.

El capítulo tercero está dedicado al análisis de la otra subcategoría de contratos normativos, los unilaterales individuales.

Se dijo en su momento que son distintas las funciones de las dos subcategorías de contratos normativos y que esta distinta función supone un distinto régimen jurídico y sistemático. El contrato normativo unilateral individual recordemos que supone el acuerdo mediante el cual dos o más partes fijan las reglas a seguir en los negocios jurídicos que cada una de ellas concluirá, eventualmente, con un tercero. Las partes buscan en este caso el que cuando cualquiera de ellas concluya un contrato con un tercero, observará las reglas establecidas en el contrato normativo unilateral. Tiene, pues, distinta naturaleza jurídica. Resume GUGLIELMETTI, la doctrina en torno a la misma; las teorías expuestas por HUECK, CARIOTA FERRARA, BARBERO, BIENDENKOPF, para concluir la naturaleza negocial del contrato normativo unilateral y su independencia de los contratos singulares. El contrato normativo unilateral se caracteriza además porque del mismo surge a cargo de cada una de las partes la obligación de no apartarse de las reglas en él convenidas. Obligación que vincula a las partes desde el momento de la conclusión del contrato normativo unilateral. Da vida a mandamientos concretos, pero no actuales, cuya eficacia está subordinada a la conclusión de los singulares contratos con terceros. Un ejemplo tipo de estos contratos es el consorcio, por el que las partes establecen entre otras cláusulas, la que estipula el precio por el que se obligan a vender en los eventuales contratos con terceros un producto. La obligación que surge del contrato normativo no es la de llevar a cabo los contratos particulares, sino la de que, en el caso de que sean concluidos, se tengan en cuenta las reglas pactadas en aquél. Y esta obligación nace del contrato normativo, repetimos, de manera que si se incumple, por ejemplo, vendiendo a un precio inferior al pactado, el contrato singular es válido, puesto que al tercero no le obliga el contrato normativo, y éste queda incumplido por parte del contratante que infringe la regla.

De todo lo anteriormente dicho concluye que el contrato normativo unilateral puede ser calificado como "contrato", ya que del mismo surgen verdaderas y propias obligaciones para las partes.

Finalmente, analiza los efectos del contrato normativo unilateral llevando a cabo una detenida crítica de la doctrina que pretende sostener que del mismo se derivan también efectos para el tercero que contrató él, o los contratos, singulares con una de las partes del contrato normativo. Y las acciones y sanciones para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato normativo unilateral, así como la independencia que en este orden existe entre el contrato normativo unilateral y los contratos singulares. Está dedicado el capítulo quinto al estudio de la relación del contrato normativo individual con otras instituciones afines al mismo.

No es posible, a su juicio, unificar las dos categorías de contratos normativos analizadas, por su naturaleza jurídica, como ha demostrado, fundamentalmente diferente. No son ni siquiera dos especies de un mismo *genus*, sino figuras distintas. Y de ellas diferencia las figuras afines, así las condiciones generales de la contratación, que son también un medio de predeterminar de manera total o parcial el contenido de un contrato, y que con frecuencia se confunden con los contratos normativos. La diferencia primera y fundamental es que las condiciones generales de la contratación vienen impuestas unilateralmente por una de las partes. Y por otra parte, mientras que en los contratos

normativos bilaterales individuales los sujetos que los concluyen y los de los contratos particulares son los mismos, y están desde el primer momento determinados, esto no sucede en el supuesto de las condiciones generales de la contratación en los que los sujetos son múltiples y no determinados previamente. Por otra parte, y respecto de la figura que denomina contratos normativos unilaterales, también existe, como puede verse fácilmente una diferencia fundamental, pues concluyó que con ello se busca el que no se vincule cada una de las partes del contrato normativo con los terceros con quienes eventualmente concluye un negocio jurídico, sino dentro de las reglas pactadas en el contrato normativo. No cabe, pues, confundir, aunque a veces la doctrina lo hace, las condiciones generales de la contratación con los contratos normativos en ninguna de las categorías analizadas.

También lleva a cabo la distinción de los contratos normativos con los contratos preparatorios en sentido estricto y con la denominada "minuta del contrato". El contrato preparatorio en sentido estricto basta pensar que mira a un único contrato futuro. Esta diferencia única lleva a la doctrina a cuestionarse si es suficiente para sostener la distinción, pero GUGLIELMETTI no acepta la tesis de la equiparación, sosteniendo la diferencia de las dos figuras. Así como también del contrato preliminar, a la que ya en páginas anteriores hicimos referencia. Basta recordar que el contrato preliminar obliga a la conclusión del contrato definitivo lo que no sucede en el supuesto del contrato normativo. Otras notas diferencian el contrato preliminar del normativo y las analiza GUGLIELMETTI. Y todavía distingue la categoría de contrato normativo de otras categorías contractuales, para, finalmente, detenerse en el análisis del contrato tipo como una "specie", de los contratos normativos.

Por último, dedica el capítulo quinto de su monografía a dar una breve noticia de los contratos normativos colectivos, breve porque desde el comienzo el autor ha puesto de relieve que su estudio está centrado en las categorías de contratos normativos bilaterales y unilaterales individuales. Comenzando por individualizar la categoría de contratos normativos colectivos, los cuales están calificados por la intervención en los mismos de un sujeto colectivo, persona jurídica o ente no personificado, que actúa por cuenta de sus asociados o de todos los interesados de un sector—normalmente de una categoría profesional—y mediante los cuales el ente, de acuerdo con otro sujeto colectivo o individual, fija unilateralmente las reglas a utilizar en los contratos singulares de sus asociados. La categoría está más estudiada entre nosotros y el análisis de GUGLIELMETTI, es, por otra parte, más somero y menos profundo.

La obra de GUGLIELMETTI está documentada y cuidada en su bibliografía, poniendo una vez más de manifiesto este tipo de Monografías italianas, como las francesas, los esfuerzos de la doctrina por recoger instituciones nuevas y fenómenos jurídicos desconocidos en buena medida por nuestros estudiosos.

TERESA PUENTE MUÑOZ.

Doctor en Derecho.

LEONIS GONZÁLEZ, JACOBO: *La aeronave ante el Derecho real de hipoteca*, Madrid, 1970. 189 págs.

*Estructura.*—La obra se divide en dos partes. En la primera, más corta, se hace una "Breve referencia a la aeronave". La segunda se destina a "La hipoteca aérea".

En la primera parte se trata de la referencia a la aeronave en general, desde el punto de vista técnico y jurídico, para ocuparse después de la aeronave en el Derecho español desde ambos puntos de vista y finalmente de la referencia a, ¿otros tipos de aeronaves?, signos de interrogación incluidos.

La segunda parte comienza con una Introducción para desarrollar el crédito aeronáutico; la hipotecabilidad de la aeronave; el "warrantage" de la aeronave; "floating charge" y "nantissement des fonds de commerce" y la extinción del crédito hipotecario aéreo. La parte central del trabajo desarrolla la hipoteca aérea en el Derecho internacional: notas preliminares; Convención de Roma de 29 de mayo de 1933, sobre retención preventiva de aeronaves; Convención de Ginebra de 19 de junio de 1948 sobre el reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves y Ley aplicable en Derecho internacional respecto a la venta e hipoteca de la aeronave. Después se concreta el trabajo a la hipoteca aérea en derecho francés, inglés, italiano, finlandés, griego, suizo, noruego, portugués y yugoslavo, para desarrollar en capítulos distintos el derecho argentino y norteamericano y en un capítulo genérico los derechos brasileño, dominicano, mejicano, salvadoreño, uruguayo y venezolano. Los últimos capítulos se ocupan de la hipoteca aérea en el Derecho español y la obra termina con unas acertadas conclusiones sobre la aeronave como tal y con referencia a la hipoteca aérea.

Se cierra el libro con la "Bibliografía Consultada", nacional y extranjera.

*Resumen.*—En tema definitorio existe hoy una especial predisposición a estimar como idea principal la del transporte; pensándose hoy más en un derecho de transporte aéreo que en el derecho aéreo propiamente dicho. Desde el punto de vista de política administrativa conviene definir la aeronave lo más independientemente posible de la mecánica para que no se nos quede anticuada la definición en poco tiempo y lo más ligada posible a lo jurídico. Esta naturaleza jurídica no se la podemos conferir *a priori*, sino *a posteriori*, estudiando sus notas esenciales y tipificadoras pero con un enfoque funcional y utilitario y evitando discusiones bizantinas.

Como notas tipificativas estudia la aeronave como objeto de derecho; como bien registrable y registrado y como bien de naturaleza compuesta y esboza un concepto jurídico de la aeronave diciendo que es "un bien singular de naturaleza compuesta, registrable y registrado que alcanza la plenitud de su esencia en el cumplimiento de su fin: la aeronavegación".

España en sus primeros contactos internacionales en esta materia postuló el siguiente concepto de aeronave: "todo aquel aparato que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire". En la primera disposición interna sobre la materia, el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919, en su artículo 44 se da ya una definición con criterio finalista y quizá sea nuestra legislación la primera que se adscribe a este talante finalista. El Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 178 recoge también este criterio finalista, pero centra su enfoque

en el transporte. El artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea abandona el binomio transporte-destino y se adscribe claramente al transporte-aptitud.

En la referencia a otros tipos de aeronaves se ocupa del *hovercraft*, el satélite artificial y la planetonave.

Por razones de carácter técnico el empresario aéreo no puede autofinanciarse en su actividad y requiere una financiación exterior ofreciendo normalmente como garantías las que se asienten en su propia aeronave o aeronaves, por lo que en el mundo aeronáutico la aeronave se ha convertido en el único instrumento de crédito.

Por la internacionalidad del Derecho aéreo y el fácil desplazamiento de la aeronave se ha impuesto la necesidad de internacionalizar las garantías concedidas a los que prestan capitales a las compañías aéreas, cuidando además que la reclamación de los créditos produzca el menor número posible de dificultades en el tráfico aéreo. A tal fin se aprobó la Convención de Roma de 29 de mayo de 1933. También se trabajó para conseguir que los créditos aéreos tuviesen un convenio que los garantizase debidamente, en particular los privilegiados e hipotecarios y ello se plasmó en la Convención de Ginebra de 19 de junio de 1948.

El principal problema que nos plantea la aeronave en derecho internacional es averiguar su Ley aplicable. El autor, después de examinar las principales posiciones al respecto, concluye diciendo que "teniendo en cuenta que la aeronave siempre está matriculada en un determinado registro perteneciente a un determinado país, nos inclinamos por la aplicación de la Ley del pabellón, es decir, por la aplicación de la Ley del país en cuyo registro está matriculada". En tema de fijar la jurisdicción penal los criterios son tantos como autores.

La Ley de Navegación Aérea califica a las aeronaves como "bienes muebles de naturaleza especial" y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, en el número 3.º del artículo 12 cita expresamente a la aeronave como bien susceptible de hipoteca mobiliaria, dándose cumplida explicación de ello en la Exposición de Motivos de dicha Ley.

Se ocupa el autor de las aeronaves libremente hipotecables y en las restrictivamente hipotecables diferencia las restricciones subjetivas y objetivas. Entre las primeras, cita las aeronaves que pertenecen en usufructo y nuda propiedad a titulares distintos y la aeronave en propiedad indivisa. En cuanto al límite objetivo trata de las aeronaves cuyo precio de adquisición no estuviere pagado en su totalidad. Las aeronaves no hipotecables son: las extranjeras; las sustraídas al tráfico jurídico; las no inscritas en el Registro Mercantil y las que se hallaren ya y todavía hipotecadas o embargadas. Termina este capítulo estudiando la hipoteca de la aeronave en construcción; la hipoteca de flota aérea y la enajenación de la aeronave hipotecada.

En materia de formalidades constitutivas de la hipoteca aérea desarrolla lo referente al título constitutivo (escritura pública autorizada notarialmente) y la inscripción registral.

Finalmente, se ocupa del alcance de la garantía hipotecaria; de la prelación de créditos; del embargo aeronáutico y de la ejecución de la hipoteca aérea.

La importancia de las Conclusiones merece, aunque sea mutilarlas, una síntesis de las mismas. En cuanto a la aeronave: Primera. Hay que evitar definiciones técnicas y conseguir una adecuada definición jurídica estable y flexible. Segunda. Hay que sustituir la clasificación de cosas muebles e inmuebles por el binomio bienes registrables y no registrables y en esta línea definir adecuadamente a la aeronave. Tercera. No es aeronave cualquier máquina o artefacto inventado o por

inventar que no aeronavegue, propiamente hablando, es decir, que no se sustente ni mueva a consecuencia de la reacción del aire.

En cuanto a la hipoteca aérea: Primera. Debe lograrse una regulación internacional unánime en materia de hipoteca aérea, que no significa minoración de soberanías nacionales, sino una afirmación de las mismas por asumir libremente cada estado soberano las directrices que se marcó. Segunda. Mientras tanto no llega la regulación internacional apetecida es menester ir adoptando las debidas previsiones en cada legislación nacional. En cuanto a la legislación española sería sumamente encomiable arbitrar determinadas normas para la hipoteca de la aeronave, normas que no necesitan ni posiblemente necesitarán nunca los demás bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, ni mucho menos los que lo sean de hipoteca inmobiliaria. Por ello es conveniente conceder cierta privilegiada preferencia a los créditos hipotecarios aéreos y posibilitar la constitución del título hipotecario aeronáutico en forma nominativa y a la orden lo que fortalecería el binomio que propugnamos: "movilidad aeronave-movilidad hipoteca aérea". Tercera. Para mayor atracción del crédito aeronáutico e incluso para su mejor amortización en la contabilidad del explotador aéreo que lo necesita sería también muy útil introducir en nuestra legislación nacional lo que podríamos llamar "hipoteca de flota aérea", tomando como modelo la correspondiente figura estadounidense. Cuarta. Respecto a las piezas de recambio de la aeronave la legislación española debía permitir su hipoteca por separado, siempre que se tomasen las debidas precauciones para evitar que un deudor desaprensivo las sustituyese por otras de menor valor. Esta precaución podría ser una minuciosa descripción a efectos de inventario, escrituración e inscripción registral. Quinta. También sería preciso introducir las consiguientes modificaciones legislativas a fin de posibilitar la hipoteca de la aeronave en construcción, que pese a estar permitida por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento se reduce por la vigente Ley de Navegación Aérea a las aeronaves matriculadas en España. Sexta. Todo lo referente a la hipoteca aérea podría regularse como sección especial de la tan repetida Ley de Hipoteca Mobiliaria y podría también adecuarse en este punto nuestro Código civil y el Libro III del Código de comercio, aunque "lo verdaderamente ideal sería el establecimiento de un moderno Código de Navegación regulando en él todo lo relativo a la navegación marítima y aérea e incluso lo atañente a la hipoteca de buques y aeronaves".

*Crítica.*—Nos hallamos ante un libro sin pretensiones pseudo-científicas y para decirlo con las mismas palabras del autor "tratando de enfocar (el tema) desde un punto de vista meramente funcional, meramente utilitario, ahorrando esfuerzos a la pura especulación y evitando así discusiones más o menos bizantinas y nada prácticas, sobre todo, en una época en que priva cierto pragmatismo en todos los aspectos de la vida". Quizá en estas líneas se halle certeramente plasmado el deseo de quien escribió esta obra. Es libro de consulta y para consulta. Desde hoy el que desee resolver un problema sobre garantía de aeronaves manejará esta obra. ¿Qué mejor crítica puede hacerse?

ELÍAS IZQUIERDO.

Abogado,

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, LUIS: *Independencia del poder judicial*, «Revista de Derecho judicial», Madrid, 1970. Un volumen de 284 págs.

Cuando el Proyecto del Código civil de 1851 se vino al traste por el encontrado juego de las fuerzas políticas y los dispares criterios doctrinales y dado que, según conocida frase, las dispersas disposiciones legislativas existentes de antiguo estaban "condenadas por la ciencia y por la razón", se hizo inaplazable la necesidad de regular determinadas instituciones con carácter general, hasta que se consiguiera la anhelada meta de la codificación.

Así surgieron la Ley Hipotecaria, la del Notariado y la Orgánica del Poder Judicial, de cuya eficacia dan fe los magníficos resultados obtenidos y la pervivencia a lo largo de un siglo, cuyos dos primeros tercios han sido bien pródigos en avatares políticos y sociales.

Con motivo del centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nacida en tiempos de la Regencia de Serrano, de la mano del ministro Montero Ríos, el 15 de septiembre de 1870, MARTÍNEZ-CALCERRADA ha escrito un cuidadosísimo estudio dedicado a resaltar la insobornable postura de independencia de la función de juzgar, presupuesto indispensable para que la Justicia sea rectamente dictada y aplicada.

En su libro, terminado de imprimir en el mes de agosto, recién salido del horno como quien dice, se trasluce claramente el espíritu vocacional del autor, que es a la vez el de todos nuestros queridos compañeros integrantes de la Judicatura española.

Encabeza un breve pero sustancioso prólogo del presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo don Adolfo de Miguel Garcilópez, Director de la Escuela Judicial, explicando que el autor, aunque se atiene a la exégesis de los artículos básicos de la Ley Orgánica, construye su propia tesis sobre la independencia judicial de tal modo que la doctrina patria tiene ya con él una deuda de gratitud.

El libro tiene dos facetas netamente determinadas: una puramente doctrinal en la que se construye sistemática y claramente la teoría del juzgador, sus garantías y sus deberes, y otra parte en la que, siguiendo los diez primeros artículos de la Ley, que aunque nació con el dictado de "provisional" ha llegado a centenaria, se van desmenuzando e interpretando las normas legales aplicables a la función judicial.

Sin entrar ni salir en la vieja cuestión de la trilogía de poderes, en el primer título se estudia detenidamente la teoría general de la independencia judicial, que MARTÍNEZ-CALCERRADA centra en la inmunidad ante el llamado poder ejecutivo.

El poder judicial está perfectamente substantivizado, y sólo ha de relacionarse con los otros en cuanto los tres sirven a la ordenación de la vida comunitaria y se derivan de la misma Fuente o Soberanía de la Nación. En el ejercicio de la función judicial tan sólo deben respetarse los límites generales de la total jurisdicción; si el Juez es dirimente del conflicto particular, garantizando incluso frente a los actos de la Administración Pública, se comprende la exigencia de que este poder sea independiente.

Se estudia certeramente, dentro del Estado de Derecho, el concepto y significado de la Inmunidad o independencia judicial, tanto en el aspecto orgánico como en el funcional. Así, señala la importancia que tiene la selección del juez, su posterior evolución personal dentro de la carrera y el elemento necesario para la realización de la indepen-

dencia orgánica: el funcionario judicial es inamovible, es decir, no podrá ser destituido, trasladado, jubilado, ni suspenso, sino en los casos claramente señalados por la Ley. En lo funcional, hace un desentrañado completo de la deseable postura inrune del actuar judicial, señalando su relevancia *ad extra* tanto respecto a la comunidad en general, como en cuanto al justiciable con interés concreto en el pleito; para ello ha de contarse con garantías o presupuestos básicos de tipo constitucional, civil, penal, administrativo y orgánico.

En contraposición, el Juez debe exigirse a sí mismo *ad intra* unos valores vocacionales, intelectuales y psíquicos que construyan una personalidad con independencia *moral* que se haga acreedora del general respeto en la cual pueda depositar su confianza la comunidad que ha de acatar sus dictámenes justicieros. Resalta, pues, el autor los aspectos de preparación, disciplina, ética y autoexigencia del Juez respecto a sí mismo como fundamentales para merecer la concesión de esos postulados de independencia que en otros casos se tornarían injustos y hasta peligrosos.

La independencia es más una garantía para el justiciable que no una prerrogativa del Juez, ya que para éste es más bien una condición de servicio. Significa tan sólo que se le reconozca el derecho de cumplir con su deber; porque la Justicia no es un bien patrimonial del Juzgador, sino una función que éste administra con el consiguiente deber de rendir cuentas a la comunidad.

En el título segundo se trasplantan los aspectos ya vistos, tratando de encuadrarlos en la legislación vigente y haciendo un estudio exhaustivo de la independencia del poder judicial en la Ley Orgánica tal como se regula en su Título Preliminar y las disposiciones concordantes.

Aunque toda materia orgánica resulta de suyo algo farragosa y menos brillante que las lucubraciones doctrinales, el autor lleva magistralmente la exposición de los artículos 1 al 10 de la Ley, haciendo una exégesis sistemática de los distintos supuestos contemplados en la legislación básica.

Dentro de cada precepto respectivo estudia los conceptos de Justicia, la potestad de aplicar las leyes y ejecutarlas, la facultad exclusiva atribuida para ello a los Jueces, la incompatibilidad consecuente de mezclarse en otros aspectos de la Administración, veto al Poder ejecutivo de reglamentar la organización de Tribunales o ingreso y ascenso en la carrera judicial, delimitación de la real función del Juez, su responsabilidad civil y criminal por infringir las leyes y el carácter de inmovilidad, a lo largo de diez capítulos extensos y bien sistematizados.

En ellos se hace la hermenéutica técnico-jurídica de los preceptos orgánicos respectivos, empezando por sus antecedentes históricos, los de las Constituciones desde la de 1812 a la de 1869, pasando por el principio IX de los del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1858 que establece: "Todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente" y acabando con el estudio del artículo 29 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, último precepto, cronológicamente hablando, que señala la completa independencia de la Justicia, que será administrada por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables.

Acaba el libro con sendas referencias históricas y bibliográficas completísimas que suponen una aportación valiosísima para todos aquellos a quienes interese de modo especial el estudio profundo del tema.

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA es manchego y, como paisano de Sancho Panza, juez íntegro y sensato.

Pero además es un estudioso infatigable que, pese a su juventud, aparte de una extensa e intensa monografía sobre *Representación en Derecho sucesorio* y otras traducciones y comentarios cuenta con nume-



rosos artículos y trabajos publicados. Entre ellos, son especialmente interesantes para los Registradores los titulados *Las servidumbres personales discontinuas y el Registro de la Propiedad* ("Revista Jurídica de Cataluña", enero-marzo 1965) y *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria* ("Revista de Derecho Judicial", octubre-diciembre 1964), sosteniendo en este último la tesis de inadmisibilidad del procedimiento sumario en el plazo de los dos años a contar de la fecha de las inmatriculaciones, aunque no parezca resultar así de la lista cerrada de causas de oposición establecida en el artículo 41.

El Juez de Primera Instancia e Instrucción, LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, doctor en Derecho y profesor universitario, da con la obra *Independencia del Poder Judicial* un paso más en su decidido andar por el camino de la ciencia jurídica, metiéndose en este caso por los intrincados vericuetos de la materia orgánica de los que consigue salir del modo más airoso.

Para nosotros y para todos, el libro que se comenta, supone un acabado estudio que contribuirá de modo definitivo para mejor conocer la esencia y las cualidades de la magnífica Judicatura española.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.  
Registrador de la Propiedad.



# REVISTAS



**REVISTA DE DERECHO  
FINANCIERO Y HACIENDA  
PUBLICA**

Núm. 88, julio-agosto de 1970.

*La imposición de las plusvalías patrimoniales*, por Cesare Cosciani, páginas 8 a 15.

*La tributación de las plusvalías en la comunidad económica europea*, por Ricardo Calle Sáiz, páginas 31 a 66.

*Tributación de las plusvalías en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas*, por Alfonso Gota Losada, páginas 67 a 140.

*Tributación de las plusvalías patrimoniales en el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás entidades jurídicas*, por José Luis Pérez de Ayala, págs. 141 a 180.

*La tributación de las plusvalías patrimoniales en la hacienda local; problemática teórica y soluciones jurídico-positivas*, por Joaquín D'Ocón, págs. 181 a 206.

*La tributación de las plusvalías inmobiliarias en el Derecho español*, por Manuel María de Uriarte Zulueta, págs. 207 a 232.

*Tributación de las plusvalías dentro del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, por Jaime Basanta de la Peña, páginas 233 a 252.

**REVISTA DE DERECHO  
MERCANTIL**

Núm. 117, julio - septiembre de 1970.

*La distinción del contrato de fletamento y del contrato de transporte de mercancías en el Derecho español*, por Justino F. Duque, págs. 351 a 414.

*La prescripción del flete pactado en moneda extranjera*, por José Bonet Correa, págs. 415 a 433.

**REVISTA DE DERECHO PRIVADO**

Noviembre de 1970.

*Sociología del Derecho y Sociologismo jurídico*, por Antonio Hernández Gil, págs. 939 a 948.

*Servidumbre de luces y construcción con materiales translúcidos*, por Mariano Fernández - Martín Granizo, págs. 949 a 956.

### REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 20, octubre-noviembre-diciembre de 1970.

*Acotaciones a una reglamentación sobre planeamiento urbanístico*, por Rubens Henriquez, págs. 13 a 23.

*Valoración de los intereses públicos y privados en las urbanizaciones particulares*, por Fernando Mola de Esteban Cerrada, págs. 25 a 59.

*Edificios singulares, reservas de dispensación y dispensas en la Ley del Suelo*, por José-María Corella Monedero, págs. 61 a 85.

*Estatutos y Ordenanzas para una urbanización particular*, por Elías Izquierdo Montero, págs. 89 a 102.

### REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Noviembre de 1970.

*La edad del adoptado*, por José María Castán Vázquez, págs. 581 a 614.

*En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970*, por Joaquín

Arce y Flores Valdés, págs. 615 a 658.

*Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción*, por Gabriel García Cantero, págs. 659 a 688.

*La Ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal*, por Francisco Vega Sala, págs. 689 a 714.

### REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 313-314, octubre-noviembre de 1970.

*Crédito agrario (conclusión)*, por José Luis Ruiz Sánchez, págs. 922 a 929.

*El poder de postulación en el Derecho procesal venezolano*, por J. G. Sarmiento Núñez, págs. 930 a 945.

### REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre de 1970.

*La intercesión de la mujer casada catalana*, por Fernando Badosa Coll, págs. 477 a 527.

*La titularidad del fiduciario en la fiducia, "cum creditore"*, por Francisco Soto Nieto, págs. 529 a 548.



